Reader

De Wet arbeidsmarkt in balans

Wat is er veranderd per 1 januari 2020 en wat betekenen deze wijzigingen voor uw praktijk?

Dinsdag 18 februari 2020

Bekijk ons cursusaanbod op www.sdujuridischeopleidingen.nl

Sdu

Praktijkdag

Wet(svoorstel) arbeidsmarkt in balans*

© Sdu Opleidingen & Events, Den Haag 2020

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s) redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

Inhoudsopgave

Welkomstbrief 5

Programma 6

1. Min regeling 8 juli 2019 tot wijziging van de Regeling Wfsv ivm aanpassing van de premiedifferentiatie voor werknemersverzekeringen, Staatscourant 15 juli 2019 7
2. Besluit 19 juni 2019 houdende Nadere regels over oproepovereenkomsten, Staatsblad 2019 233 15
3. Besluit 24 juni 2019 wijziging van het Besluit Wfsv ivm aanpassing premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen 22
4. W.M. Blom, 'Voldragen'? Dat lijkt me aannemelijk, AR 2019/36 43
5. Gewijzigd ontwerpbesluit voorwaarden adequate pensioenregeling payrollkracht 47
6. Conceptbesluit_in_mindering_brengen_kosten_op_transitievergoeding_tbv_internetconsultatie 20181106_6434 75
7. Conceptbesluit_loonbegrip_tbv_internetconsultatie_20181105_6438 84
8. Conceptbesluit_compensatieregeling_transitievergoeding_bedrijfsbeeindiging_tbv_ internetconsultatie_6439 91
9. C.S. Kehrer-Bot & P.A. Charbon, Slapende arbeidsovereenkomsten en compensatie van de transitievergoeding, AR 2019/31 111
10. R.F. Kötter, De proeftijd: past, present, future, AR 2019/16 116
11. Ontwerpbesluit wijziging Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs 121
12. Mr. A. Briejer, De wetgever en payrolling: waar staan we nu?, TAP 032019 127
13. Special concept wetsvoorstel WAB, TAP 2018/4 131
    - Algemene inleiding, PROF. MR. A.R. (RUBEN) HOUWELING EN MR. M.J.M.T. (MAX) KEULAERDS 132
    - Payrolling, MR. DR. J.P.H. (JOHAN) ZWEMMER 135
    - Bijzondere bedingen, MR. P.A. (PETRA) CHARBON 142
    - Oproepovereenkomst, MR. P.J.B.M. (PASCAL) BESSELINK 145
    - Ketenregeling, MR. P.J.B.M. (PASCAL) BESSELINK 150
    - Cumulatiegrond en vergoeding, MR. F.M. (FRANK) DEKKER EN PROF. MR. J.H. (ZEF) EVEN 155
    - Transitievergoeding, MR. DR. D.M.A. (VIVIAN) BIJ DE VAATE EN MR. P. (PAUL) VESTERING 161
    - Premiedifferentiatie, MR. DR. L. (LUCY) VAN DEN BERG 166
    - Eindconclusie, PROF. MR. A.R. (RUBEN) HOUWELING EN MR. M.J.M.T. (MAX) KEULAERDS 169
14. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de ontbindingsprocedure?, MR. DR. J.H. BENNAARS EN MR. DR. J.P. QUIST, TAP 3 mei 2018 171
15. De cumulatiegrond: zijn de puntjes op de 'i' gezet?, MR. DR. P. KRUIT EN MW. MR. L.V.V. MEIJERS 182
16. Haastige spoed… Inleiding bij het thema Wet arbeidsmarkt in balans, Mr. drs. P.Th. (Pauline) Sick, TRA 2018/69 190

17. Proeftijd XL: complexiteit die niet (ver)leidt tot meer vastigheid, Prof. mr. S.S.M. (Saskia) Peters, TRA 2018/70 192
18. De nieuwe ketenbepaling: de regeling voor werk of werkloosheid?, Mr. M. (Marize) Verhagen, TRA 2018/71 194
19. Transitievergoeding, Prof. mr. B. (Barend) Barentsen, TRA 2018/72 196
20. Cumulatie van ontslaggronden, Mr. R.A.A. (Rogier) Duk, mr. A. (Arnold) Keizer & mr. H.W.M.A. (Harry) Staal, TRA 2018/73 198
21. Rechtspositie van oproepkrachten (verder) versterkt?, Mr. E.W. (Ellen) de Groot & prof. mr. M.S. (Mijke) Houwerzijl, TRA 2018/74 201
22. Payrolling: het initiatiefwetsvoorstel maar dan net iets anders, Prof. mr. F.G. (Femke) Laagland, TRA 2018/75 203
23. Premiedifferentiatie WW, Prof. mr. W.L. (Willemijn) Roozendaal, TRA 2018/76 205
24. Geconsolideerde wettekst wijzigingen boek 7 wab 207
25. Kamerbrief ‘Compensatieregeling transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer’ 224
26. Handreiking contracting, uitzending of payrolling?, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 229
27. Brief Minister Administratieve vereisten WW-premiedifferentiatie, 9 december 2019 235
28. Kennisdocument Premiedifferentiatie WW, 16 december 2019 237
29. Regeling Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Compensatie van transitievergoeding, 18 februari 2019 260

Prinses Beatrixlaan 116
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
Telefoon (070) 378 98 96
www.sdu.nl/opleidingen

Abn-Amro 43 61 48 315
Postbank 30 77 29
Handelsregister Den Haag 27193898

Aan de deelnemers van de

Wet(svoorstel) arbeidsmarkt in balans*

Geachte deelnemer,

Hierbij ontvangt u ter voorbereiding het cursusmateriaal behorende bij de praktijkdag Wet(svoorstel) arbeidsmarkt in balans.

Zowel werknemers als werkgevers geven aan dat sommige van de huidige wetten en regels een soepel werkende arbeidsmarkt in de weg staan. Teveel mensen komen er daardoor niet meer tussen. 70 procent van het groeiende aantal flexwerkers geeft aan een vaste baan te willen. De regering wil dat meer werkenden zekerheid krijgen, terwijl tegelijkertijd flexwerk mogelijk blijft waar het nodig is. In de Wet(svoorstel) arbeidsmarkt in balans zijn tal van maatregelen opgenomen die een soepel werkende arbeidsmarkt mogelijk moeten maken. Als jurist of advocaat actief in het arbeidsrecht belangrijke informatie om tijdig van op de hoogte te zijn.

Tijdens deze cursus krijgt u van 2 experts en ervaren docenten een goed en helder overzicht van alle nieuwe maatregelen en (juridische) regels die gaan gelden in het arbeidsrecht als deze wet in werking treedt en waar u dan mee te maken krijgt in uw praktijk.

Mocht u studiepunten van de NOvA willen ontvangen, verzoeken wij u zowel bij <u>aankomst</u> als bij <u>vertrek</u> de presentielijst te tekenen. Deze lijst ligt bij de inschrijfbalie van Sdu Opleidingen & Events.

Na de cursus ontvangt u van ons een mail met daarin een link naar het digitale evaluatieformulier. Wij zouden het zeer op prijs stellen indien u een moment de tijd wilt nemen om het formulier in te vullen.

Wij wensen u een plezierige en leerzame dag.

Met vriendelijke groet,
Sdu Opleidingen & Events

drs. Crescens Akkermans
Congresmanager

Programma

12:30 – 13:00 uur

Ontvangst met broodjes

13:00 – 15:00 uur

Blok 1

- Achtergrond en inzicht in de doelen van de Wab
- Maatregelen rondom flexibele arbeid
  - Wijzigingen bijzondere bedingen:
    - proeftijd
    - concurrentiebeding
  - Wijzigingen ketenregeling:
    - maximumtermijn
    - terugkerend tijdelijk werk
    - invalkrachten primair onderwijs
- Wijzigingen oproepovereenkomsten
- Wijzigingen payrolling

mr. L. (Lieke) van den Eijnden, advocaat De Voort Advocaten | Mediators

dr. mr. S. (Steven) Jellinghaus, advocaat De Voort Advocaten | Mediators, Universitair docent Universiteit van Tilburg

|

15:00 – 15:15 uur

Pauze

15:15 – 17:15 uur

Blok 2

- Aanpassingen ontslagrecht
  - Introductie I-grond (cumulatiegrond)
  - Introductie 'extra' vergoeding
  - Wijzigingen transitievergoedingen
- Premiedifferentiatie
- Overgangsrecht

mr. L. (Lieke) van den Eijnden

dr. mr. S. (Steven) Jellinghaus

STAATSCOURANT
Officiële uitgave van het Koninkrijk der Nederlanden sinds 1814.
Nr. 38919
15 juli
2019

Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 8 juli 2019, nr. 2019-0000100495, tot wijziging van de Regeling Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor werknemersverzekeringen

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

Gelet op de artikelen 38, derde lid, 38c, en 95, eerste lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen en artikel 2.3, vijfde lid, van het Besluit Wfsv;

Besluit:

ARTIKEL I

De Regeling Wfsv wordt als volgt gewijzigd:

A

Na Afdeling 1 van Hoofdstuk 3 wordt een afdeling ingevoegd, luidende:

Afdeling 1a. Berekening herziening AWf-premie in verband met meer dan 30% extra verloonde uren

Artikel 3.4b Berekening herziening in verband met meer dan 30% extra verloonde uren

1. Bij de berekening van het percentage, bedoeld in artikel 2.3, eerste lid, onderdeel b, van het Besluit Wfsv wordt het aantal verloonde uren in een kalenderjaar, bedoeld in dat onderdeel, berekend door de verloonde uren in alle aangiftetijdvakken van dat kalenderjaar uit alle dienstbetrekkingen tussen de betreffende werkgever en werknemer bij elkaar op te tellen.

2. Bij de berekening van het aantal uren dat als omvang van de te verrichten arbeid is overeengekomen ten aanzien van de dienstbetrekking of dienstbetrekkingen tussen de betreffende werkgever en werknemer, bedoeld in artikel 2.3, eerste lid, onderdeel b, van het Besluit Wfsv wordt deze omvang:
   a. per dienstbetrekking en per aangiftetijdvak berekend als afgeleide van het in de aangifte opgegeven aantal contracturen per week, waarbij het aantal contracturen per week:
      1°. bij een aangiftetijdvak van vier weken wordt vermenigvuldigd met 4;
      2°. bij een aangiftetijdvak van een maand wordt vermenigvuldigd met 13/3;
      3°. bij een aangiftetijdvak van een half jaar wordt vermenigvuldigd met 26;
      4°. bij een aangiftetijdvak van een jaar wordt vermenigvuldigd met 52;
   b. zoals ingevolge onderdeel a berekend rekenkundig afgerond op 2 decimalen; en
   c. uit alle aangiftetijdvakken in een kalenderjaar en alle dienstbetrekkingen tussen de betreffende werkgever en werknemer bij elkaar opgeteld om de overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar te berekenen.

3. In het geval waarin de dienstbetrekking niet het gehele aangiftetijdvak heeft geduurd, wordt in afwijking van het tweede lid, onderdeel a, het in de loonaangifte opgegeven aantal contracturen per week vermenigvuldigd met het aantal kalenderdagen dat de dienstbetrekking in dat aangiftetijdvak heeft geduurd en vervolgens gedeeld door 7. De overeengekomen omvang van de te verrichten arbeid per aangiftetijdvak wordt rekenkundig afgerond op 2 decimalen.

4. Bij de bepaling van het aantal contracturen per week ingevolge het tweede lid wordt gedurende het gehele aangiftetijdvak uitgegaan van het aantal contracturen per week dat van toepassing is op de laatste dag van het aangiftetijdvak of, indien de dienstbetrekking gedurende het aangiftetijdvak is geëindigd, op de laatste dag van de dienstbetrekking.

5. Het percentage, bedoeld in artikel 2.3, eerste lid, onderdeel b, van het Besluit Wfsv wordt naar beneden afgerond op een heel percentage.

6. Het gemiddelde aantal uren dat is overeengekomen in arbeidsovereenkomsten die voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van het lage premiepercentage, bedoeld in artikel 2.3, derde lid, van het Besluit Wfsv, wordt berekend door de totale omvang van de te verrichten

arbeid op jaarbasis te delen door de duur van de dienstbetrekking of dienstbetrekkingen waarop het lage premiepercentage van toepassing is, uitgedrukt in weken. Het bepaalde in het tweede, derde en vierde lid is van overeenkomstige toepassing. Dit getal wordt naar boven afgerond op hele uren.

7. Voor het bepalen van de duur van de dienstbetrekking of dienstbetrekkingen, uitgedrukt in weken als bedoeld in het zesde lid, wordt het aantal kalenderdagen dat er tussen de werkgever en werknemer een of meer dienstbetrekkingen hebben bestaan waarop het lage premiepercentage van toepassing is, gedeeld door 7. Dit getal wordt rekenkundig afgerond op 2 decimalen.

B

Het opschrift van Afdeling 2 van Hoofdstuk 3 komt te luiden:

Afdeling 2. Bijzondere bepalingen inzake de premievaststelling voor de Werkhervattingskas

C

De artikelen 3.5a en 3.6 vervallen.

D

Artikel 3.8 vervalt.

E

In Hoofdstuk 3, Afdeling 2, vervalt de derde paragraaf, en vervallen de paragraafaanduidingen ‘§ 1. Premiedifferentiatie uitzendbranche’ en ‘§ 4. Bepaling sectorale premiepercentages’.

F

In artikel 3.31, tweede lid, wordt ‘een sectorfonds’ telkens vervangen door ‘het Algemeen Werkloosheidsfonds’.

G

In Hoofdstuk 5, Afdeling 1, vervalt de derde paragraaf.

H

Aan bijlage 1 van de Regeling Wfsv wordt onder ‘45. Zakelijke dienstverlening III, omvattende:’ een onderdeel toegevoegd, luidende:

19. Payrollbedrijven

I

Bijlage 1 van de Regeling Wfsv onder ‘52. Uitzendbedrijven, omvattende:’ komt te luiden:

52. Uitzendbedrijven, omvattende:

1. De werkgever, die zich in het kader van de uitoefening van zijn bedrijf of beroep bezighoudt met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder leiding en toezicht van de derde, waarbij die arbeidskrachten werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, wordt ingedeeld in sector 52, mits met dit ter beschikking stellen van arbeidskrachten meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis is gemoeid.
2. De werkgever die zich bezighoudt met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, bedoeld in onderdeel 1, wordt wanneer met dat ter beschikking stellen meer dan 15% doch niet meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis is gemoeid, voor zover het die werkzaamheden betreft, ingedeeld in sector 52.
3. Voor zover de werkgever arbeidskrachten ter beschikking stelt op basis van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 691, zesde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek of een payrollovereenkomst als bedoeld in artikel 692 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt dit

voor de toepassing van de onderdelen 1 en 2 niet aangemerkt als het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

4. Voor zover werkgevers op grond van het vijfde onderdeel, zoals dat luidde voor de datum van inwerkingtreding van de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van *(datum)* tot wijziging van de Regeling Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen, waren ingedeeld in een andere sector dan sector 52, worden zij met ingang van 1 januari 2020 ingedeeld in sector 52. De eerste zin is niet van toepassing indien het gaat om werkgevers als bedoeld in onderdeel 3.

ARTIKEL II

Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 januari 2020.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 8 juli 2019

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. Koolmees

TOELICHTING

Algemeen

Deze ministeriële regeling wijzigt de Regeling Wfsv naar aanleiding van de wijziging van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) in het kader van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab). Bovendien wordt geregeld dat uitzendbedrijven die op grond van onderdeel 52 van Bijlage 1 van de Regeling Wfsv waren ingedeeld in andere sectoren dan de uitzendsector (vaksectoren) en waarvan de indeling op grond van het overgangsrecht in dat onderdeel was voortgezet, per de ingangsdatum van de Wet arbeidsmarkt in balans worden ingedeeld in de uitzendsector.

Afschaffing sectorfondsen en sectorpremies

Door de Wab is de financiering van de Werkloosheidswet (WW) gewijzigd door de WW-premie te differentiëren naar aard van het contract: voor vaste contracten gaan werkgevers een lagere WW-premie afdragen dan voor flexibele contracten. Door deze wijziging worden voor de WW de sectorpremies en sectorfondsen afgeschaft. In verband daarmee vervallen ook de bepalingen in de Regeling Wfsv die daarop betrekking hadden.

Overgangsrecht sectorindeling uitzendbedrijven

Sinds de inwerkingtreding van de regeling van 18 mei 2017 tot wijziging van de Regeling Wfsv in verband met afschaffing voor nieuwe gevallen van de mogelijkheid om uitzendbedrijven in een andere sector dan de uitzendsector in te delen (Stcrt. 2017, 29244) is het voor uitzendbedrijven niet meer mogelijk om te worden ingedeeld in een vaksector. Met deze regeling wordt – zoals aangekondigd in de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans[1] – ook het overgangsrecht afgeschaft dat bepaalde dat uitzendbedrijven die destijds al in een vaksector waren ingedeeld, daar mochten blijven. Per 2020 worden alle uitzendbedrijven dus ingedeeld in de uitzendsector. Tevens wordt bepaald dat payrollbedrijven niet meer worden ingedeeld in de uitzendsector omdat per 2020 het bijzondere arbeidsrechtelijke regime van de uitzendovereenkomst niet meer van toepassing is op payrollovereenkomsten als bedoeld in het nieuwe artikel 7:692 BW. Payrollbedrijven worden in plaats daarvan ingedeeld in sector 45. De achtergronden van deze wijzigingen worden nader toegelicht in de memorie van toelichting bij de Wab.

Herziening van de lage WW-premie i.v.m. meer dan 30% extra verloonde uren

De werkgever en werknemer komen samen de gebruikelijke arbeidsduur contractueel overeen. Het aantal verloonde uren kan echter hoger liggen dan de overeengekomen omvang van de te verrichten arbeid, bijvoorbeeld door overwerk. De werkgever geeft de overeengekomen vaste arbeidsomvang per week en het aantal daadwerkelijk verloonde uren per aangiftetijdvak aan in de loonaangifte. Om omzeiling van de hoge premie tegen te gaan dient te worden voorkomen dat vaste contracten worden aangegaan met een (zeer) beperkt aantal vaste uren en in de praktijk structureel overwerk wordt ingezet als flexibele arbeid. Daarom wordt ten aanzien van een werknemer waarvoor de werkgever in een kalenderjaar meer dan 30% extra uren heeft verloond ten opzichte van het aantal uren dat voortvloeit uit de overeengekomen arbeidsomvang in dat jaar de lage WW-premie herzien. De werkgever moet alsnog de hoge WW-premie afdragen over het gehele kalenderjaar of over die periode dat de dienstbetrekking gedurende het kalenderjaar heeft bestaan. Voor nadere beleidsmatige toelichting zij verwezen naar de Nota van toelichting bij het Besluit van 24 juni 2019 tot wijziging van het Besluit Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen (Stb. 2019, 236).

Om te berekenen of deze situatie op een werknemer van toepassing is, moet de verhouding tussen het aantal verloonde uren en de totale overeengekomen arbeidsomvang in een kalenderjaar worden berekend.

Verloonde uren

Om het aantal verloonde uren per kalenderjaar te bepalen worden eerst de verloonde uren uit alle aangiftetijdvakken en alle dienstbetrekkingen tussen de betreffende werkgever en de werknemer in een kalenderjaar bij elkaar opgeteld.

[1] Kamerstukken II 2018/19, 36074. nr. 3, p. 91.

Overeengekomen arbeidsomvang

Om de overeengekomen omvang van de te verrichten arbeid te bepalen worden daarna achtereenvolgens de volgende stappen doorlopen:

i. Per aangiftetijdvak wordt, om de vaste arbeidsomvang van het aangiftetijdvak te berekenen, het aantal contracturen per week, zoals opgegeven in de loonaangifte vermenigvuldigd met 4 indien de werkgever een aangiftetijdvak per 4 weken hanteert, met 13/3 indien de werkgever een aangiftetijdvak per maand hanteert, met 26 indien de werkgever een aangiftetijdvak per halfjaar hanteert en met 52 indien de werkgever een aangiftetijdvak van een jaar hanteert. De overeengekomen arbeidsomvang wordt per aangiftetijdvak rekenkundig afgerond op 2 decimalen.
ii. Bestaat de dienstbetrekking een deel van het aangiftetijdvak dan moeten de contracturen worden vermenigvuldigd met het aantal kalenderdagen dat de dienstbetrekking in dat aangiftetijdvak heeft bestaan gedeeld door 7. De overeengekomen arbeidsomvang wordt per aangiftetijdvak rekenkundig afgerond op twee decimalen.
iii. Om de overeengekomen vaste arbeidsomvang per kalenderjaar te bepalen, wordt het totaal van de omvang per aangiftetijdvak in dat kalenderjaar bij elkaar opgeteld.

Het kan voorkomen dat de overeengekomen arbeidsomvang verandert gedurende het aangiftetijdvak. In dat geval dienen werkgevers volgens de instructies van de Belastingdienst bij het invullen van de contracturen in de loonaangifte uit te gaan van de situatie op de laatste dag van het aangiftetijdvak (of, indien de dienstbetrekking eerder beëindigd is, de laatste dag van de dienstbetrekking). Voor de toepassing van deze regeling wordt uitgegaan van wat is opgegeven in de loonaangifte en wordt dus geen rekening gehouden met mogelijke wijzigingen in de overeengekomen arbeidsomvang gedurende het aangiftetijdvak. Deze werkwijze is geformaliseerd in het vierde lid.

Voorbeelden voor de berekening van de overeengekomen arbeidsduur in een kalenderjaar

Voorbeeld 1: de werkgever hanteert een aangiftetijdvak van een maand. De werknemer heeft een vast contract voor twintig uur per week. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak is (20,00 uur x 13/3) = 86,666. Dit is rekenkundig afgerond 86,67 uur. De werknemer heeft van januari tot en met december gewerkt. De overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar wordt berekend door per maand (86,67 uur) de overeengekomen arbeidsomvang bij elkaar op te tellen. Dat is 12 x 86,67 = 1040,04 uur.
Voorbeeld 2: de werkgever hanteert een aangiftetijdvak van vier weken. De werknemer heeft een vast contract voor vijftien uur per week. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak is (15,00 uur x 4) = 60,00 uur. De werknemer heeft van januari tot en met december gewerkt. De overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar wordt berekend door per aangiftetijdvak (60,00 uur) de overeengekomen arbeidsomvang bij elkaar op te tellen. Er zijn dertien aangiftetijdvakken. Dus 13 x 60,00 = 780,00 uur.
Voorbeeld 3: De werkgever hanteert een aangiftetijdvak van een maand. De werknemer heeft een vast contract voor twintig uur per week. Per 15 december gaat de werknemer uit dienst (en was verder het gehele kalenderjaar in dienst). De overeengekomen arbeidsomvang in december is (20,00 uur x 14 kalenderdagen) / 7 = 40,00 uur. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak over de andere aangiftetijdvakken is 86,67 uur, net zoals in voorbeeld 1. De totale overeengekomen arbeidsomvang in het kalenderjaar is (11 x 86,67) + 40,00 = 993,37 uur.

Berekening van het percentage

Om vast te stellen of meer dan 30% meer uren zijn verloond, moet vervolgens de verhouding tussen het aantal verloonde uren en de overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar worden berekend. Hiertoe moet het aantal verloonde uren gedeeld worden door de overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar, minus één. Daaruit volgt een percentage. Dit percentage wordt naar beneden afgerond op een heel percentage.

Voor de drie hiervoor vermelde voorbeelden betekent dat het volgende als in alle drie de gevallen in het kalenderjaar 1200 uren zijn verloond:
Voorbeeld 1: ((1200/1040,04) – 1) x 100% = 15,38% dus afgerond 15% meer verloonde uren dan de overeengekomen arbeidsomvang. Dit is minder dan 30% daarom wordt in dit geval de lage WW-premie niet herzien.
Voorbeeld 2: ((1200/780) – 1) x 100% = 53,85% dus afgerond 53% meer verloonde uren dan de overeengekomen arbeidsomvang. Dit is meer dan 30% daarom wordt in dit geval de lage WW-premie herzien.
Voorbeeld 3: ((1200/993,37)-1) x 100% = 20,80% dus afgerond 20% meer verloonde uren dan de overeengekomen arbeidsomvang. Dit is minder dan 30% daarom wordt in dit geval de lage WW-premie niet herzien.

Extra voorbeelden:
Voorbeeld 4: Een werknemer is het hele kalenderjaar in dienst bij de werkgever. De werkgever doet loonaangifte per maand. De werknemer heeft twee arbeidsovereenkomsten: één vast contract (lage premie) voor 10 uur per week en één jaarcontract (hoge premie) voor 10 uur per week. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak van het vaste contract is (10 uur x 13/3) = 43,333. Dit is rekenkundig afgerond 43,33 uur. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak van het jaarcontract is hetzelfde, dus ook 43,33 uur. De overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar van het vaste contract is 12 x 43,33 = 519,96 uur. De overeengekomen arbeidsomvang van het jaarcontract is hetzelfde, dus ook 519,96 uur. In totaal is de overeengekomen arbeidsomvang van beide contracten 1039,92 uur. Er worden in totaal 1560 uren verloond, waarbij niet relevant is via welke arbeidsovereenkomst de verloning plaatsvindt. Er zijn in totaal ((1560/1039,92) – 1) x 100% = 50,01% dus afgerond 50% meer uren verloond. Dit is meer dan 30%, dus de lage premie dient te worden herzien.
Voorbeeld 5: Een werknemer is het hele kalenderjaar in dienst bij de werkgever. De werkgever doet loonaangifte per maand. De werknemer heeft twee arbeidsovereenkomsten: één vast contract (lage premie) voor 20 uur per week en één nulurencontract (hoge premie). De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak van het vaste contract is (20 uur x 13/3) = 86,666. Dit is rekenkundig afgerond 86,67 uur. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak van het nulurencontract is nihil. De overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar van het vaste contract is 12 x 86,67 = 1040,04 uur. De overeengekomen arbeidsomvang van het nulurencontract is nihil. Er worden in totaal 1560 uren verloond, waarbij niet relevant is via welke arbeidsovereenkomst de verloning plaatsvindt. Er zijn in totaal ((1560/1040,04) – 1) x 100% = 49,99% dus afgerond 49% meer uren verloond. Dit is meer dan 30%, dus de lage premie dient te worden herzien.
Voorbeeld 6: Een werknemer is van 13 januari tot en met 20 juni in dienst bij de werkgever op basis van een vast contract voor 20 uur per week. De werkgever doet loonaangifte per maand. In januari is de overeengekomen arbeidsomvang (20,00 x 19 kalenderdagen)/7 = 54,285 is rekenkundig afgerond 54,29 uur. In februari tot en met mei is de overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak 20,00 x 13/3 = 86,667, rekenkundig afgerond 86,67 uur, dus in totaal 4 x 86,67 = 346,68 uur. In juni is de overeengekomen arbeidsomvang (20,00 x 20 kalenderdagen)/7 = 57,142 is rekenkundig afgerond 57,14 uur. In totaal is de overeengekomen arbeidsomvang daarmee 54,29 + 346,68 + 57,14 = 458,11 uur. In die periode zijn er in totaal 600 uren verloond. Dat betekent dat er in totaal ((600/458,11) – 1) x 100% = 30,97%, naar beneden afgerond 30% meer uren is verloond. Dit is niet meer dan 30%, dus de lage premie hoeft niet te worden herzien.

Berekening overeengekomen arbeidsomvang van gemiddeld 35 uur per week

De 30% herzieningssituatie geldt niet indien de overeengekomen arbeidsomvang van de vaste arbeidsovereenkomst gemiddeld 35 uur per week of meer bedraagt in een kalenderjaar. Om te bepalen of daarvan sprake is, moet de totale overeengekomen arbeidsomvang gedeeld worden door de duur van de dienstbetrekking in het kalenderjaar uitgedrukt in weken. De totale overeengekomen arbeidsomvang wordt berekend zoals hierboven staat beschreven. Het aantal weken dat een werknemer in een kalenderjaar in dienst is geweest wordt berekend door het aantal kalenderdagen dat er tussen de werkgever en de werknemer één of meer dienstbetrekkingen heeft (hebben) bestaan te delen door zeven. Dit getal wordt rekenkundig afgerond op twee decimalen. Om de gemiddelde overeengekomen omvang van de te verrichten arbeid te berekenen wordt de totale omvang van overeengekomen arbeidsuur gedeeld door het aantal weken. Dit wordt naar boven afgerond op hele uren. Dienstbetrekkingen waarop niet het lage premiepercentage van toepassing is, worden buiten beschouwing gelaten bij de berekening.

Voorbeeld 7: Een werknemer is het hele kalenderjaar in dienst bij de werkgever. De werkgever doet loonaangifte per maand. De overeengekomen arbeidsomvang is dertig uur per week. Vanaf 1 juli krijgt de werknemer een contract voor veertig uur per week. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak in de eerste zes maanden van het kalenderjaar is (30 uur x 13/3) = 130 uur. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak in de laatste zes maanden van het kalenderjaar is (40 uur x 13/3) = 173,333. Dit is rekenkundig afgerond 173,33 uur. De totale overeengekomen arbeidsomvang in het kalenderjaar is 6 x 130 + 6 x 173,33 = 1819,98 uur. De werknemer is 365 dagen in dienst. 365/7 = 52,14 weken. De gemiddelde overeengekomen arbeidsomvang per week is dan 1819,98/52,14 = 34,905 dit is rekenkundig afgerond 34,91 uur. Dit wordt naar boven afgerond op een heel aantal uren. De werknemer heeft gemiddeld 35 uur per week overeengekomen vaste uren. De WW-premie voor deze werknemer wordt niet op grond van de 30% herzieningssituatie herzien.

Artikelsgewijs

Artikel I, onderdeel A

In het nieuwe artikel 3.4b wordt uitgewerkt hoe het percentage meer gewerkte uren moet worden

berekend om te bepalen of de herzieningssituatie, genoemd in artikel 2.3, eerste lid, onderdeel b, van het Besluit Wfsv van toepassing is. Voor een inhoudelijke toelichting op de berekening zij verwezen naar het algemene deel van deze toelichting.

Artikel I, onderdelen B en E

Hoofdstuk 3, afdeling 2 van de Regeling Wfsv bevatte diverse bepalingen over sectorpremies, met name in de derde paragraaf. In verband met de afschaffing van de sectorpremies en de sectorfondsen vervalt paragraaf 3 geheel. Dit betreft de artikelen 3.12 tot en met 3.13a. Omdat in afdeling 2 alleen de eerste paragraaf overblijft (paragraaf 2 was al vervallen) is de paragraaf-indeling daarbij geschrapt. Omdat de resterende bepalingen (artikel 3.9 en artikel 3.14) betrekking hebben op de vaststelling van de premie voor de Werkhervattingskas, is het kopje van afdeling 2 gewijzigd in 'Bijzondere bepalingen inzake de premievaststelling voor de Werkhervattingskas'.

Artikel I, onderdeel C

Artikel 3.5a dient te vervallen omdat in de Wet arbeidsmarkt in balans de in artikel 103, tweede lid, van de Wfsv geregelde bijdrage aan het sectorfonds voor de uitzendsector is geschrapt. Artikel 3.5a werkte die bijdrage uit en is daarmee een loze bepaling geworden.
Artikel 3.6 bevatte een onderverdeling van de sector uitzendbedrijven in vijf sectoronderdelen. Omdat deze sectoronderdelen alleen van belang waren voor de sectorpremie, kan deze onderverdeling nu vervallen en vervalt dit artikel.

Artikel I, onderdeel D

Artikel 3.8, dat betrekking had op het sectorpremiepercentage voor de uitzendsector, vervalt in verband met het schrappen van de sectorpremies.

Artikel I, onderdeel F

In artikel 3.31, tweede lid, worden de verwijzingen naar 'een sectorfonds' vervangen door een verwijzing naar het Algemeen Werkloosheidsfonds in verband met de afschaffing van de sectorfondsen.

Artikel I, onderdeel G

In hoofdstuk 5 vervalt de derde paragraaf. Dit betreft de artikelen 5.12 en 5.14, die betrekking hadden op reservevorming in de sectorfondsen. Nu de sectorfondsen worden afgeschaft kunnen de regels over reservevorming in die fondsen dan ook vervallen.

Artikel I, onderdeel H

Payrollbedrijven worden toegevoegd aan sector 45 (Zakelijke dienstverlening III). Dit betreft werkgevers die zich bezig houden met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op basis van een payrollovereenkomst als bedoeld in artikel 692 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel I, onderdeel I

Met de herziening van onderdeel 52 van bijlage 1 komt er een definitieve regeling inzake de indeling van uitzendbedrijven tot stand, waarbij het overgangsrecht wordt afgeschaft dat uitzendbedrijven in een andere sector ingedeeld kunnen blijven dan de uitzendsector. Dit overgangsrecht hield in dat uitzendbedrijven die op 25 mei 2017, de dag van inwerkingtreding van de regeling van 18 mei 2017 tot wijziging van de Regeling Wfsv in verband met afschaffing voor nieuwe gevallen van de mogelijkheid om uitzendbedrijven in een andere sector dan de uitzendsector in te delen (Stcrt. 2017, 29244), al zijn ingedeeld in een andere sector, een 'vaksector', of daartoe een aanvraag hebben ingediend voor 25 mei 2017, kunnen op grond van het overgangsrecht daarin vooralsnog blijven of worden ingedeeld.

Het eerste onderdeel bevat de ongewijzigde hoofdregel dat bij meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis uitzenden indeling van de gehele onderneming plaatsvindt in de sector Uitzendbedrijven. Deze regel volgt ook uit artikel 96, tweede lid, van de Wfsv. Het gaat daarbij om het totale premieplichtige loon op jaarbasis van werknemers die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Ingevolge dat artikel gaat het daarbij om de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. Wel vervalt in het eerste onderdeel het onderscheid tussen

werknemers met een uitzendovereenkomst waarin een beding als bedoeld in artikel 691, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is opgenomen (een uitzendbeding) en werknemers met een uitzendovereenkomst waarin dat beding niet is opgenomen. Het nieuwe eerste onderdeel wordt dan ook van toepassing op alle werkgevers die werknemers uitzenden op basis van een uitzendovereenkomst, met en zonder uitzendbeding. Deze werkgevers worden ingedeeld in sector 52 indien met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op basis van een uitzendovereenkomst meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis is gemoeid. Ten gevolge hiervan kunnen het voormalige tweede onderdeel en de eerste zin van het voormalige vierde onderdeel, dat vernummerd is tot het nieuwe derde onderdeel, vervallen. Hiermee is beoogd is de leesbaarheid van onderdeel 52 te vergroten. Inhoudelijk leidt dit niet tot wijzigingen, omdat in de vervallen eerste zin van het derde onderdeel (nieuw) werkgevers die arbeidskrachten ter beschikking stellen op basis van een uitzendovereenkomst waarin geen uitzendbeding is opgenomen, werden gelijkgesteld met werkgevers die in de uitzendsector zijn ingedeeld op grond van het oude eerste onderdeel.

Ingevolge het *tweede onderdeel (nieuw)* worden bedrijven die voor niet meer dan 15% van het jaarlijkse premieplichtige loon werknemers uitzenden niet ingedeeld in de uitzendsector. Bedrijven die voor meer dan 15%, maar maximaal 50% van het totale premieplichtige loon werknemers uitzenden, worden gesplitst ingedeeld: voor het deel van het premieplichtige loon dat zij werknemers uitzenden, worden zij ingedeeld in de uitzendsector en voor het overige deel in de sector waartoe de overige werkzaamheden behoren die de werkgever verricht. Ten gevolge van het vervallen van het onderscheid tussen uitzenden met en zonder uitzendbeding in het eerste onderdeel is het tweede onderdeel (nieuw) ook rechtstreeks en zonder gelijkstelling van toepassing op werkgevers die arbeidskrachten ter beschikking stellen op basis van een uitzendovereenkomst waarin geen uitzendbeding is opgenomen. Afgezien van de vernummering van het derde tot het tweede onderdeel is dit onderdeel ongewijzigd.

In *het derde onderdeel (nieuw)* is de gelijkstellingsbepaling geschrapt van werkgevers die arbeidskrachten ter beschikking stellen op basis van een uitzendovereenkomst waarin geen uitzendbeding is opgenomen, omdat deze ten gevolge van de wijziging van het eerste onderdeel niet meer nodig is. Het derde onderdeel bevat alleen nog de uitzondering van indeling in de uitzendsector voor zogeheten personeels-BV's. Dit zijn vennootschappen die (een deel van) het personeel van een concern in dienst hebben en dat personeel alleen ter beschikking stellen aan andere vennootschappen die onderdeel uitmaken van hetzelfde concern. Naar de letter van de omschrijving van het begrip 'uitzendovereenkomst' in artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek is bij dergelijke BV's sprake van een uitzendovereenkomst. Deze uitzondering blijft gehandhaafd omdat dergelijke BV's het personeel permanent laten werken binnen verschillende onderdelen van hetzelfde concern. Indeling in de uitzendsector is dan niet logisch. Indeling van de personeels-BV zal plaatsvinden op basis van de sectorindeling die gebaseerd is op de maatschappelijke functie van de inlenende ondernemingen.
Daarnaast wordt voor de toepassing van het eerste en tweede onderdeel ook het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op basis van een zogeheten payrollovereenkomst niet aangemerkt als het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in het kader van indeling in de sector Uitzendbedrijven. Voor de omschrijving van payrollovereenkomst wordt aangesloten bij het nieuwe artikel 692 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. In combinatie met het tweede onderdeel (nieuw) betekent dit dat indien een werkgever voor meer dan 15% maar maximaal 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis arbeidskrachten ter beschikking stelt als bedoeld in het eerste en tweede onderdeel, en verder arbeidskrachten ter beschikking stelt op basis van payrollovereenkomsten, de werkgever gesplitst wordt aangesloten bij respectievelijk de sectoren 52 en 45. Een gesplitste aansluiting is ook van toepassing voor werkgevers die deels de rol van personeels-BV vervullen en daarnaast voor meer dan 15% maar maximaal 50% van het totale premieplichtige loon arbeidskrachten ter beschikking stellen als bedoeld in het eerste en tweede onderdeel. Indien een werkgever voor meer dan 50% van het premieplichtige loon op jaarbasis arbeidskrachten ter beschikking stelt als bedoeld in het eerste en tweede onderdeel, wordt de werkgever in het geheel aangesloten bij sector 52.

In *het vierde onderdeel (nieuw)* wordt het overgangsrecht in het oude vijfde onderdeel vervangen door een bepaling die inhoudt dat alle uitzendwerkgevers voor zover zij op grond van het overgangsrecht in het oude vijfde onderdeel waren ingedeeld in een andere sector dan de uitzendsector, worden ingedeeld in de uitzendsector per 1 januari 2020. Werkgevers die op grond van het vervallen overgangsrecht gedeeltelijk waren ingedeeld in een andere dan de uitzendsector worden derhalve voor dat deel ingedeeld in de uitzendsector, behalve waar het personeels-BV's of payrollovereenkomsten betreft.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. Koolmees

Staatsblad
van het Koninkrijk der Nederlanden

Jaargang 2019

233

Besluit van 19 juni 2019, houdende Nadere regels over oproepovereenkomsten

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 april 2019, nr. 2019-0000053086;
Gelet op artikel 628a, tiende lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van 15 mei 2019, No.W12.19.0101/III);
Gezien het nader rapport van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 14 juni 2019, nr.2019-0000084195,

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel 1

Als oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 628a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt niet beschouwd: een arbeidsovereenkomst waarin de arbeidsomvang is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid als bedoeld in artikel 628a, negende lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en daarnaast aan de werknemer:
a. consignatie als bedoeld in artikel 1:7, eerste lid, onderdeel g, van de Arbeidstijdenwet is opgelegd, mits daar per uur een geldelijke vergoeding of compensatie in de vorm van betaalde vrije tijd tegenover staat;
b. een bereikbaarheidsdienst als bedoeld in artikel 5.19:3, 5.20:4, 5.21:2, 5.21:3 of 5.27:2 van het Arbeidstijdenbesluit is opgelegd, mits daar per uur een geldelijke vergoeding of compensatie in de vorm van betaalde vrije tijd tegenover staat; of
c. een aanwezigheidsdienst als bedoeld in artikel 1:1 van het Arbeidstijdenbesluit is opgelegd, mits daar een geldelijke vergoeding of compensatie in de vorm van betaalde vrije tijd tegenover staat.

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt op grond van artikel 26, zesde lid jo vijfde lid, van de Wet op de Raad van State, omdat het zonder meer instemmend luidt.

Artikel 2

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2020.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

’s-Gravenhage, 19 juni 2019

Willem-Alexander

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. Koolmees

Uitgegeven de *achtentwintigste* juni 2019

De Minister van Justitie en Veiligheid,
F.B.J. Grapperhaus

stb-2019-233
ISSN 0920 - 2064
’s-Gravenhage 2019

NOTA VAN TOELICHTING

Inleiding

Zoals reeds is toegelicht in de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans, vindt de regering het noodzakelijk om van tevoren zekerheid te geven welke arbeidsovereenkomsten worden aangemerkt als oproepovereenkomst.

In artikel 7:628a, negende lid, BW is geregeld dat er sprake is van een oproepovereenkomst als de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een maand, of van ten hoogste een jaar en het recht op loon van de werknemer gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid. Het gaat daarbij onder andere om arbeidsovereenkomsten waarbij de reguliere arbeidsomvang niet is vastgelegd (zoals bij nulurencontracten) of verschillende arbeidsduren zijn overeengekomen (zoals bij min-maxcontracten). Het feit dat de werknemer geen duidelijkheid heeft over de arbeidsomvang veroorzaakt onzekerheid over het inkomen en de uren waarop gewerkt moet worden. Dit kan leiden tot (een gevoel van het verplicht zijn tot) permanente beschikbaarheid en de mogelijkheid dat deze groepen in de praktijk wel structureel (en langdurig) worden ingezet op deze contracten. Tegelijkertijd is wenselijk dat het mogelijk blijft dat werknemers onder voorwaarden bijzondere diensten kunnen blijven verrichten, zonder dat in die gevallen meteen sprake is van een oproepovereenkomst. Daarom is in artikel 7:628a, lid 10, BW opgenomen dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over wanneer sprake is van een oproepovereenkomst. Dit gegeven is belangrijk voor de vastlegging op de loonstrook van het soort overeenkomst, de toepasselijkheid van de maatregelen ten aanzien van oproepcontracten, geregeld in artikel 7:628a BW, en het kunnen afdragen van de lage WW-premie op grond van artikel 27 van de Wet financiering sociale verzekeringen. Dit besluit regelt in welke gevallen er geen sprake is van een oproepovereenkomst.

Algemeen

In het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans zijn maatregelen opgenomen ten aanzien van oproepovereenkomsten. De regering is van mening dat de positie oproepkrachten die met deze baan in hun inkomen moeten voorzien onzeker is, omdat er zowel inkomensonzekerheid is als onzekerheid over de tijdstippen waarop gewerkt moet worden. Daarom doet de regering voorstellen om de positie van oproepkrachten te versterken en daarmee negatieve effecten zoals nodeloze permanente beschikbaarheid en langdurige inkomensonzekerheid te voorkomen.

Uit de internetconsultatie van het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans is gebleken dat er in de praktijk onduidelijkheid bestaat wanneer er sprake is van een oproepovereenkomst. Het is noodzakelijk dat middels dit besluit duidelijkheid gecreëerd wordt welke arbeidsovereenkomsten aangemerkt moeten worden als oproepovereenkomst en welke arbeidsovereenkomsten niet gezien worden als een oproepovereenkomst. Dit is van belang voor de toepasselijkheid van de hoge of lage WW-premie en van de oproepmaatregelen in het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans. Ook is dit van belang voor de juiste toepassing van de vastlegging op de loonstrook.

Door deze duidelijkheid te geven, wordt geregeld dat oproepwerknemers die de behoefte hebben aan deze bescherming de zekerheid krijgen dat zij zich op de oproepmaatregelen kunnen beroepen. Daarnaast

weten werkgevers welke regels zij moeten toepassen op de verschillende werknemers die ze in dienst hebben.

De regering beoogt in dit besluit een evenwicht te vinden tussen enerzijds het bevorderen van contracten waaraan werknemers zekerheid kunnen ontlenen en anderzijds het mogelijk maken van de vereiste flexibiliteit in de bedrijfsvoering van werkgevers. Daarom wordt met dit besluit geregeld dat arbeidsovereenkomsten van reguliere werknemers (die niet werken op een nulurencontract of min-maxcontract) die bijzondere diensten verrichten niet worden gezien als oproepovereenkomsten. Daarom worden uitzonderingen getroffen voor de volgende drie bijzondere diensten, te weten consignatiediensten, bereikbaarheidsdiensten en aanwezigheidsdiensten.

Consignatiediensten

Het is wenselijk dat het mogelijk blijft dat werknemers op vergoede consignatiediensten werken. Daarom wordt in artikel 1, aanhef en onderdeel a, bepaald dat een arbeidsovereenkomst niet wordt beschouwd als een oproepovereenkomst in de zin van artikel 7:628a BW indien – naast de vastgelegde omvang van de arbeid als één aantal uren per tijdseenheid als bedoeld in artikel 7:628a, negende lid, BW – consignatiediensten zijn overeengekomen die worden vergoed of gecompenseerd in vrije tijd. Bij consignatiediensten – ook vaak piket- of wachtdiensten genoemd – moet een werknemer op gezette tijden beschikbaar zijn om in het geval van onvoorziene omstandigheden zo spoedig mogelijk te komen werken. Deze diensten worden vooraf ingeroosterd (conform de Arbeidstijdenwet (Atw) in beginsel 28 dagen van tevoren). De regering beschouwt deze overeenkomsten niet als oproepovereenkomsten, omdat de werknemer duidelijkheid heeft over de uren waarop hij oproepbaar moet zijn, omdat de oproepen onvoorzienbaar en dus incidenteel zijn en omdat de werknemer een beloning ontvangt voor de uren waarop hij beschikbaar moet zijn, maar niet wordt opgeroepen. Een dergelijke beloning (of compensatie in betaalde vrije tijd) is al gebruikelijk in cao's en wordt door de rechter ook gerechtvaardigd geacht indien er geen cao van toepassing is.[1] In de cao of in de arbeidsovereenkomst kan dan een redelijke vergoeding worden afgesproken.

Bereikbaarheidsdiensten

In aanvulling op consignatiediensten wordt in bepaalde zorgsectoren veel gewerkt met bereikbaarheidsdiensten, omdat er in die zorgsectoren veel sprake is van werk dat weliswaar te voorzien is, maar waarbij niet precies te voorspellen valt wanneer het moet plaatsvinden. Specifiek gaat het om verpleging en verzorging, artsen, verloskundigen, en ambulancezorg. In deze sectoren wordt essentiële zorg verleend die niet kan wachten, waar 24 uur per dag noodzaak voor is, maar waarvan het tijdstip niet exact te voorzien is. Aangezien de aard van het werk noopt tot het werken met bereikbaarheidsdiensten zijn zulke diensten voor de bovengenoemde sectoren nader gereguleerd in het Arbeidstijdenbesluit (Atb) (artikelen 5.19-21 en 5.27 Atb). Ook bij bereikbaarheidsdiensten in deze sectoren geldt dat de tijd waarin de werknemer beschikbaar is, maar niet wordt opgeroepen, wordt vergoed in geld of via tijd-voor-tijdregelingen. Om deze redenen worden voor de genoemde sectoren in de zorg arbeidsovereenkomsten waarin bereikbaarheidsdiensten zijn overeengekomen niet aangemerkt als oproepovereenkomsten, mits de arbeidsomvang voor het overige is vastgelegd als één aantal uren per tijds-

[1] AR 2009/143, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 07-04-2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI2231, HD 103.006.137.

eenheid als bedoeld in artikel 7:628a BW. Hierin wordt voorzien in artikel 1, aanhef en onderdeel b.

Deze diensten zijn specifiek juist voor de zorg in het Arbeidstijdenbesluit aangewezen, omdat juist in de zorg tijdens dergelijke bijzondere diensten zo regelmatig een oproep plaatsvindt dat daarvan niet gezegd kan worden dat zij geheel onvoorzienbaar is (en er dus geen sprake is van een consignatiedienst). Het tijdstip waarop een omstandigheid zich manifesteert waarvoor een werknemer moet worden opgeroepen is wel onvoorzienbaar. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een verloskundige. Juist in die sectoren is het noodzakelijk direct te moeten kunnen reageren op de hulpvraag van bijvoorbeeld een patiënt. Daarom is in het Arbeidstijdenbesluit in het bijzonder voor de verschillende zorgsectoren een aparte regeling gemaakt voor bereikbaarheidsdiensten.[2] Deze diensten zijn juist voor de zorg zo noodzakelijk, en in het Arbeidstijdenbesluit en in de collectieve regelingen met voldoende waarborgen omgeven, dat de regering het aangewezen acht om voor deze specifieke zorgsectoren ook de bereikbaarheidsdiensten aan te wijzen. Voor de andere sectoren zijn de consignatiediensten aangewezen (zie hierboven), en aanwezigheidsdiensten, zoals hieronder wordt uiteengezet. Deze diensten zijn specifiek juist voor de zorg noodzakelijk, daarom wordt ook voor de zorg deze specifieke regeling getroffen, zoals ook in het Atb is gedaan. Voor de andere sectoren zijn de consignatiediensten aangewezen (zie hierboven), en aanwezigheidsdiensten, zoals hieronder wordt uiteengezet.

Aanwezigheidsdiensten

Als laatste wordt specifiek een regeling getroffen voor aanwezigheidsdiensten, in sommige sectoren ook wel «slaapdiensten» genoemd (als deze ‘s nachts voorkomen). Aanwezigheidsdiensten zijn bijzondere diensten, aangezien de gehele dienst wordt gezien als arbeidstijd in de zin van de Atw. Daarom zijn deze diensten anders dan de consignatiediensten en bereikbaarheidsdiensten in de zorg. Van belang is dat arbeidsovereenkomsten die voor de rest voldoen aan het vereiste dat er sprake is van een vastgelegde omvang van de arbeid als één aantal uren per tijdseenheid als bedoeld in artikel 7:628a, negende lid, BW, maar waarbij ook de werknemer aanwezigheidsdiensten wordt opgelegd, niet onder het begrip oproepovereenkomsten vallen als bedoeld in voornoemd artikel. Verschillende sectoren hebben hier om verzocht, waaronder VNO-NCW en de vertegenwoordigers van de sector verpleging, verzorging en thuiszorg. Wel dient bij de regeling voor aanwezigheidsdiensten te worden opgemerkt dat op grond van de huidige wetten deze gehele dienst arbeidstijd betreft in de zin van de Atw en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Dat betekent dat ook dient te worden voldaan aan de eisen die hiervoor gelden in de Atw, te weten dat deze bij cao afgesproken dienen te worden en dat aan de verplichte rusttijden dient te worden voldaan. Ook dient de beloning van deze dienst te voldoen aan de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, aangezien de gehele dienst arbeidstijd betreft. Vanwege deze bestaande voorwaarde in andere wetgeving wordt in dit besluit bij deze dienst wel als eis opgenomen dat de dienst beloond dient te worden, maar hoeft er geen beloning per uur te zijn. Er kan dus op grond van dit besluit ook volstaan worden met een beloning per dienst (mits dit natuurlijk wordt toegestaan door de geldende cao die van toepassing is op de werknemer).

[2] Zie voor meer uitleg: Staatsblad 1997, 228.

Gevolgen voor de afdracht van de lage premie in het kader van premiedifferentatie in de WW

Bovenstaande aanwijzingen hebben tot gevolg dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, waarin naast één vast overeengekomen arbeidsduur (per week, per maand of per jaar als het loon gelijkmatig over het jaar is verspreid) bijzondere diensten worden opgelegd die voldoen aan de voorwaarden van dit besluit onder de lage premie vallen. Werkgevers zullen voor deze arbeidsovereenkomst in de loonadministratie en op de loonstrook mogen vermelden dat er geen sprake is van een oproepovereenkomst. De Belastingdienst en het UWV kunnen dit gegeven gebruiken bij de controle op de premieafdracht door een werkgever. Bij het bovenstaande moet tevens worden opgemerkt dat onder de lage WW-premie maximaal 30% meer uren mogen worden verloond dan de overeengekomen vaste arbeidsomvang. Dit betekent dat indien een te hoog aantal diensten wordt gedraaid op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met voor het overige vaste uren, de lage premie op grond van artikel 2.3 van het Besluit Wfsv moet worden herzien. Dit betekent in de praktijk dat voor de toepassing van de lage WW-premie, overwerk en geconsigneerde/beschikbare (en eventueel opgeroepen) uren gezamenlijk maximaal 30% van de vaste arbeidsomvang mogen vormen. Bij overschrijding van deze 30% wordt met terugwerkende kracht de hoge premie van toepassing, tenzij er sprake is van een voltijdscontract. Het voorschrift dat er sprake moet zijn van een vergoeding per uur bij consignatie- en beschikbaarheidsdiensten zorgt ervoor dat deze uren zichtbaar zijn in de loonaangifteketen en dat misbruik van een te hoog aantal van deze diensten voorkomen wordt. Wel wordt hierbij ook rekening gehouden met de mogelijkheid dat deze diensten worden gecompenseerd in tijd-voor-tijd. Compensatie in vrije tijd leidt niet tot extra verloonde uren en dus ook niet tot toepassing van de 30%-regel. Natuurlijk moeten deze verlonings-vormen (zoals compensatie in tijd) wel worden toegestaan in de cao dan wel de individuele arbeidsovereenkomst. Bij aanwezigheidsdiensten wordt toegestaan dat per dienst verloond wordt, omdat hier ook al de waarborg bestaat dat bij deze dienst aan de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag moet worden voldaan. Met bovenstaande voorwaarden, in samenhang met de oproepmaatregelen uit de Wet arbeidsmarkt in balans beoogt de regering een evenwicht te vinden tussen enerzijds het bevorderen van contracten waaraan werknemers zekerheid kunnen ontlenen en anderzijds het mogelijk maken van de vereiste flexibiliteit in de bedrijfsvoering van werkgevers.

Internetconsultatie, ATR en uitvoeringstoetsen

Het besluit is voorgelegd aan het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR). De ATR deelt de analyse en conclusie dat dit besluit geen aanvullende gevolgen voor de regeldruk heeft ten opzichte van de regeldrukeffecten die reeds in de memorie van toelichting van de Wet arbeidsmarkt in balans beschreven zijn. Het ontwerpbesluit is ook ter internetconsultatie voorgelegd. Op de internetconsultatie hebben verschillende organisaties gereageerd, te weten VCP, Cumela, KHN, INrtail (brancheorganisatie retail nonfood), Vakcentrum, CNV, Actiz, Vaan-VvA, en VNO NCW. Hieronder wordt nog op een aantal specifieke onderdelen ingegaan. De overige opmerkingen zijn waar relevant verwerkt in het besluit.

De VCP en CNV geven aan dat zij zorgen hebben over het misbruik van de voorwaarden die in dit besluit zijn vormgegeven. De regering meent dat met de verschillende voorwaarden, waaronder de beloning of compensatie in vrije tijd, en de regeling voor herziening bij de overschrijding van 30% verloonde uren voldoende waarborgen zijn

opgenomen om misbruik te voorkomen. Wel zullen de Wet arbeidsmarkt in balans en dit besluit natuurlijk te zijner tijd worden geëvalueerd. Hierbij zal de regering ook signalen van misbruik onderzoeken. Op verzoek van KHN en VNO-NCW/MKB-Nederland is ook een regeling getroffen voor aanwezigheidsdiensten. INretail en Vakcentrum vragen zich af of bandbreedtecontracten onder de definitie van oproepovereenkomst vallen. Ook Vakcentrum vraagt zich dit af. Ook bij bandbreedtecontracten is sprake van een min-maxcontract.[3] Min-max contracten vallen per definitie onder het begrip oproepovereenkomst. Ook vragen INretail en Actiz zich af of toeslagen voor bijzondere uren ertoe leiden dat er sprake is van een oproepovereenkomst. In reactie hierop wordt aangegeven dat toeslagen voor bijzondere uren niet tot de conclusie leiden dat er sprake is van een oproepovereenkomst, zolang de omvang van de arbeid (bijvoorbeeld per week of maand) maar voldoende vaststaat, conform geregeld in artikel 7:628a, negende lid, BW. Vakcentrum vraag zich ook af wanneer er nu wel sprake is van een oproepovereenkomst, nu dit Besluit regelt wanneer er geen sprake is van een oproepovereenkomst. In de wet is geregeld wanneer sprake is van een oproepovereenkomst (artikel 7:628a, negende lid, BW). Als laatste vraagt VNO-NCW/MKB Nederland of er geen regeling hoeft worden getroffen voor overwerk/meerwerk. Naar oordeel van de regering is dat niet noodzakelijk. Bij deze uren is voldoende duidelijk dat er geen sprake is van een oproepovereenkomst. Wel tellen deze uren natuurlijk mee met de regeling dat onder de lage premie maximaal 30% meer uren mogen worden verloond dan de overeengekomen vaste arbeidsomvang. Daarnaast kan de werknemer ook bij overwerk een beroep blijven doen op het bestaande rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW.

Tevens is het ontwerpbesluit getoetst door de Belastingdienst en het UWV in het kader van de invoering van premiedifferentiatie in de WW. Dit heeft geleid tot enkele verduidelijkingen in de toelichting.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. Koolmees

[3] Rechtbank Amsterdam 12 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3488.

Staatsblad
van het Koninkrijk der Nederlanden

Jaargang 2019

236

Besluit van 24 juni 2019 tot wijziging van het Besluit Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 9 april 2019, nr. 2019-0000053027;
Gelet op de artikelen 27, eerste, tweede en derde lid, 115, derde en vierde lid, en 117b, zesde lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen;
De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van 16 mei 2019, No W12.19.0092/III);
Gezien het nader rapport van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 juni 2019, nr. 2019-0000086905,

Hebben goedgevonden en verstaan:

ARTIKEL I

Het Besluit Wfsv wordt als volgt gewijzigd:

A

Het opschrift van hoofdstuk 2, paragraaf 1, komt te luiden:

§ 1. Gedifferentieerde premie Algemeen Werkloosheidsfonds

B

Artikel 2.1 wordt als volgt gewijzigd:

1. De onderdelen a, b en c komen te luiden:
a. *AWf-premie:* de premie tot dekking van de uitgaven van het Algemeen Werkloosheidsfonds, bedoeld in artikel 23 van de Wfsv;
b. *percentages van de AWf-premie:* de percentages van het loon die op grond van artikel 27, eerste lid, van de Wfsv worden vastgesteld;
c. *de werkloosheidslasten:* hetgeen op grond van artikel 100 van de Wfsv ten laste van het Algemeen Werkloosheidsfonds komt.

2. De onderdelen d tot en met h vervallen.

C

De artikelen 2.1a, 2.1b en 2.1c vervallen.

D

Artikel 2.2 komt te luiden:

Artikel 2.2 Wijze van vaststelling percentages van de AWf-premie

Het hoge percentage van de AWf-premie wordt vijf procentpunten hoger vastgesteld dan het lage percentage.

E

Artikel 2.2a vervalt.

E1

Artikel 2.3 komt te luiden:

Artikel 2.3 Herziening van het lage percentage van de AWf-premie

1. Het lage percentage, bedoeld in artikel 2.2, wordt herzien voor een reeds verstreken periode voor een werknemer, die niet een werknemer is als bedoeld in artikel 27, derde lid, van de Wfsv:
a. van wie de dienstbetrekking binnen twee maanden na aanvang van de dienstbetrekking is geëindigd;
b. ten aanzien van wie de werkgever meer dan 30% meer verloonde uren als bedoeld in artikel 38b, vierde lid, van de Wfsv in de loonaangifte over het betreffende kalenderjaar op grond van de Wet op de loonbelasting 1964 heeft verantwoord dan het aantal uren dat als omvang van de te verrichten arbeid is overeengekomen ten aanzien van de dienstbetrekking of dienstbetrekkingen tussen de betreffende werkgever en werknemer.
2. Voor de toepassing van het eerste lid wordt de dienstbetrekking geacht niet te zijn onderbroken indien sprake is van elkaar zonder onderbreking opvolgende arbeidsovereenkomsten.
3. Het eerste lid, onderdeel b, is niet van toepassing indien het aantal uren, dat is overeengekomen in arbeidsovereenkomsten die voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van het lage premiepercentage, bedoeld in artikel 2.2, in het betreffende kalenderjaar gemiddeld 35 uur of meer per week bedraagt.
4. Bij een herziening als bedoeld in het eerste lid is het hoge percentage, bedoeld in artikel 2.2, met terugwerkende kracht van toepassing op de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van de dienstbetrekking, op het kalenderjaar, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, of op de verstreken periode vanaf de aanvang van de dienstbetrekking indien deze minder dan twaalf maanden heeft geduurd. Artikel 2.4, derde lid, is van overeenkomstige toepassing op de periode waarop met terugwerkende kracht het hoge percentage van toepassing is. Een herziening als bedoeld in het eerste lid vindt niet plaats voor het deel van de periode, dat is gelegen voor de datum van inwerkingtreding van artikel III, onderdeel D, van de Wet arbeidsmarkt in balans.
5. Bij regeling van Onze Minister kunnen nadere regels worden gesteld over de toepassing van dit artikel.

F

Artikel 2.3 komt te luiden:

Artikel 2.3 Herziening van het lage percentage van de AWf-premie

1. Het lage percentage, bedoeld in artikel 2.2, wordt herzien voor een reeds verstreken periode voor een werknemer, die niet een werknemer is als bedoeld in artikel 27, derde lid, van de Wfsv:

a. van wie de dienstbetrekking binnen twee maanden na aanvang van de dienstbetrekking is geëindigd;

b. ten aanzien van wie de werkgever meer dan 30% meer verloonde uren als bedoeld in artikel 38b, vierde lid, van de Wfsv in de loonaangifte over het betreffende kalenderjaar op grond van de Wet op de loonbelasting 1964 heeft verantwoord dan het aantal uren dat als omvang van de te verrichten arbeid is overeengekomen ten aanzien van de dienstbetrekking of dienstbetrekkingen tussen de betreffende werkgever en werknemer;

c. ten aanzien van wie uit hoofde van de dienstbetrekking een uitkering op grond van de Werkloosheidswet is toegekend of ten aanzien van wie ten gevolge van inkomensverlies bij de betreffende werkgever een uitkering op grond van de Werkloosheidswet herleeft, waarbij het recht op die uitkering is ontstaan dan wel herleefd binnen een jaar na aanvang van de dienstbetrekking;

d. aan wie uit hoofde van dezelfde dienstbetrekking opnieuw een uitkering op grond van de Werkloosheidswet is toegekend of herleefd, nadat het lage premiepercentage, bedoeld in artikel 2.2, over een periode waarvan het einde ten hoogste een jaar is gelegen voor de dag waarop het recht op die uitkering ontstond of herleefde, voor herziening in aanmerking kwam op grond van onderdeel c.

2. Voor de toepassing van het eerste lid wordt de dienstbetrekking geacht niet te zijn onderbroken indien sprake is van elkaar zonder onderbreking opvolgende arbeidsovereenkomsten.

3. Het eerste lid, onderdeel b, is niet van toepassing indien het aantal uren, dat is overeengekomen in arbeidsovereenkomsten die voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van het lage premiepercentage, bedoeld in artikel 2.2, in het betreffende kalenderjaar gemiddeld 35 uur of meer per week bedraagt.

4. Voor de toepassing van het eerste lid, onderdelen c en d, wordt niet als uitkering op grond van de Werkloosheidswet beschouwd:

a. een uitkering op grond van artikel 18 van de Werkloosheidswet;

b. een uitkering op grond van hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet;

c. een uitkering op grond van de Werkloosheidswet in geval van een ontheffing als bedoeld in artikel 8, derde lid, van het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945.

5. Bij een herziening als bedoeld in het eerste lid is het hoge percentage, bedoeld in artikel 2.2, met terugwerkende kracht van toepassing op de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van de dienstbetrekking of aan de dag waarop het recht op een uitkering op grond van de Werkloosheidswet is ontstaan of is herleefd, op het kalenderjaar, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, of op de verstreken periode vanaf de aanvang van de dienstbetrekking indien deze minder dan twaalf maanden heeft geduurd. Artikel 2.4, derde lid, is van overeenkomstige toepassing op de periode waarop met terugwerkende kracht het hoge percentage van toepassing is. Een herziening als bedoeld in het eerste lid vindt niet plaats voor het deel van de periode, dat is gelegen voor de datum van inwerkingtreding van artikel III, onderdeel D, van de Wet arbeidsmarkt in balans.

6. Bij regeling van Onze Minister kunnen nadere regels worden gesteld over de toepassing van dit artikel.

G

Artikel 2.4 komt te luiden:

Artikel 2.4 Nadere voorwaarden voor toepassing van het lage percentage van de AWf-premie

1. Een afschrift van de schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, bedoeld in artikel 27, eerste lid, van de Wfsv, alsmede een schriftelijke of elektronische opgave als bedoeld in artikel 7:626 van het Burgerlijk Wetboek waarin de gegevens, genoemd in artikel 7:626, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen, over het tijdvak waarover hij loonaangifte doet, worden door de werkgever in zijn loonadministratie opgenomen indien hij het lage percentage, bedoeld in artikel 2.2, toepast.

2. Het lage percentage van de AWf-premie, bedoeld in artikel 2.2, wordt niet toegepast ten aanzien van werknemers op wier arbeidsovereenkomst een beding als bedoeld in artikel 691, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is.

3. Het lage percentage van de AWf-premie, bedoeld in artikel 2.2, wordt slechts over een geheel aangiftetijdvak toegepast, waarbij bepalend is of op de eerste dag van dat aangiftetijdvak aan de voorwaarden voor toepassing van het lage premiepercentage wordt voldaan. In afwijking van de eerste zin is voor de bepaling van het aantal verloonde uren in het aangiftetijdvak, bedoeld in artikel 27, derde lid, onderdeel b, van de Wfsv bepalend het aantal verloonde uren gedurende het gehele aangiftetijdvak.

4. Het lage percentage van de AWf-premie, bedoeld in artikel 2.2, is op grond van artikel 27, derde lid, onderdeel a, van de Wfsv slechts van toepassing indien de overeenkomst, bedoeld in dat onderdeel, is ondertekend door alle betrokken partijen en voorzien is van een dagtekening.

H

In artikel 2.5, eerste lid, onderdeel h, wordt «, een sectorfonds of het Uitvoeringsfonds voor de overheid» vervangen door «of het Arbeidsongeschiktheidsfonds».

I

Aan hoofdstuk 2 wordt na artikel 2.18 een paragraaf toegevoegd, luidende:

§ 3. Bijzondere bepalingen in verband met overige ziekengeld- en WGA-lasten en WGA-staartlasten

Artikel 2.19 Begripsbepalingen

In deze paragraaf en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

a. de verzekerde loonsom: het totaalbedrag van het loon, bedoeld in artikel 26 van de Wfsv, waarover het UWV in een kalenderjaar de premie, bedoeld in artikel 23 van de Wfsv, ontvangt, met uitzondering van de uitkeringen en de toeslag waarop artikel 27, tweede lid, van de Wfsv van toepassing is;

b. overige ziekengeldlasten: de lasten van ziekengeld als bedoeld in artikel 117b, eerste lid, onderdeel b, van de Wfsv, toegekend voor 1 januari 2012, of de lasten van ziekengeld als bedoeld in artikel 29, tweede lid, onderdeel a, b of c, en de overlijdensuitkering, bedoeld in artikel 35 van de Ziektewet, toegekend vanaf 1 januari 2012 aan

werknemers die op de eerste dag van ongeschiktheid tot werken in dienstbetrekking stonden van eigenrisicodragers als bedoeld in artikel 40, eerste lid, onderdeel a, van de Wfsv, en voor de betaling van de uitkering de eigenrisicodrager op grond van artikel 63b, eerste lid, van de Ziektewet niet het risico draagt, en de uitvoeringskosten en andere kosten in verband met deze uitkeringen;

c. overige WGA-lasten: WGA-uitkeringen als bedoeld in artikel 117b, eerste lid, onderdeel a, van de Wfsv die vóór 1 januari 2012 zijn toegekend aan werknemers, die uit de dienstbetrekking waaruit de WGA-uitkering is ontstaan recht hadden op een uitkering op grond van artikel 29, tweede lid, onderdeel a, b en c, van de Ziektewet, en de uitvoeringskosten en andere kosten in verband met deze uitkeringen;

d. WGA-staartlasten: door het UWV te betalen WGA-uitkeringen als bedoeld in artikel 117b, derde lid, onderdeel h, van de Wfsv, aan werknemers, die op de eerste dag van ongeschiktheid tot werken in een dienstbetrekking stonden van een eigenrisicodrager als bedoeld in artikel 40, eerste lid, onderdeel b, van de Wfsv die uiterlijk op 1 juli 2015 eigenrisicodrager is geworden waarbij die eerste dag is gelegen vóór de dag van ingang van het eigenrisicodragen en de uitvoeringskosten en andere kosten in verband met deze uitkeringen.

Artikel 2.19a Fondsbelasting overige ziekengeld- en WGA-lasten

1. De overige ziekengeldlasten komen ten laste van de Werkhervattingskas.

2. De overige WGA-lasten komen ten laste van het Arbeidsongeschiktheidsfonds.

Artikel 2.19b WGA-staartlasten

1. De WGA-staartlasten komen ten laste van het Arbeidsongeschiktheidsfonds.

2. De eigenrisicodrager draagt het risico van de betaling van de WGA-uitkeringen aan werknemers, bedoeld in artikel 2.19, onderdeel c, en de overlijdensuitkeringen, bedoeld in artikel 82, eerste lid, van de Wet WIA niet, indien deze eigenrisicodrager een kleine werkgever als bedoeld in artikel 2.5, eerste lid, onderdeel b, is of gedeeltelijk indien hij een middelgrote werkgever als bedoeld in artikel 2.5, eerste lid, onderdeel c, is, voor zover deze WGA-uitkeringen niet zijn toegekend of de wachttijd niet is ingegaan vóór de dag van ingang van een eerdere periode van eigenrisicodragen.

3. Indien de eigenrisicodrager een middelgrote werkgever is, wordt voor de toepassing van dit artikel het deel van de WGA- staartlasten in aanmerking genomen, dat bestaat uit deze lasten maal (1-(loonsomwgr – loonsomlaag)/(loonsomhoog –loonsomlaag))

waarbij:

– loonsomwgr staat voor: de verzekerde loonsom van de middelgrote werkgever twee kalenderjaren voorafgaand aan de dag van aanvang van het eigenrisicodragen;

– loonsomlaag staat voor: 10 maal het gemiddelde premieplichtige loon per werknemer, bedoeld in artikel 2.5, tweede lid, twee kalenderjaren voorafgaand aan de dag van aanvang van het eigenrisicodragen;

– loonsomhoog staat voor: 100 maal het gemiddelde premieplichtige loon per werknemer, bedoeld in artikel 2.5, tweede lid, twee kalenderjaren voorafgaand aan de dag van aanvang van het eigenrisicodragen.

4. De vermenigvuldigingsfactor, bedoeld in het derde lid, wordt naar beneden afgerond op twee cijfers achter de komma.

Artikel 2.19c Overgangsbepaling WGA-staartlasten en flexibele dienstbetrekkingen

In afwijking van artikel 2.19b komen de volgende lasten ten laste van het staartlastenvermogen van de Werkhervattingskas:

a. de WGA-uitkeringen, bedoeld in artikel 117b, derde lid, onderdeel h, van de Wfsv, die zijn toegekend aan werknemers, die uit de dienstbetrekking waaruit de WGA-uitkering is ontstaan vóór 1 januari 2017 ongeschikt zijn geworden tot het verrichten van hun arbeid als bedoeld in artikel 19 of 19aa van de Ziektewet en uit dien hoofde recht hadden op een uitkering op grond van artikel 29, tweede lid, onderdeel a, b en c, van de Ziektewet en die op de eerste dag van ongeschiktheid tot werken in een dienstbetrekking stonden van een eigenrisicodrager als bedoeld in artikel 40, eerste lid, onderdeel b, van de Wfsv waarbij die dag is gelegen vóór de dag van ingang van het eigenrisicodragen, en de uitvoeringskosten en andere kosten in verband met deze uitkeringen;

b. de overlijdensuitkeringen, bedoeld in artikel 74, eerste lid, van de Wet WIA, in verband met het overlijden van de werknemer, bedoeld onder a, en de uitvoeringskosten en andere kosten in verband met deze uitkeringen.

ARTIKEL II

In artikel 7, onderdeel a, van het Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten vervalt «, het sectorfonds».

ARTIKEL III

Dit besluit treedt, met uitzondering van artikel I, onderdeel F, in werking met ingang van 1 januari 2020.

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt met de daarbij behorende stukken openbaar gemaakt door publicatie in de Staatscourant.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

’s-Gravenhage, 24 juni 2019

Willem-Alexander

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. Koolmees

Uitgegeven de *achtentwintigste* juni 2019

De Minister van Justitie en Veiligheid,
F.B.J. Grapperhaus

stb-2019-236
ISSN 0920 - 2064
’s-Gravenhage 2019

NOTA VAN TOELICHTING

1. Algemeen

Dit besluit wijzigt het Besluit Wfsv naar aanleiding van de wijziging van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) in de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB). Daarin wijzigt de financiering van de Werkloosheidswet (WW) door de WW-premie te differentiëren naar aard van het contract: voor vaste contracten gaan werkgevers een lagere WW-premie afdragen dan voor flexibele contracten. Daardoor wordt het voor werkgevers aantrekkelijker om werknemers een vast contract te bieden, en wordt tegelijkertijd de financiering van de WW gemoderniseerd door werkloosheidsrisico's niet langer te beprijzen via sectorale differentiatie, maar via differentiatie naar aard van het contract. Bovendien staat voortaan een ander uitgangspunt dan schadelast centraal, namelijk de prikkel voor werkgevers om een vast contract aan te bieden. Voor een algemene toelichting op deze wijzigingen zij verwezen naar de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans[1].

Verschil tussen de hoge en de lage premie

In het aangepaste artikel 27, eerste lid, van de Wfsv wordt geregeld dat werkgevers ten behoeve van het Algemeen Werkloosheidsfonds het lage percentage gaan betalen over het loon aan werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarbij geen sprake mag zijn van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 628a van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Het hoge percentage wordt afgedragen over het loon aan overige werknemers. Dit besluit regelt dat het verschil tussen het hoge en het lage percentage wordt vastgesteld op vijf procentpunten. Voorbeeld: indien de lage premie 1% is, is de hoge premie 6%.

De regering kiest voor een vast verschil tussen het hoge en lage percentage om de volgende redenen. Uitgangspunt bij de vaststelling van de hoge en lage WW-premiepercentage is dat het verschil daartussen moet bijdragen aan het aantrekkelijker maken van het vaste contract ten opzichte van het flexibele contract. Het ligt daarom voor de hand om een vast verschil te hanteren, uitgedrukt in procentpunten. Een vast verschil is stabiel en voorspelbaar, eenvoudig te communiceren en conjunctuuronafhankelijk. Een vaste verhouding, zoals werd gehanteerd in de vijf sectoren met differentiatie naar contractduur[2], is minder duidelijk in de communicatie en leidt tot een minder stabiele prikkel doordat deze wel afhankelijk is van de conjunctuur. Door de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans wordt voor alle werkgevers de premie gedifferentieerd naar de aard van het contract en daardoor kan de voorheen in dit besluit geregelde differentiatie in vijf sectoren vervallen.

Met dit besluit wordt het vaste verschil tussen het hoge en het lage percentage vastgesteld op vijf procentpunten. De hoogte van dit verschil is gebaseerd op een synthese van onderzoeksresultaten van SEO Economisch Onderzoek uit 2013[3] en uit 2016[4], van een studie van het UWV uit 2010[5], en van een door het UWV en het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) voor de Wet arbeidsmarkt in balans

---

[1] Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3.
[2] Zie artikel 2.3 Besluit Wfsv jo. artikel 3.12 Regeling Wfsv, zoals die luidden op 31 december 2019.
[3] SEO (2013) De sociaaleconomische situatie van langdurige flexibele werknemers, p. 16.
[4] SEO (2016) Beslag uitkeringen personen in flexibele schil, p. 6 en 11.
[5] UWV (2010) Groei van de flexibele arbeid en de gevolgen voor het beroep op de WW.

uitgevoerde analyse van de Polisadministratie[6]. In deze analyses is zowel gekeken naar het verschil in WW-instroom (aantallen personen) tussen vaste en flexibele contracten, als naar het verschil in veroorzaakte WW-lasten (gecorrigeerd voor duur en hoogte van de WW-uitkering van beide groepen). Ook is, specifiek in de analyse van het UWV en het ministerie van SZW, gekeken naar perioden van zowel economische opgang als neergang. Uit het geheel aan onderzoeksresultaten blijkt dat het verband tussen de contractvorm en beroep op de WW niet eenduidig te beschrijven is. Verschillende onderzoeken komen dan ook tot verschillende conclusies. Dat kan worden verklaard doordat er verschillende definities van vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten worden gehanteerd, er verschillende aannames zijn gemaakt bij het analyseren van de data, en er sprake is van een conjunctuureffect. Alles overwegend – en omdat het ene onderzoeksresultaat niet objectief beter is dan het andere – heeft de regering ervoor gekozen om een middenweg te kiezen tussen de verschillende onderzoeksresultaten. Dat komt neer op een hoge premie die circa 2,5 à 3 keer hoger dient te zijn dan de lage premie. Omgerekend naar een vast verschil leidt dat ertoe dat de hoge premie vijf procentpunt hoger zal worden vastgesteld dan de lage premie.

Herziening van de lage premie met terugwerkende kracht

Voorts wordt met dit besluit geregeld dat in bepaalde situaties het lage percentage wordt herzien, ook als er sprake is (geweest) van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en er geen sprake is (geweest) van een oproepovereenkomst. Dit wordt geregeld om omzeiling van de hoge premie te voorkomen in situaties waarbij in de eerste instantie naar de letter van de overeenkomst aan de voorwaarden voor de lage premie werd voldaan, maar in de praktijk sprake is van een (grotendeels) flexibele arbeidsrelatie. Door de lage premie in deze situaties te herzien, zijn zulke constructies niet financieel lonend. Voor nadere beleidsmatige toelichting zij verwezen naar paragraaf 4.3.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans. Deze situaties worden verderop in deze toelichting nader beschreven.

Proces van herziening

Herziening betekent dat met terugwerkende kracht de hoge premie van toepassing wordt. De hoogte van de herziening is het verschil tussen enerzijds de premies die de werkgever zou hebben afgedragen als hij gedurende de voorafgaande twaalf maanden (of, indien de arbeidsovereenkomst korter heeft geduurd, over de gehele duur van de arbeidsovereenkomst) de hoge premie had betaald, en anderzijds de premies die de werkgever reeds heeft betaald. Een herziening heeft dus betrekking op een periode van maximaal twaalf maanden. Als een herziening betrekking heeft op perioden in twee kalenderjaren, moet voor elk respectievelijk kalenderjaar worden gerekend met de premies die in dat jaar van toepassing waren. Uiteraard kan het voorkomen dat een werkgever voor dezelfde werknemer meerdere malen een herziening moet toepassen, bijvoorbeeld als de werkgever meerdere dienstbetrekkingen heeft met dezelfde werknemer of als voor de werknemer in twee achtereenvolgende jaren meer dan 30% meer uren worden verloond dan contractueel overeengekomen (herzieningssituatie 2).

Werkgevers zijn verantwoordelijk voor het met terugwerkende kracht afdragen van de hoge premie als er sprake van een herzieningssituatie. Dat betekent dat de werkgever verplicht is om zelf de ingediende

[6] Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, paragraaf 4.3.4.

loonaangiften te herzien door middel van correctieberichten. Herziet de werkgever zijn ingediende loonaangiften niet, dan kan de Belastingdienst de werkgever verzoeken om correctieberichten in te dienen. Weigert de werkgever dit, dan heft de Belastingdienst het verschil tussen de lage en de hoge premie na door middel van een naheffingsaanslag. Voor het niet indienen van een correctiebericht kan de Belastingdienst op grond van artikel 28b Wet op de loonbelasting 1964 een boete opleggen.

Als toekenning van een WW-uitkering leidt tot een herzieningssituatie (herzieningssituaties 3 en 4), informeert het UWV de (ex-)werkgever door middel van het sturen van een kopie van de WW-beschikking. Voor de werkgever is dit het signaal om te bezien of de lage premie moet worden herzien en zo nodig de ingediende loonaangiften te corrigeren. In die situaties waarin de lage premie moet worden herzien waarin het toekennen van een WW-uitkering geen voorwaarde is (herzieningssituaties 1 en 2), dient de werkgever zelf uit de ingediende loonaangiften af te leiden of er sprake is van een herzieningssituatie.

Ten behoeve van de handhaving van de herzieningssituaties zullen het UWV en de Belastingdienst een proces van gegevensuitwisseling inrichten. Daarbij zal het UWV aan de hand van onder andere de Polisadministratie bekijken of werkgevers, waar nodig, de premie hebben herzien. Als het UWV constateert dat een werkgever de lage premie niet heeft herzien dan informeert het UWV de Belastingdienst. De Belastingdienst kan de werkgever hierover informeren en vragen om de ingediende loonaangiften te herzien. Weigert de werkgever dit dan legt de inspecteur een naheffingsaanslag op. De inspecteur kan ook direct een naheffingsaanslag opleggen. De uitwisseling van gegevens uit de polisadministratie tussen Belastingdienst en UWV ten behoeve van de vaststelling van premies blijft evenals in het verleden gebaseerd op artikel 33 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen.

Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de toepassing van de herzieningssituaties. Bij ministeriële regeling zullen waarschijnlijk nadere regels wenselijk zijn over de wijze van berekening om te bepalen of herzieningssituatie 2 van toepassing is.

Voor nadere beleidsmatige toelichting over toezicht zij verwezen naar paragraaf 4.3.6 van het algemeen deel van de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans.

Getrapte inwerkingtreding van de herzieningssituaties

Van de hieronder beschreven herzieningssituaties zullen per 1 januari 2020 situaties 1 en 2 in werking treden. Hiervoor is gekozen om de complexiteit van de invoering van de nieuwe premiesystematiek per 2020 te beperken. Herzieningssituaties 3 en 4 zullen dus niet per 2020 in werking zullen treden, het UWV zal voor deze situaties nog geen kopieën van WW-beschikkingen gaan versturen, en werkgevers hoeven in deze situaties de lage premie nog niet te herzien.

Uiteraard zal de regering wel actief inzetten op het monitoren van omzeiling van de hoge WW-premie in combinatie met afwenteling op de WW. In 2021 zal de regering hier specifiek onderzoek naar laten verrichten, met het oog op mogelijke omzeiling in 2020. Naar aanleiding van de resultaten van dit onderzoek zal de regering besluiten of de betreffende herzieningssituaties alsnog in werking moeten treden. Uiteraard kunnen de resultaten uit dat onderzoek ook aanleiding zijn tot het aanpassen van de reeds in werking getreden herzieningssituaties of het introduceren van nieuwe herzieningssituaties.

Herzieningssituaties

Herzieningssituatie 1: De dienstbetrekking eindigt binnen twee maanden na aanvang

Deze bepaling wordt opgenomen om onder andere te voorkomen dat de proeftijd wordt gebruikt als methode om de lage premie af te dragen voor een de facto flexibele arbeidsrelatie. Bij elke beëindiging binnen twee maanden wordt de hoge premie van toepassing, ook als dat niet binnen een proeftijd gebeurt. Voor de toepassing van deze herzieningssituatie worden elkaar zonder onderbreking opvolgende arbeidsovereenkomsten als één dienstbetrekking gezien, zelfs als niet alle arbeidsovereenkomsten voldoen aan de voorwaarden voor de lage premie. Indien de dienstbetrekking slechts gedeeltelijk eindigt, is deze herzieningssituatie niet van toepassing.

In de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans is aangekondigd dat deze herzieningssituatie betrekking zou hebben op de eerste vijf maanden van de dienstbetrekking. De Tweede Kamer heeft bij amendement de verlenging van de maximale proeftijd naar vijf maanden uit het wetsvoorstel geschrapt. Daarom wordt voor deze herzieningssituatie aangesloten bij de thans geldende maximale proeftijd van twee maanden.

Voorbeelden:

• Een werknemer heeft vanaf 1 januari 2020 een vast contract[7], al dan niet met proeftijd. De werknemer neemt ontslag op 29 februari 2020. De werkgever dient de premie te herzien over de maanden januari en februari.

• Een werknemer heeft van 1 januari tot en met 31 januari 2020 een tijdelijk contract. Vanaf 1 februari 2020 heeft de werknemer een vast contract. De werknemer wordt ontslagen op 15 maart 2020 en er ontstaat géén recht op een WW-uitkering voor de werknemer. De werkgever hoeft de premie niet te herzien, want de elkaar zonder onderbreking opvolgende arbeidsovereenkomsten hebben gezamenlijk langer dan twee maanden geduurd.

• Een werknemer heeft van 1 januari tot en met 31 januari 2020 een tijdelijk contract. Vanaf 1 februari 2020 heeft de werknemer een vast contract. De werknemer neemt ontslag op 29 februari 2020. De werkgever dient de premie te herzien over de maand februari, omdat het contract binnen twee maanden na aanvang van het eerste contract is geëindigd. Over januari vindt geen herziening plaats; over die maand is immers al de hoge premie afgedragen.

• Een werknemer heeft vanaf 1 januari tot en met 31 januari 2020 een tijdelijk contract. In februari en maart is er geen contract. Van 1 april 2020 heeft de werknemer een vast contract dat op 31 mei 2020 met wederzijds goedvinden wordt beëindigd. De werkgever dient de premie te herzien over de maanden april en mei, want de arbeidsovereenkomsten hebben elkaar niet zonder onderbreking opgevolgd en dus telt het contract in januari niet mee bij het bepalen van de termijn van twee maanden.

---

[7] Kortheidshalve wordt in deze toelichting «vast contract» gebruikt om te verwijzen naar arbeidsovereenkomsten die voldoen aan de voorwaarden voor de lage premie, ofwel schriftelijke arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, niet zijnde oproepcontracten.

Herzieningssituatie 2: De werknemer krijgt binnen een kalenderjaar meer dan 30% meer uren verloond dan contractueel voor dat jaar overeengekomen.

Deze bepaling voorkomt dat vaste contracten worden aangegaan met een (zeer) beperkt aantal vaste uren en in de praktijk structureel overwerk wordt ingezet als flexibele arbeid. Bij meer dan 30% verloonde uren bovenop de vaste arbeidsomvang is de regering van mening dat dit niet kan worden beschouwd als gangbare flexibiliteit in een arbeidscontract, waarop de lage premie van toepassing kan zijn. Voor het berekenen van de verhouding tussen verloonde en contractueel overeengekomen uren dient te worden gekeken naar het geheel van arbeidsrelaties tussen werkgever en werknemer in het betreffende kalenderjaar, ofwel op het niveau van het fiscaalnummer/RSIN/BSN. De verloonde uren, respectievelijk contractueel overeengekomen uren worden dan bij elkaar opgeteld.

Deze bepaling heeft ook effect op bepaalde vaste contracten waarin consignatiediensten, aanwezigheidsdiensten of, in bepaalde zorgsectoren, bereikbaarheidsdiensten zijn overeengekomen. Op grond van het Besluit nadere regels over oproepovereenkomsten kwalificeren zulke contracten niet als oproepcontract indien de geconsigneerde, aanwezige of bereikbare tijd per uur geldelijk wordt vergoed of gecompenseerd in de vorm van betaalde vrije tijd. Bij consignatie- en bereikbaarheidsdiensten dient de vergoeding of compensatie per uur plaats te vinden. Indien geconsigneerde, aanwezige of bereikbare tijd per uur geldelijk wordt vergoed, is er sprake van verloonde uren die meetellen voor het al dan niet van toepassing zijn van de onderhavige herzieningssituatie.

Deze bepaling is niet van toepassing op dienstbetrekkingen waarbij in het vaste contract 35 uur arbeid of meer per week (voltijds volgens de definitie van het Centraal Bureau voor de Statistiek) is overeengekomen. Voltijds arbeidsovereenkomsten bieden immers al de door de regering gewenste zekerheid aan werknemers. Stimulering door WW-premiedifferentiatie – en de daarbij behorende situaties waarin met terugwerkende kracht de hoge premie dient te worden betaald – is daarom niet nodig.

Het percentage van 30% is gebaseerd op een analyse van gegevens uit de Polisadministratie bij het UWV. Op basis van deze analyse concludeert de regering dat een percentage van 30% werkgevers de ruimte biedt om voor gangbare flexibele componenten binnen een contract (zoals tijdelijk meer uren werken, consignatiediensten en overwerk) de lage premie af te dragen.

Herzieningssituatie 3: De werknemer krijgt binnen een jaar na aanvang van de dienstbetrekking een WW-uitkering door arbeidsuren- of inkomstenverlies bij de werkgever.

Deze bepaling voorkomt dat vaste contracten flexibel worden ingezet door na korte tijd de overeenkomst (al dan niet met wederzijds goedvinden) te laten eindigen. In het geval van herleving van een WW-uitkering wordt de lage premie herzien bij de werkgever waar het inkomensverlies (de reden voor herleving van het WW-recht) ontstaat.

Voor de berekening van de periode van een jaar na aanvang van de dienstbetrekking worden, analoog aan herzieningssituatie 1, elkaar zonder onderbreking opvolgende arbeidsovereenkomsten als één dienstbetrekking gezien. Voor het bepalen of de werknemer binnen één jaar een WW-uitkering krijgt, moet gekeken worden naar het moment waarop recht op een WW-uitkering ontstaat of het moment waarop het WW-recht

herleeft. Er wordt alleen rekening gehouden met WW-uitkeringen die tot uitbetaling komen. Als de werknemer bijvoorbeeld vanwege verwijtbare werkloosheid geen WW-uitkering krijgt, dan telt deze uitkering niet mee. Als de uitkering op een latere dag ingaat, dan telt die uitkering wel mee en wordt voor de periode van een jaar geteld vanaf het moment waarop het recht op de WW-uitkering ontstond of het uitkeringsrecht herleefde.

Voorbeelden:

• Een werknemer heeft van januari tot en met augustus 2020 een vast contract. Eind augustus eindigt de dienstbetrekking. Vanaf september krijgt de werknemer een WW-uitkering uit hoofde van deze dienstbetrekking. De werkgever dient de premie te herzien over de maanden januari tot en met augustus.

• Een werknemer heeft van januari tot en met maart 2020 een vast contract. Daarna volgt gedeeltelijk ontslag – vanaf april 2020 werkt de werknemer minder uren – waardoor de werknemer een WW-uitkering krijgt of een eerdere WW-uitkering herleeft. De werkgever waarbij het gedeeltelijk ontslag heeft plaatsgevonden dient de premie te herzien over de maanden januari tot en met maart 2020. Vanaf april 2020 kan hij weer de lage premie toepassen, als het contract met de werknemer aan de voorwaarden voor de lage premie voldoet.

• Een werknemer heeft van januari 2020 tot en met december 2021 een vast contract bij werkgever A. Eind 2021 eindigt de dienstbetrekking en de werknemer krijgt uit hoofde van die dienstbetrekking een WW-uitkering. Met ingang van februari 2022 krijgt de werknemer een vast contract bij werkgever B; zijn WW-uitkering eindigt. Per 15 juli 2022 eindigt de dienstbetrekking bij werkgever B en herleeft de WW-uitkering. Werkgever B dient de premie te herzien over de gehele dienstbetrekking tussen de werknemer en werkgever B; het ontslag bij werkgever B is namelijk de oorzaak van de herleving. Werkgever A hoeft niet te herzien.

Herzieningssituatie 4: De werknemer krijgt een WW-uitkering toegekend, terwijl maximaal een jaar eerder bij dezelfde werkgever het lage percentage moest worden herzien op grond van herzieningssituatie 3.

Deze bepaling voorkomt dat bijvoorbeeld een voltijds vast contract wordt aangegaan waarvan vervolgens in een (seizoensmatig) patroon het aantal te werken uren naar beneden en naar boven wordt bijgesteld. Zonder deze bepaling zou bij het eerste arbeidsurenverlies eenmalig het lage premiepercentage moeten worden herzien, maar kan vanaf het tweede jaar het lage premiepercentage worden toegepast terwijl het aantal te werken uren fluctueert (en er aanspraak kan worden gemaakt op de WW). Analoog aan herzieningssituatie 3 wordt de periode van één jaar (twaalf maanden) geteld vanaf het moment dat het recht op een WW-uitkering ontstaat of herleeft.

Voorbeeld:

• Een werknemer heeft vanaf februari 2020 een vast contract. Vanaf december 2020 wordt het aantal contracturen verlaagd naar vijf en de werknemer krijgt een WW-uitkering uit hoofde van deze dienstbetrekking. De werkgever dient de premie te herzien over de maanden februari tot en met november 2020 op grond van herzieningssituatie 3. Vanaf december 2020 is de werkgever over de vijf uur de lage premie verschuldigd. Van februari tot en met september 2021 worden de contracturen in deze dienstbetrekking weer verhoogd, zodanig dat WW-uitkering eindigt. Vanaf oktober 2020 wordt het aantal contracturen weer verlaagd naar vijf en de werknemer krijgt opnieuw een WW-uitkering. De werkgever dient de premie te herzien over de maanden december 2020 tot en met september 2021 op grond van herzieningssituatie 4.

Overige bepalingen

Ten behoeve van de handhaving van de premiedifferentiatie wordt geregeld dat een werkgever voor werknemers voor wie hij de lage premie afdraagt, een afschrift van de arbeidsovereenkomst moet opnemen in zijn loonadministratie. Dit vereiste is noodzakelijk om de Belastingdienst in staat te stellen te controleren of er daadwerkelijk sprake is van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet zijnde een oproepovereenkomst.

Tevens wordt opgenomen dat de lage premie nooit van toepassing kan zijn op arbeidsovereenkomsten met een uitzendbeding. Bij een dergelijk contract heeft de werknemer namelijk niet de zekerheid van een reguliere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Uit de strekking van artikel 7:691, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek kan reeds worden opgemaakt dat een uitzendbeding zich niet verhoudt tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Desondanks is, om onduidelijkheid te voorkomen, expliciet als vereiste voor de toepassing van de lage premie opgenomen dat er geen uitzendbeding kan zijn overeengekomen.

Ten behoeve van de uitvoerbaarheid voor werkgevers, salarisadministrateurs en ontwikkelaars van salarissoftware wordt geregeld dat over een geheel aangiftetijdvak dan wel de hoge, dan wel de lage premie wordt afgedragen. Het peilmoment daarvoor is de eerste dag van het tijdvak. Als een werknemer bijvoorbeeld halverwege een aangiftetijdvak een vast contract krijgt, mag de werkgever vanaf het daaropvolgende aangiftetijdvak de lage premie gaan afdragen. Hetzelfde geldt voor herzieningen: indien een herziening betrekking heeft op een deel van een aangiftetijdvak, is bepalend of de eerste dag van dat tijdvak onder de herzieningsperiode valt. Zo ja, dan moet over dat hele tijdvak de premie worden herzien; zo nee, dan niet. Voor de uitzondering voor jongeren geldt dat de peildatum voor de leeftijd de eerste dag van het aangiftetijdvak is; voor het aantal verloonde uren dient uiteraard wel naar het gehele aangiftetijdvak te worden gekeken.

Ten behoeve van de uitvoerbaarheid van de uitzondering voor de beroepspraktijkopleiding van de beroepsbegeleidende leerweg (BBL) in artikel 27, derde lid, onderdeel a, van de Wfsv wordt geregeld dat de BBL-overeenkomsten voorzien moeten zijn van alle benodigde handtekeningen, en daarbij van dagtekening zijn voorzien. De Belastingdienst toetst op basis van de administratie van de werkgever of de uitzondering terecht wordt toegepast. Met deze nadere voorwaarden kan de Belastingdienst effectiever controleren of de overeenkomsten op basis van deze uitzondering kwalificeren voor de lage premie en, zo ja, voor welke periode de uitzondering geldt.

Uit de sectorfondsen worden thans ook uitkeringen voor de Ziektewet (ZW) en Werkhervattingsregeling gedeeltelijk arbeidsgeschikten (WGA) gefinancierd. Hiertoe betalen werkgevers een opslag bovenop het WW-deel van de sectorpremie. Het gaat hierbij om ZW-staartuitkeringen van werkgevers die eigenrisicodragers zijn geworden, WGA-uitkeringen aan flexwerkers die gestart zijn voor 1 januari 2012, en WGA-staartuitkeringen van kleine en middelgrote werkgevers die eigenrisicodrager WGA-vast zijn geworden in de periode 2014 tot en met 1 juli 2015. Dit besluit regelt dat de ZW-staartuitkeringen na afschaffing van de sectorfondsen worden gefinancierd via de Werkhervattingkas (Whk). Hiervoor wordt gekozen met het oog op een gelijk speelveld tussen het UWV en private verzekeraars. Eigenrisicodragers betalen staartlasten zelf of via hun private verzekeringspremie. Door de publieke staartlasten via de Whk te financieren komen publieke staartlasten uitsluitend voor

rekening van publiek verzekerde werkgevers. Daarnaast wordt geregeld dat de WGA-uitkeringen aan flexwerkers die gestart zijn voor 1 januari 2012 ten laste komen van het Arbeidsongeschiktheidsfonds (Aof). Hiervoor wordt gekozen omdat het uitkeringen betreft die zijn gestart toen er geen hybride markt bestond voor WGA-uitkeringen aan flexwerkers. WGA-staartuitkeringen van kleine en middelgrote werkgevers die eigenrisicodrager WGA-vast zijn geworden in de periode 2014 tot en met 1 juli 2015 worden eveneens gefinancierd uit het Aof. Een financiering van deze uitkeringen uit de Whk net als de overige staartlasten van de WGA zou tot een onevenwichtigheid leiden. Het betreft namelijk uitsluitend staartlasten van kleine en middelgrote werkgevers, terwijl het aanwezige vermogen in de Whk ten behoeve van de financiering van staartlasten opgebracht is door alle publiek verzekerde werkgevers.

Ten slotte worden enkele bepalingen geschrapt die betrekking hadden op de sectorpremies of de sectorfondsen en, als gevolg daarvan, enkele bepalingen verplaatst.

2. Uitvoerbaarheid, regeldruk en internetconsultatie

Uitvoerbaarheid

Dit wijzigingsbesluit is in nauwe samenwerking met het UWV en de Belastingdienst tot stand gekomen en voor uitvoeringstoets aan hen voorgelegd. Beide uitvoeringsorganisaties hebben verklaard dat WW-premiedifferentiatie naar de aard van het contract – onderdeel van de WAB, plus het onderhavige wijzigingsbesluit en een besluit tot wijziging van de Regeling Wfsv – uitvoerbaar is per 1 januari 2020.

De uitvoeringstoetsen laten zien dat de invoering van de nieuwe premiesystematiek grote invloed heeft op de loonaangifteketen en de uitvoering daarvan door het UWV en de Belastingdienst. Dat komt ten eerste door de majeure wijzigingen die nodig zijn in de «gegevensspecificaties», de gegevens die werkgevers in hun maandelijkse of vierwekelijkse loonaangifte doorgeven aan de Belastingdienst, zoals de introductie van nieuwe rubrieken voor de hoge en lage AWf-premie en het vervallen van de risicopremiegroepen. Ten tweede veroorzaken met name de herzieningssituaties uitvoeringscomplexiteit, zowel voor de inhoud van de loonaangifte als in de processen die het UWV en de Belastingdienst zullen inrichten ten behoeve van toezicht op en handhaving van de herzieningssituaties.

De regering erkent, met het UWV en de Belastingdienst, dat goede communicatie noodzakelijk is voor een succesvolle invoering per 2020. Werkgevers zullen in de loonaangifte de juiste WW-premie moeten afdragen en daarbij correct aangeven of er voldaan wordt aan de voorwaarden voor het toepassen van de lage premie. Daarvoor is kennis van de voorwaarden wezenlijk, waaronder de definitie van de oproepovereenkomst. De regering zal daarom, in de aanloop naar de invoeringsdatum, proactief zorgen voor extra voorlichting over de WAB, bovenop de reguliere communicatiekanalen van het UWV en de Belastingdienst. Uiteraard zal deze extra communicatie wel plaatsvinden in nauwe samenwerking met deze uitvoeringsorganisaties. Om te waarborgen dat werkgevers optimaal door hun salarissoftware gefaciliteerd worden bij het afdragen van de juiste premie, worden salarissoftwareontwikkelaars en salarisadministrateurs uitgebreid geconsulteerd bij de uitwerking van de gegevensspecificaties voor 2020. Zo heeft de Belastingdienst onder andere een extra congres georganiseerd om de aanstaande wijzigingen extra voor het voetlicht te brengen.

Gezien de omvang van de wijziging zullen werkgevers en uitvoerders tijd nodig hebben om in de praktijk aan de nieuwe systematiek te wennen. De regering erkent, met het UWV, dat het niet realistisch is om vanaf de eerste dag een perfecte uitvoering door alle partijen te verwachten. Daarvoor is de wijziging, ongeacht de ingangsdatum, te groot en complex. Naast de hierboven genoemde inspanningen zal de regering – zoals door het UWV voorgesteld in zijn uitvoeringstoets – daarom ook extra inzetten op monitoring van de kwaliteit van de loonaangifte per 2020. Het UWV en de Belastingdienst zullen dit doen in samenwerking met onder andere de Analysegroep Gegevenskwaliteit Loonaangifteketen (AGL). Daar waar blijkt dat zich in de praktijk problemen voordoen bij het indienen van loonaangiften, bijvoorbeeld het afdragen van de juiste WW-premie of het herzien van de lage WW-premie, zal de regering inzetten op verbetering.

De meeste uitvoeringscomplexiteit wordt veroorzaakt door de herzieningssituaties. Het UWV constateert dat signalen over de herzieningssituaties niet in alle gevallen foutloos aan de Belastingdienst kunnen worden doorgegeven. Dat is met name het geval bij de herzieningssituaties die verband houden met de WW, bijvoorbeeld in complexe situaties waarbij WW-recht herleeft of wanneer een werkgever wisselt van softwarepakket waarmee de loonaangifte wordt gedaan. Ook het versturen van kopieën van WW-beschikkingen aan werkgevers zal niet in alle situaties foutloos kunnen. De regering heeft er daarom voor gekozen om herzieningssituaties 3 en 4 niet per 2020 in werking te laten reden, maar na gericht onderzoek naar ontwijking te bezien of inwerkingtreding van deze herzieningssituaties aan de orde is. Voor het overige geldt dat de bovengenoemde monitoringsactiviteiten ook betrekking zullen hebben op de herzieningssituaties, zodat onjuistheden zo snel mogelijk aangepakt kunnen worden. Tegelijkertijd kan het gros van de gevallen goed worden verwerkt, waardoor misbruik van het recht om de lage premie af te dragen wordt voorkomen.

De herzieningssituaties noodzaken ook tot automatiseringsinvesteringen. Via een projectgroep van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, het UWV en de Belastingdienst zullen deze activiteiten aangestuurd en uitgevoerd worden. Beheersing van de implementatie en uitvoering is nadrukkelijk een taak van deze projectgroep, waarbij de door het UWV geschetste risico's nauw gevolgd zullen worden.

Regeldruk

De gevolgen van de regeldruk van de introductie van WW-premiedifferentiatie naar de aard van het contract zijn reeds beschreven in paragraaf 5.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans. In reactie op het onderhavige wijzigingsbesluit heeft het Adviescollege Toetsing Regeldruk (ATR) verklaard de analyse van de regering van de regeldrukeffecten van deze regeling te delen.

Internetconsultatie

Dit wijzigingsbesluit is op 12 november 2018 gepubliceerd voor internetconsultatie via www.internetconsultatie.nl. Partijen hebben hier tot en met 10 december 2018 op kunnen reageren. Er zijn in totaal 19 reacties binnengekomen, waarvan één niet-openbaar. De regering reageert hierbij op de opmerkingen die betrekking hebben op de inhoud van dit wijzigingsbesluit. Voor zover reacties betrekking hebben op onderdelen die op wetsniveau zijn geregeld, waaronder het afschaffen van de sectorale differentiatie van de WW-premie, zij verwezen naar hoofdstuk 4 en

paragraaf 5.4.1.7 van het algemeen deel van de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans.

Enkele partijen hebben gereageerd op het voorgestelde verschil tussen de hoge en de lage premie, te weten vijf procentpunten. De reacties daarop variëren van enerzijds de opvatting dat het verschil te groot is en flexibele arbeid daardoor te duur wordt, tot anderzijds de opvatting dat het verschil te klein is en daardoor onvoldoende prikkel biedt om vaste contracten aan te bieden. De regering benadrukt dat de prikkel om vaste contracten aan te bieden in de toekomst leidend zal zijn bij de premiestelling. Aangezien het op dit moment niet mogelijk is om de effecten van verschillende varianten door te rekenen, wordt de schadelast van vaste en tijdelijke contracten als uitgangspunt genomen. Na inwerkingtreding zal vervolgens worden bezien wat de effecten zijn van de prikkel, in combinatie met de andere maatregelen van de wet.

Voorts hebben enkele partijen gereageerd op de vormgeving van herzieningssituatie 2, waarin bepaald wordt dat de lage premie wordt herzien wanneer in een kalenderjaar meer dan 30% meer uren zijn verloond dan contractueel overeengekomen. Enkele partijen vinden deze marge te ruim, waar andere partijen deze marge te beperkt vinden. In reactie daarop merkt de regering op dat met de grens van 30% een balans wordt gevonden tussen beide standpunten. Deze herzieningssituatie moet namelijk enerzijds voorkomen dat werkgevers kleine deeltijdcontracten voor onbepaalde tijd inzetten om de hoge premie te ontwijken, maar moet het tegelijkertijd niet duurder maken om incidenteel overwerk in te zetten of binnen redelijke marges bijzondere diensten in te zetten. Op basis van een analyse van gegevens uit de Polisadministratie concludeert de regering dat een percentage van 30% werkgevers genoeg ruimte biedt voor gangbare flexibele componenten binnen een contract (zoals tijdelijk meer uren werken, consignatiediensten en overwerk), maar tegelijkertijd effectief voorkomt dat via kleine deeltijdcontracten de hoge premie wordt ontweken voor arbeidsovereenkomsten die in de praktijk grotendeels flexibel zijn.

Specifiek ten aanzien van de zorgsector is opgemerkt dat bijzondere diensten zoals consignatiediensten en bereikbaarheidsdiensten veel voorkomen in deze sector en dat daardoor het percentage van 30% wel eens vaak overschreden zou kunnen worden. Het ministerie van SZW heeft hierover overleg gevoerd met Brancheorganisaties Zorg (BoZ) om inzicht te krijgen in de precieze afspraken die hierover worden gemaakt in cao's. De regering constateert dat de cao-afspraken vaak zo zijn vormgegeven dat er geen sprake is van verloonde uren in de loonaangifte. In sommige gevallen bepaalt de precieze voorkeur van de werkgever of de werknemer hoe de geconsigneerde of beschikbare uren gecompenseerd worden of er wel of geen sprake is van verloonde uren. Wanneer er geen sprake is van een verloond uur, telt dit uur uiteraard niet mee in de berekening of het percentage van 30% wordt overgeschreden. De regering is daarom tot de conclusie gekomen dat eventuele overschrijdingen van de 30%-norm veelal niet zullen voortkomen uit het verrichten van bijzondere diensten en dat aanpassing van het besluit daarom niet noodzakelijk is.

Enkele partijen hebben voorgesteld om niet alleen herziening van de lage premie mogelijk te maken, maar ook herziening van de hoge premie. Dat zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat met terugwerkende kracht de lage premie van toepassing wordt als de werkgever na een periode van tijdelijke arbeidsovereenkomsten een vast contract aanbiedt. De regering wijst dit voorstel af. Dit is ten eerste omdat dit de prikkel tot het direct aanbieden van een vast contract zou ondermijnen; het is immers niet

meer lonend om vanaf dag één een vast contract aan te bieden als na een periode met (een) tijdelijk(e) contract(en) de hoge premie wordt herzien. Ten tweede zou dit voorstel een niet-doelmatige prikkel introduceren om uiteindelijk toch een vast contract aan te bieden; de premiedifferentiatie zoals de regering die voorstelt biedt immers al een prikkel om zo snel mogelijk om een vast contract aan te bieden.

3. Artikelsgewijs

Artikel I, onderdeel A

In het opschrift van paragraaf 1 van hoofdstuk 2 wordt de verwijzing naar de vaststelling premiepercentages voor de sectorfondsen vervangen door een verwijzing naar de gedifferentieerde AWf-premie, die daarvoor in de plaats komt.

Artikel I, onderdeel B

Artikel 2.1, de begripsbepaling, wordt gewijzigd in verband met het vervallen van de sectorfondsen en het vervangen van de sectorpremie door een gedifferentieerde AWf-premie.

In verband hiermee wordt in onderdeel b de omschrijving van «het sectorpremiepercentage» vervangen door een omschrijving van «de percentages van de AWf-premie». Dit begrip is nodig in het gewijzigde artikel 2.2, dat de regels bevat over de nieuwe AWf-premie, die wordt vastgesteld op grond van artikel 27, eerste lid, van de Wfsv.

In onderdeel c wordt het begrip «verzekerde loonsom» geschrapt, omdat dit gebruikt werd in het te verplaatsen artikel 2.1b. Dit begrip wordt om die reden verplaatst naar het nieuwe artikel 2.19.

Het begrip «werkloosheidslasten» in het nieuwe onderdeel c heeft – anders dan voorheen – niet langer slechts betrekking op de lasten voor WW-uitkeringen over het eerste half jaar, die eerder ten laste van de sectorfondsen kwamen, maar op alle uitgaven die ten laste van het Algemeen Werkloosheidsfonds komen, dus ook op WW-uitkeringen na het eerste half jaar. De AWf-premie wordt immers – anders dan de oude sectorpremies – vastgesteld ter dekking van alle werkloosheidslasten.

Het begrip «lastenplafond» in het oude onderdeel d, dat de sectorpremie voorheen maximeerde, is niet langer nodig nu de sectorpremie wordt vervangen door de AWf-premie. Aangezien de AWf-premie niet lastendekkend wordt vastgesteld, is dit begrip voor de nieuwe AWf-premie niet nodig en vervalt daarom.

De begrippen «overige ziekengeldlasten», «overige WGA-lasten», en «WGA-staartlasten» in de oude onderdelen f, g en h worden verplaatst naar het nieuwe artikel 2.19, omdat deze lasten in de toekomst ten laste van de Werkhervattingskas en het Arbeidsongeschiktheidsfonds zullen worden gebracht. De bepalingen hierover horen om die reden niet langer thuis in de paragraaf van het Besluit, die betrekking heeft op het Algemeen Werkloosheidsfonds. Het begrip «overige ziekengeldlasten» diende daarbij opnieuw te worden geformuleerd in verband met het schrappen van artikel 117b, derde lid, onderdeel g, van de Wfsv. Materieel leidt dit niet tot een wijziging.

Artikel I, onderdelen C en I

De artikelen 2.1a, 2.1b en 2.1c, die de fondsbelasting van de overige ziekengeld- en WGA-lasten en van de WGA-staartlasten regelden worden verplaatst naar de nieuw in te voegen paragraaf 3 en komen terug als de artikelen 2.19a tot en met 2.19c, met dien verstande dat deze lasten in de toekomst ten laste komen van het Arbeidsongeschiktheidsfonds en de Werkhervattingskas in plaats van de op te heffen sectorfondsen. Reden

dat de overige ziekengeldlasten nu ten laste van de Werkhervattingskas worden gebracht, is in de eerste plaats dat deze lasten niet langer ten laste van de sectorfondsen gebracht kunnen worden. Met het oog op een gelijk speelveld tussen de publieke en private markt kiest de regering ervoor de staartlasten nu wel ten laste van de Werkhervattingskas te brengen. In de private markt worden de staartlasten immers ook gedragen door de eigenrisicodragers. De financiering van de publieke staartlasten komt hiermee uitsluitend voor rekening van publiek verzekerde werkgevers. Artikel 2.1c over de WGA-staartlasten flexibele dienstbetrekkingen is ongewijzigd.

Artikel I, onderdeel D

In het nieuwe artikel 2.2 wordt de wijze van vaststelling van de nieuwe AWf-premie op grond van artikel 27, eerste lid, van de Wfsv uitgewerkt door de bepaling dat het hoge percentage 5 procentpunt hoger dient te zijn dan het lage percentage.

Artikel I, onderdeel E en F

De oude artikelen 2.2a en 2.3 bevatten voorheen enkele bijzondere bepalingen over de sectorpremiepercentages voor enkele specifieke sectoren. Deze bepalingen zijn ten gevolge van het afschaffen van de sectorpremies niet langer nodig en vervallen om die reden.

In het nieuwe artikel 2.3, eerste lid, worden op grond van artikel 27, eerste lid, van de Wfsv nadere regels gesteld inzake herziening van het lage percentage van de AWf-premie. Het gaat daarbij om situaties waarbij in eerste instantie op grond van de inhoud van de arbeidsovereenkomst terecht de lage premie is toegepast, maar waarbij in verband met de wijze van uitvoering of omstandigheden die zich nadien hebben voorgedaan de premie achteraf en met terugwerkende kracht voor die periode wordt gewijzigd in de hoge premie. Dit laat onverlet dat bij onterechte toepassing van de lage premie vanaf de aanvang (indien bij voorbeeld niet is voldaan aan het vereiste van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd) de premie eveneens moet worden gecorrigeerd naar de hoge premie. De lage AWf-premie wordt in de volgende gevallen herzien naar het hoge percentage over een reeds verstreken periode:

a. De lage premie wordt herzien voor werknemers van wie de dienstbetrekking binnen twee maanden na aanvang is geëindigd. Deze bepaling voorkomt dat de proeftijd wordt gebruikt om de lage premie af te dragen voor een flexibele arbeidsrelatie. Wie het initiatief voor beëindiging heeft genomen is in deze twee maanden niet relevant voor het herzien van de premie. Ook is niet relevant of er ten tijde van de beëindiging daadwerkelijk sprake was van een proeftijd.

b. De premie wordt voorts herzien indien de werkgever ten aanzien van een werknemer in de loonaangifte(n) over een kalenderjaar/jaren meer dan 30% meer uren heeft verloond dan het aantal uren dat volgt uit de omvang van de te verrichten arbeid in alle dienstbetrekkingen tussen de betreffende werkgever en werknemer. Deze herzieningssituatie strekt ertoe te voorkomen dat voor een laag aantal uren een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan, waarbij de feitelijke arbeidsduur veel groter is dan de overeengekomen arbeidsduur door op flexbasis veel extra uren te werken. Deze herzieningssituatie geldt niet indien de overeengekomen arbeidsomvang van de vaste arbeidsovereenkomst 35 uur per week of meer bedraagt.

c. Ook voor werknemers die binnen een jaar na aanvang van de dienstbetrekking uit hoofde van die dienstbetrekking recht hebben gekregen op een uitkering op grond van de Werkloosheidswet of voor werknemers waarvan het recht op een WW-uitkering herleeft bij de

betreffende werkgever, wordt het lage percentage achteraf herzien naar het hoge percentage. Het initiatief voor het beëindigen van de dienstbetrekking is in deze situatie relevant, omdat dit van belang kan zijn voor de vraag of er recht bestaat op een WW-uitkering.

d. Ten slotte wordt het lage percentage herzien ten aanzien van een werknemer die nadat hij voor een herziening op grond van onderdeel c in aanmerking kwam, terwijl de dienstbetrekking bij diezelfde werkgever voortduurt, uit hoofde van die dienstbetrekking binnen een jaar opnieuw recht heeft gekregen op een uitkering op grond van de Werkloosheidswet.

Bij het toekennen van een WW-uitkering op grond van de onderdelen c en d wordt alleen gedoeld op situaties waarin het WW-recht ook daadwerkelijk geldend is gemaakt, d.w.z. tot uitbetaling is gekomen. Situaties waarin formeel wel recht op WW ontstaat, maar de WW-uitkering niet tot uitbetaling komt, tellen hierbij dus niet mee. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan situaties waarin de werknemer geen WW aanvraagt of de WW-uitkering wegens verwijtbare werkloosheid of een late aanvraag niet wordt uitbetaald.

In het tweede lid wordt voor de toepassing van het eerste lid geregeld dat bij elkaar zonder onderbreking opvolgende arbeidsovereenkomsten er sprake is van een doorlopende dienstbetrekking. Bij een tijdelijke arbeidsovereenkomst, direct opgevolgd door een vaste arbeidsovereenkomst wordt bij de herziening derhalve uitgegaan van de aanvang van de tijdelijke arbeidsovereenkomst.

In het derde lid wordt in een uitzondering voorzien op de herzieningssituatie in het eerste lid, onderdeel b, dat meer dan 30% extra uren zijn verloond dan het contractueel overeengekomen aantal uren. Deze herzieningssituatie geldt niet voor werknemer met een contractueel overeengekomen arbeidsduur van gemiddeld 35 uur per week of meer.

Het vierde lid regelt dat bij toepassing van het eerste lid, onderdelen c en d, niet als uitkering op grond van de Werkloosheidswet wordt beschouwd de uitkering op grond van artikel 18 van de Werkloosheidswet, de uitkering op grond van hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet en de WW-uitkering bij werktijdverkorting. Dit betreft de uitkering voor werknemers die als gevolg van weersomstandigheden niet kunnen werken (vorstverlet) en de uitkering op grond van de WW bij wijze van loonovername bij o.a. faillissement van de werkgever. De WW-uitkering bij werktijdverkorting wordt verstrekt na een ontheffing op grond van artikel 8, derde lid, van het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945. Een eventuele aanspraak op deze WW-uitkeringen door een werknemer staat dus niet in de weg van toepassing van de lage premie.

In de in het eerste lid beschreven gevallen geldt ingevolge het vijfde lid met terugwerkende kracht het hoge percentage over de laatste twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van het dienstverband of de dag waarop recht op de WW-uitkering is ontstaan, of korter indien het dienstverband minder dan twaalf maanden heeft voortgeduurd. De herziening geldt derhalve niet voor toekomstige perioden indien de dienstbetrekking bij voorbeeld gedeeltelijk wordt voortgezet na een recht op WW wegens arbeidsurenverlies. Wel geldt bij herziening, evenals bij normale situaties, de regel van artikel 2.4, derde lid, dat de premie per geheel aangiftetijdvak wordt herzien, waarbij de situatie op de eerste dag van het aangiftetijdvak bepalend is.

Het zesde lid regelt een grondslag om bij ministeriële regeling nadere regels te kunnen vaststellen over de toepassing van het eerste lid. Hier kan worden gedacht aan rekenregels voor de berekening van de omvang van de te verrichten arbeid en de berekening van het percentage dat meer

is gewerkt dan overeengekomen voor de vaststelling of meer dan 30% uren zijn verloond dan contractueel zijn overeengekomen.

Onderdeel F zal vooralsnog niet in werking treden, omdat per 1 januari 2020 de versie van artikel 2.3, zoals geformuleerd in onderdeel E1 in werking zal treden.

Artikel I, onderdeel E1

Artikel 2.3 zal per 1 januari 2020 in werking treden in de versie zoals opgenomen in onderdeel E1. Artikel 2.3 zoals geformuleerd in onderdeel E1 stemt overeen met de formulering van datzelfde artikel in onderdeel F, met dien verstande dat de herzieningssituaties, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c en d, in verband met toekenning van een WW-uitkering, niet zijn opgenomen. Om die reden is het vierde lid, opgenomen in de versie van het artikel zoals opgenomen in onderdeel F, en waarin wordt geregeld welke uitkeringen niet als WW-uitkering worden beschouwd, niet nodig in de versie van artikel 2.3 in onderdeel E1. Ook het lid dat de gevolgen van een herziening regelt (geformuleerd als het vierde lid in onderdeel E1 en als het vijfde lid van artikel 2.3 in onderdeel F) kon licht worden ingekort.

Artikel I, onderdeel G

Het oude artikel 2.4, dat de wijze van vaststelling van een gemiddeld sectorpremiepercentage regelde dat van toepassing was op uitkeringen, is niet langer nodig omdat artikel 27, tweede lid, van de Wfsv regelt dat daarop het lage percentage van de AWf-premie van toepassing is. In het nieuwe artikel 2.4 worden enkele nadere voorwaarden geregeld voor de toepassing van de lage premie.

Ingevolge artikel 2.4, eerste lid, wordt de werkgever die het lage premiepercentage toepast voor een werknemer, verplicht een afschrift te bewaren in zijn administratie van de arbeidsovereenkomst en een schriftelijke of elektronische opgave als bedoeld in artikel 7:626 van het Burgerlijk Wetboek waarin de gegevens, genoemd in artikel 7:626, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen, over het tijdvak waarover hij loonaangifte doet.

Het tweede lid voorziet erin dat ten aanzien werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (geen oproepovereenkomst) waarin een uitzendbeding als bedoeld in artikel 7:691, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek is opgenomen, niet de lage premie kan worden toegepast.

Het derde lid regelt als voorwaarde voor toepassing van de lage premie dat de lage premie slechts per geheel aangiftetijdvak mag worden toegepast. Daarbij is bepalend of op de eerste dag van een aangiftetijdvak wordt voldaan aan de toepassing van de lage premie. Hiervoor is gekozen uit oogpunt van uitvoerbaarheid. Hiermee wordt bereikt dat op het gehele premieplichtige loon in een aangiftetijdvak dezelfde premie van toepassing is. Als pas in de loop van een aangiftetijdvak wordt voldaan aan die voorwaarden, is de lage premie pas van toepassing vanaf de eerste dag van het volgende aangiftetijdvak. Uitzondering hierop is de bepaling van het aantal verloonde uren voor de vraag of de uitzondering, bedoeld in artikel 27, derde lid, onderdeel b, van de Wfsv mag worden toegepast voor werknemers die de leeftijd van 21 jaar nog niet hebben bereikt en voor wie het aantal verloonde uren per aangiftetijdvak niet meer dan 48 of 52 uren bedraagt. Voor de toepassing van die uitzondering is de situatie op de eerste dag van het aangiftetijdvak uiteraard nog niet bekend en is om die reden de situatie over het gehele aangiftetijdvak bepalend.

Ten behoeve van de uitvoerbaarheid van de uitzondering voor BBL-overeenkomsten, genoemd in artikel 27, derde lid, van de Wfsv wordt

in het vierde lid geregeld dat de overeenkomsten voorzien moeten zijn van alle benodigde handtekeningen, en daarbij van dagtekening zijn voorzien. Zo kan de Belastingdienst effectief in de administratie van de werkgever controleren of de overeenkomen op basis van deze uitzondering kwalificeren voor de lage premie en, zo ja, voor welke periode de uitzondering geldt.

Artikel I, onderdeel H

In artikel 2.5, eerste lid, onderdeel h, wordt de verwijzing naar «een sectorfonds» geschrapt in verband met de afschaffing daarvan en wordt de verwijzing naar «het Uitvoeringsfonds voor de overheid» geschrapt omdat als gevolg van de nieuwe formulering van artikel 2.19a geen WGA-lasten meer ten laste komen van het Uitvoeringsfonds voor de overheid. In de omschrijving van het begrip «WGA-totaallasten» hoeven de lasten uit dat fonds daarom niet meer te worden genoemd. Omdat de overige WGA-lasten en de WGA-staartlasten ingevolge de artikelen 2.19a en 2.19b ten laste worden gebracht van het Arbeidsongeschiktheidsfonds, is het Arbeidsongeschiktheidsfonds toegevoegd aan de omschrijving van het begrip WGA-totaallasten.

Artikel II

In artikel 7, onderdeel a, van het Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten wordt een verwijzing naar de sectorfondsen geschrapt.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. Koolmees

W.M. Blom[1]

‘Voldragen’? Dat lijkt me niet aannemelijk

ArbeidsRecht 2019/36

In deze bijdrage wil ik mij richten op de gedachte dat een ontslaggrond voldragen of de ontslagtoetsing in elk geval strenger zou moeten zijn dan onder het oude recht. En ook wil ik de vraag beantwoorden of de met de Wet arbeid in balans geïntroduceerde cumulatiegrond wijziging brengt in de toetsingsmaatstaf voor ontslag.

1. Civielrechtelijke toetsingsmaatstaf algemeen

In zijn annotatie bij de uitspraak van het hof Amsterdam van 15 augustus 2017[2] zet Even het verschil in rechterlijke toetsing in strafzaken versus civiele zaken helder uiteen, de laatste categorie met inbegrip van arbeidsrechtelijke zaken. De civielrechtelijke toetsingsmaatstaf is aannemelijkheid. De strafrechtelijke toetsingsmaatstaf is zwaarder; het ten laste gelegde moet wettig en overtuigend zijn bewezen. De rechtvaardiging voor de ten opzichte van het strafrecht lichtere toetsing wordt gevonden in de rechtszekerheid, die voor het handelsverkeer met inbegrip van het arbeidsrecht van groot belang is. Daaruit vloeit overigens ook voort dat niet waarheidsvinding in civielrechtelijke procedures het hoogste doel is, maar rechtsvinding. Daar zit ingebakken dat de rechterlijke vaststelling van feiten wellicht niet geheel overeenkomt met de waarheid – die zich zeker binnen het civiele recht lastig ten volle laat achterhalen – maar het rechterlijk oordeel wel rechtvaardig moet zijn, gelet op de vastgestelde omstandigheden van het geval.

2. Onderscheid toetsingsmaatstaf, bewijsmiddelen en rechtsgrond

Het is van belang om de toetsingsmaatstaf te onderscheiden van bewijsmiddelen en rechtsgrond. De rechtsgrond is de basis waarop een vordering of een verzoek dient te worden gebaseerd. Het is vervolgens aan de eiser of verzoeker om aannemelijk te maken met argumenten en bewijs dat aan de gestelde rechtsgrond is voldaan. De wederpartij kan een en ander betwisten, ook weer met argumenten en bewijs. Wat er aan bewijs in een procedure mag worden aangedragen en hoe, is bepaald in het bewijsrecht. De algemene bewijsrechtelijke regels zijn opgenomen in Boek 1, Titel 2, afdeling negen Rv. Bijzonder aan het arbeidsrecht onder de Wwz is dat de meeste procedures als verzoekschriftprocedure moeten worden gevoerd. Artikel 284 Rv bepaalt dat in verzoekschriftprocedures het algemene bewijsrecht geldt, tenzij de aard van de procedure zich daartegen verzet.

Voor de herziening van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering in 2002 was het verschil tussen de verzoekschriftprocedure op grond van 7:685 BW en de reguliere dagvaardingsprocedure groot. De verzoekschriftprocedure richtte zich alleen op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. En het werd van belang geacht dat deze procedure tamelijk snel werd afgehandeld. Er was voor beide partijen 1 schriftelijke ronde en de mondelinge behandeling diende 4 weken na indiening van het verzoekschrift plaats te vinden. De dagvaardingsprocedure daarentegen kende destijds nog in elk geval 2 schriftelijke rondes voor beide partijen. Meerdere vorderingen konden tegelijk worden ingesteld. Tegenvorderingen konden ook worden ingesteld en ook dan waren er weer 2 schriftelijke rondes. Dat alles nog los van eventuele getuigenverhoren, naar aanleiding daarvan te nemen conclusies, nadere bewijsopdrachten en pleidooi.

De huidige dagvaardingsprocedure is een heel stuk sneller. Er is in principe 1 schriftelijke ronde, in beginsel gevolgd door een comparitie. De arbeidsrechtelijke verzoekschriftprocedure is ook veranderd, want naast ontbinding kunnen ook andere verzoeken en tegenverzoeken worden ingesteld. Mede dat maakte de vraag relevant welke mogelijkheden er onder de Wwz zijn om de rechter te laten toetsen of de werkgever een juiste ontslaggrond heeft aangevoerd en die voldoende heeft onderbouwd. Die vraag werd dan ook gesteld in het Wwz wetgevingsproces. Het antwoord van de wetsvoorsteller daarop was als volgt:

> “De rechter zal toetsen of de werkgever daadwerkelijk beschikt over de redelijke grond, bedoeld in 7:669 BW, waarop hij zich beroept om het ontbindingsverzoek te onderbouwen. De rechter zal bij deze beoordeling de criteria uit voornoemd artikel alsmede de eventuele nadere invulling daarvan in een onderliggende ministeriële regeling betrekken. Voor het overige staan een rechter met betrekking tot de feitelijke onderbouwing van het ontbindingsverzoek de mogelijkheden ter beschikking die hem op grond van het civiele bewijsrecht toekomen.”

In dit antwoord is wel eens gelezen dat de wetsvoorsteller rechters hiermee streng zou hebben toegesproken.[3] Maar als dergelijke subjectieve kwalificaties worden weggelaten, staat hier gewoon dat de rechter een ontbindingsverzoek toetst aan de hand van de geldende criteria voor de aangevoerde ontslaggrond en ten volle de beschikking heeft over de bewijsmiddelen op grond van het algemene bewijsrecht. Dat is niet nieuw. De wetsvoorsteller beantwoordt hier overigens een vraag van de D66-fractie in de Tweede Kamer, hij spreekt geen rechters toe. Later, tijdens de behandeling in de Eerste Kamer, merkt de wetsvoorsteller in dit verband nog het volgende op:

1 Mr. W.M. Blom is advocaat bij Eversheds Sutherland te Amsterdam.

2 ECLI:NL:GHAMS:2017:3291, AR-Updates.nl 2018-0357, met annotatie van J.H. Even.

3 Zie bijvoorbeeld de annotatie van J.H. Even bij Hof Arnhem-Leeuwarden van 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301.

> "In reactie hierop merkt de regering op – zoals reeds eerder is aangegeven –, dat aan de rechter wordt overgelaten of het bewijsrecht van toepassing is en dit zal afhangen van factoren als het al dan niet spoedeisende karakter van het voorgelegde geschil alsmede van de complexiteit van de zaak. Aangenomen mag worden dat bij de beoordeling van of sprake is van een situatie als bedoeld in 7:669 derde lid BW, net als in andere zaken die het ontslag als zodanig van een werknemer betreffen, een zekere spoedeisendheid aan de orde is, waardoor het bewijsrecht in de regel niet van toepassing zal zijn."[4]

De arbeidsrechter heeft dus het gehele bewijsrecht tot zijn beschikking, maar het staat hem vrij dat naar eigen inzicht toe te passen.

3. Standpunt wetgever ten aanzien van ontslagtoetsing

De regering gaf zeker 11 keer in de parlementaire geschiedenis aan dat de ontslagtoetsing niet soepeler, niet strenger maar hetzelfde zou zijn als onder het oude recht.[5] Gelet daarop kan de interpretatie dat de ontslagtoets onder de Wwz zwaarder zou zijn dan daarvoor derhalve niet juist zijn.

Hoewel het op zich niet nodig zou moeten zijn geweest voor de wetgever om tijdens het Wwz wetgevingsproces aan de civielrechtelijke toetsingsmaatstaf nog aandacht te besteden, heeft hij dit wel gedaan. In de Parlementaire Geschiedenis staat het als volgt verwoord:

> "Dat laat uiteraard onverlet dat een werkgever aannemelijk moet maken dat er een redelijke grond voor ontslag is (…)"[6] Let ook op het woord "uiteraard".

Ik zie dat als verdere bevestiging dat met de Wwz niet bedoeld is de toetsingsmaatstaf voor ontslag af te doen wijken van de algemeen geldende civielrechtelijke maatstaf.

Al vroeg na de inwerkingtreding van de Wwz is dat ook bevestigd in rechtspraak van enkele gerechtshoven.[7] In de 16 Februari Beschikkingen heeft de Hoge Raad bevestigd dat de toetsingsmaatstaf "*aannemelijkheid*" is.[8] Eén van deze beschikkingen staat ook wel bekend als de Decor Beschikking.[9]

In die beschikking stond de toetsing van disfunctioneren in de zin van 7:669 lid 3 BW centraal. Allereerst brengt de Hoge Raad in herinnering dat civielrechtelijk volstaan kan worden met voldoende aannemelijk maken. Dan laat de Hoge Raad zich ook nog meer specifiek uit over de toetsing van het disfunctioneren bij ontbinding. De Hoge Raad bevestigt dat bij disfunctioneren de werkgever een zekere mate van beoordelingsruimte heeft, zoals eerder in die zaak ook het hof oordeelde.[10] Dat betekent dat als het gaat om disfunctioneren, de rechterlijke toetsing van het werkgeversverzoek iets milder dient te zijn dan als alleen de algemene aannemelijkheidstoets zou worden gehanteerd. Het betreft hier geen marginale toetsing, zoals de werknemer in cassatie de toetsing van het hof ten onrechte had gekwalificeerd. Maar, de rechter moet accepteren dat de werkgever het beste kan beoordelen wat in zijn onderneming en voor de betreffende functie disfunctioneren inhoudt.

De Hoge Raad citeert hierbij uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz. Het gebruikte citaat gaat niet alleen over disfunctioneren, maar over alle ontslaggronden van 7:669 lid 3 BW, behoudens het ontslag wegens langdurige ziekte.[11] Aangenomen mag dus worden dat voor alle ontslaggronden van 7:669 lid 3 BW de algemene civielrechtelijke aannemelijkheidstoets geldt én voor al deze ontslaggronden behalve wegens langdurige ziekte daarbij nog geldt dat de rechter de werkgever een zekere beoordelingsruimte moet gunnen.

4. Onvoldragen en de parlementaire geschiedenis van de Wwz

De term "*niet voldragen*" komt in de parlementaire geschiedenis van de Wwz pas voor bij de behandeling in de Eerste Kamer van een vraag van de VAAN ten aanzien van het 'niet voldragen dossier' en de ontslagvergoeding als 'smeermiddel'.[12] Van belang is in dit verband niet zozeer de vraag van de VAAN, maar veeleer hoe de wetsvoorsteller daarop heeft geantwoord. Allereerst: de wetsvoorsteller herkent de term niet én neemt deze bewust niet over. Daaruit volgt al dat deze term niet van toepassing is in het kader van artikel 7:669 BW. Sterker nog, de regering gebruikte in de parlementaire geschiedenis van de Wwz juist zeer consistent termen als "*voldoende onderbouwing*" en "*voldoende bewijs*".

De interpretatie dat het huidige ontslagrecht een striktere toetsing zou kennen dan op grond van artikel 7:685 oud

4 *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, E, p. 16.
5 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, 3 p. 80, *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, 7, p. 43, *Handelingen II*, 2013-2014, 54, item 9, p. 17, *Handelingen I*, 2013-2014, 32, item 14, p. 10, Handelingen I, 2013-2014, 32, item 14, p. 11, Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, 3, p. 46, *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, p. 98, Handelingen II, 2013-2014, 54, item 9, p. 20, Handelingen II, 2013-2014, 54, item 9, p. 20, *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, C, p. 87 en Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, C, p. 87-88.
6 *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, E, p. 16.
7 Hof Arnhem-Leeuwarden 04-04-2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2655, AR-Updates.nl 2016-0383, *JAR* 2016/129, *TvPP* 2016, afl. 3, p. 69, *AR* 2016/1055, *JAR* 2016/129 en Hof Den Haag, 23-08-2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2441, *JAR* 2016/245, met annotatie van mr. M.W. Koole, *JIN* 2016/213, met annotatie van H.C.K. Senden, AR-Updates.nl 2016-0989, *RAR* 2016/160, *AR* 2016/3170, *JAR* 2016/245.
8 HR 16-02-2018, ECLI:NL:HR:2018:182, AR-Updates.nl 2018-0214, *NJB* 2018/454, *RvdW* 2018/270, *Ondernemingsrecht* 2018/50, met annotatie van J.M. van Slooten, *JAR* 2018/72, met annotatie van mr. M.W. Koole en HR 16-02-2018, ECLI:NL:HR:2018:220, *TRA* 2018/41, met annotatie van D.J. Buijs, AR-Updates.nl 2018-0216, *NJB* 2018/457, *RvdW* 2018/271.
9 Voetnoot 12, 1e uitspraak.
10 R.o. 3.4.4.
11 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 44-45.
12 *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, C, p. 87.

BW en het vervallen BBA, zie onder andere Sagel,[13] lijkt in hoge mate gestoeld op bovengenoemde vraag van de VAAN en het antwoord daarop van de wetsvoorsteller. Onder die vraagstelling ligt een aanname, namelijk dat onder het oude recht rechters arbeidsovereenkomsten ontbonden terwijl dat niet gerechtvaardigd was en dat dan compenseerden met een hogere vergoeding. Mij zijn geen uitspraken bekend die die aanname ondersteunen. Wat mij betreft is die aanname onjuist. Aan die aanname wordt overigens ook een mijns inziens onjuiste conclusie verbonden: namelijk dat een ongerechtvaardigd ontslag met een hoge vergoeding wel gerechtvaardigd zou zijn.

Het antwoord van de wetsvoorsteller dat als een ontslag niet gerechtvaardigd is het ook niet gegeven moet worden, komt mij voor als het enige logische antwoord op de gestelde vraag. Een ongerechtvaardigd ontslag kan via de rechter niet te koop zijn. Relevant in dit kader: dit antwoord zegt niets over de toetsingsmaatstaf voor ontslag.

De vraag geeft bovendien de onterechte indruk dat de toetsingsmaatstaf bij ontslag zou zijn dat een ontslaggrond pas voldoende onderbouwd zou zijn als het dossier "*voldragen*" is, alsof een dossier rekenkundig meetbaar zou zijn, of zoals Sagel stelde, de ontslaggrond voldoende onderbouwd zou zijn als het glas tot de rand toe vol zou zijn.[14] In spreekwoordelijke zin kan in de verhouding werkgever – werknemer de maat wel eens vol zijn. Maar bij ontslag geldt geen quasi-mathematische toets.

De term "*onvoldragen*" is in het civiele recht ook atypisch. Ter vergelijking: voor de overdracht van een goed vereist artikel 3:84 BW onder andere dat er een geldige titel moet zijn, bijvoorbeeld koop. Een rechter zal niet oordelen dat overdracht niet tot stand is gekomen vanwege een "*niet voldragen*" titel. Het is ook wat dat betreft logisch dat de regering de term niet herkende en niet overnam.

5. Strengere toetsing anderszins?

Onder andere Sagel steunt de theorie dat de ontslagtoets strenger zou zijn geworden ook nog op enkele andere aannames of uitgangspunten. Zo stelt hij dat de ontslagroutes onder het oude recht (via de kantonrechter dan wel het UWV) onder andere als overeenkomst zouden hebben gehad dat gebreken in een ontslagdossier, zo zij niet zouden moeten leiden tot voorzetting van het dienstverband, een op de aard en ernst daarvan toegespitste en afgemeten compensatie vergden.[15] Op die stelling is wat aan te merken.

Voor de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 oud BW hanteerden kantonrechters de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters en de daarin opgenomen Kantonrechtersformule. De C-factor in die formule drukte de mate van verwijtbaarheid uit. Onder verwijtbaarheid viel niet een gebrek aan bewijs of argumentatie. Dat is ook logisch, want eerst moest worden vastgesteld of de arbeidsovereenkomst moest worden ontbonden en pas dan kwam aan de orde of, en zo ja hoe hoog, de ontbindingsvergoeding moest zijn. Bij gebrek aan aannemelijkheid dat de arbeidsovereenkomst moest eindigen, zou de rechter dus helemaal niet meer toe kunnen komen aan een oordeel over de ontbindingsvergoeding. En voor de opzegging via het UWV gold in essentie hetzelfde. Omdat hoger beroep en cassatie van kennelijk onredelijke opzeggingsprocedures wel mogelijk waren, heeft de Hoge Raad ook de gelegenheid gekregen zich daarover uit te laten. In de arresten *Van de Grijp/Stam*[16] en *Rutten/Breed*[17] oordeelde de Hoge Raad dat eerst moest worden bepaald of er sprake was van een kennelijk onredelijke opzegging en in het geval van een bevestigend antwoord kwam pas de ontslagvergoeding aan de orde.

Sagel stelt ook dat in het pre-Wwz tijdperk bij de UWV procedure de kans op behoud van de baan groter zou zijn geweest vergeleken met de rechterlijke ontbinding.[18] Dit lijkt de opmaat voor de gedachte dat met het incorporeren van de ontslagregels van het UWV in het BW rechters de beweerdelijk strengere toetsing van het UWV opgelegd zouden krijgen. Ten aanzien van de ontbinding ex 7:685 oud BW haalt Sagel onderzoek van Kruit aan, waaruit blijkt dat in 9% van alle onderzochte gevallen een ontbindingsverzoek werd afgewezen.[19] Hij vergelijkt dat met het percentage door het UWV toegewezen vergunningen voor opzegging in 2013: dat was 51%. Dit percentage was in 2007 overigens 82%, dus je kunt je afvragen of 2013 nou zo'n representatief jaar was of of het vergelijken met 1 rapportagejaar nou zo representatief was. Maar belangrijker: het is appels (afwijzingen) met peren (toewijzingen) vergelijken.

Het UWV publiceert jaarlijks cijfers over zijn toetsing van ontslagvergunningaanvragen. Daaruit blijkt dat in de periode 2007 tot en met 2017 het percentage geweigerde ontslagvergunningen fluctueert tussen de 5% en 9%. Dat wijkt weinig tot niets af van de 9% afgewezen ontbindingen die uit het onderzoek van Kruit blijkt.

Met het hierboven noemen van percentages wil ik overigens niet beweren dat ontslagen zodanig moeten worden getoetst dat het percentage afwijzingen tussen de 5% en 9% zou komen te liggen. Dat zou verkeerd om redeneren zijn. Ook wat dat betreft is het antwoord van de wetgever op de VAAN-vraag over het "*niet voldragen dossier*" consistent en logisch: de regering kan geen uitspraken doen over of het aantal geweigerde ontbindingsverzoeken zal toenemen. Dat ligt mede aan wat aan de rechter wordt voorgelegd. Illustratief in dat verband zijn de cijfers die het UWV in de jaren 2007 tot en met 2017 publiceerde over de ontslagver-

13 Prof. dr. S.F. Sagel, *Werk en Zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, Universiteit Leiden 2014.
14 HR 27-11-2009, *JAR* 2009/305.
15 HR 27-11-2009, *JAR* 2009/305.
16 HR 27-11-2009, *JAR* 2009/305.
17 HR 12-02-2010, *JAR* 2010/72.
18 HR 27-11-2009, *JAR* 2009/305.
19 P. Kruit, *De ontbindingsbechikking ex art. 7:685 BW getoetst* (diss. EUR), Den Haag 2012, p. 180.

gunningaanvragen: die fluctueerden binnen de categorieën[20] behoorlijk. Dat bij toetsing op grond van de aannemelijkheidsmaatstaf het percentage afwijzingen tussen de 5% en 9% schommelde, kan ik echter wel goed plaatsen. Als er een geschillen beslechtende instantie aan te pas moet komen, zal in de meeste gevallen het toch beter zijn dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Is het percentage afwijzingen significant hoger, dan kan dat een indicatie zijn dat er een onjuiste toets wordt toegepast.

Bedacht moet ook worden dat de toetsing bij opzegging onder het oude recht ook civielrechtelijk was. De toetsingsmaatstaf was dus ook voor de opzegging destijds aannemelijkheid.

6. Onderzoek

Er hebben onderzoeken plaatsgevonden naar onder andere het aantal afwijzingen van ontbindingsverzoeken onder het huidige ontslagrecht. Zie het rapport "*Evaluatie ontslaggronden Wwz*" van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht van de Universiteit van Amsterdam/het Hugo Sinzheimer Instituut ("HSI Rapport"), het rapport van VAAN - VvA getiteld "*Evaluatieonderzoek Wwz 2016*" van 15 juni 2016 en recenter nog het "*Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk Wwz 2015-2018*"[21]. Die rapporten tonen aan dat er een aantal rechters is dat meer ontbindingsverzoeken afwijst dan onder het oude recht. Daarvoor worden 2 redenen gegeven. Een aantal rechters geeft aan een ontslaggrond te missen voor die gevallen waar de optelsom van verschillende omstandigheden een beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt, maar verdeling over de verschillende ontslaggronden een situatie oplevert die geen ontslaggrond geeft die voldoende aannemelijk gemaakt is. En een aantal rechters meent dat de Wwz een strengere toetsing voorschrijft. Het meest recente van de bovengenoemde onderzoeken laat overigens een daling van het aantal afwijzingen zien. Wellicht is dat in navolging van de 16 Februari Beschikkingen.[22]

7. De cumulatiegrond

Rutte III erkent dat zich in de praktijk situaties kunnen voordoen waarbij ontslag via ontbinding gerechtvaardigd zou zijn maar niet kan worden gegeven omdat de feiten zich laten verdelen over verschillende gronden en per grond niet voldoende zijn voor ontbinding. Rutte III introduceerde voor dergelijke gevallen de cumulatiegrond in het wetsvoorstel Wet arbeid in balans ("Wetsvoorstel Wab").[23] De wetgever wil het stelsel van artikel 7:669 BW in stand houden.[24] Interessant in dit kader is dat ten tijde van de internetconsultatie van het conceptwetsvoorstel Wet arbeid in balans in de concept memorie van toelichting de termen "*onvoldragen*" respectievelijk "*bijna voldragen*" werden gebruikt.[25] Ook de finale versie van de memorie van toelichting gebruikt deze of vergelijkbare termen. Maar, in de finale versie van de memorie van toelichting staan in onderdeel 3.2.3 na "*onvoldragen*" de woorden "*of onvoldoende onderbouwd*".[26, 27] Hieruit en uit het feit dat de wetgever het stelsel van artikel 7:669 BW in stand wil houden, leid ik af dat de wetgever deze begrippen thans als synoniem kwalificeert. En hoewel de nota naar aanleiding van het verslag[28] veelvuldig de woorden '*voldragen*' respectievelijk '*onvoldragen*' gebruikt, gebruikt de wetsvoorsteller ook daar ten aanzien van ontslagtoetsing de term '*onderbouwd*', al dan niet voldoende. Ik leid daaruit af dat de wetgever bij genoemde nota niet van standpunt is gewijzigd ten aanzien van het gebruik van deze termen als synoniemen.
De toetsingsmaatstaf bij de cumulatiegrond is dat van de werkgever in redelijkheid niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.[29] Aangezien de wetgever niet het systeem van artikel 7:669 BW heeft willen wijzigen, ga ik ervan uit dat de specifieke toetsingsmaatstaf die de wetsvoorsteller ten aanzien van de cumulatiegrond meegeeft, toegepast dient te worden binnen de algemene civielrechtelijke toetsingsmaatstaf van aannemelijkheid. En, ook hier zou – de 16 Februari Beschikkingen volgend – de rechter de werkgever enige beoordelingsruimte moeten laten. Immers, als de rechter de beoordelingsruimte moet laten bij de gronden c t/m h, dan valt niet in te zien waarom dat niet zou gelden bij de cumulatiegrond.

Het Wetsvoorstel Wab geeft de ontbindingsrechter een extra vergoedingsmogelijkheid bij ontbinding op de cumulatiegrond. Die is discretionair, hoewel in maximum beperkt. Het risico van het toevoegen van de cumulatiegrond mét hogere vergoedingsmogelijkheid, is dat rechters dan eerder op de voorgestelde cumulatiegrond ontbinden dan op de gronden c t/m h.[30] Dat zou niet overeenkomen met de bedoeling van de wetgever bij de Wwz als bij het Wetsvoorstel Wab, niet in de minste plaats omdat daarmee de door de wetgever niet gewilde strengere toetsing – voor zover die nog plaatsvindt – in stand gehouden zou worden.

8. Conclusie

De toetsingsmaatstaf voor ontslag is niet lichter, niet zwaarder maar hetzelfde als voor de invoering van de Wwz. Die maatstaf is aannemelijkheid. De Wab wijzigt die niet. Voor zowel de huidige ontslaggronden van artikel 7:669 lid 3 BW als voor de komende cumulatiegrond – het ontslag na 2 jaar arbeidsongeschiktheid uitgezonderd – geldt daarbij nog dat de rechter de werkgever een zekere beoordelingsruimte moet gunnen.

20 UWV hanteert de categorieën: Ontslagvergunning verleend, Tijdens behandeling door werkgever ingetrokken, Niet in behandeling genomen wegens onvoldoende informatie, en Ontslagvergunning afgewezen.
21 Prof. mr. A.R. Houweling, mr. dr. P. Kruit en mr. I.H. Kersten, Voorpublicatie van Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk Wwz 2015-2018, *TAP* 2018/7, p. 3-18.
22 *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, C, p. 87.
23 Kamerstukken II, 2017-2018, 35074, 3, p. 63, onderdelen 3.2.2 en 3.2.3.
24 *Kamerstukken II*, 2017-2018, 35074, 3, p. 63, onderdeel 3.2.3.
25 Conceptmemorie van toelichting Wet arbeid in balans, p. 61 respectievelijk 62.
26 Kamerstukken II, 2018-2019, nr. 3, p. 54-56.
27 Zie ook Kamerstukken II, 2018-2019, nr. 3, "*onvoldoende*" in onderdeel 3.2.2, 2e alinea.
28 *Kamerstukken II*, 2018-2019, 35074, nr. 9.
29 Kamerstukken II, 2018-2019, nr. 3, onderdeel 3.2.3.
30 HSI Rapport, p. 17.

WIJ WILLEM-ALEXANDER,
BIJ DE GRATIE GODS,
KONING DER NEDERLANDEN,
PRINS VAN ORANJE-NASSAU,
ENZ. ENZ. ENZ.

Ontwerpbesluit van

tot wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met het vastleggen van een nadere invulling van een adequate pensioenregeling als bedoeld in artikel 8a, vierde lid, van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs

Op de voordracht van van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [[Datum openlaten]], nr. [[nr invullen]];

Gelet op artikel 8a, zesde lid, van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van);

Gezien het nader rapport van van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [niet invullen],

HEBBEN GOEDGEVONDEN EN VERSTAAN:

Artikel I

Na hoofdstuk 1 van het **Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs** wordt een hoofdstuk ingevoegd, luidende:

Hoofdstuk 1a. Adequate pensioenregeling voor arbeidskrachten die in het kader van payrolling ter beschikking zijn gesteld

Artikel 1:1a
1. In aanvulling op artikel 8a, vijfde lid, van de wet is er eveneens sprake van een adequate pensioenregeling als bedoeld in artikel 8a, vierde lid, van de wet, indien voor de arbeidskracht die in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld een basispensioenregeling geldt:
a. die ten minste voorziet in ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet;
b. die geen wachttijd of drempelperiode als bedoeld in artikel 14, tweede lid, van de Pensioenwet bevat; en
c. waarbij de totale werkgeverspremie, bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet, ten minste 13,7% bedraagt van de som van de pensioengrondslag van de arbeidskrachten die door de onderneming in het kader van payrolling ter beschikking worden gesteld en die op grond van artikel 8a, vierde lid, van de wet recht hebben op een pensioenregeling.

2. Voor het vaststellen van de in het eerste lid, onderdeel c, bedoelde pensioengrondslag wordt uitgegaan van het maximale pensioengevend loon, binnen de begrenzingen van hoofdstuk IIB van de Wet op de loonbelasting 1964, met uitzondering van het loon uit vroegere dienstbetrekking als bedoeld in die wet, en, indien van toepassing, het loon, bedoeld in het vijfde lid, verminderd met 100/75 maal het bedrag dat op grond van artikel 18a, zevende lid, onderdelen a, eerste zin, b en c, van de Wet op de loonbelasting 1964 in aanmerking moet worden genomen.
3. Bij de toepassing van het tweede lid wordt geen rekening gehouden met specifieke bepalingen over demotie, ziekte en arbeidsongeschiktheid.
4. Het percentage, genoemd in het eerste lid, onderdeel c, wordt per 1 januari van elk kalenderjaar bij ministeriële regeling aangepast aan de hand van de ontwikkeling van de gemiddelde werkgeverspremie die wordt afgedragen voor Nederlandse basispensioenregelingen.
5. Indien het voldoen aan de voorwaarde, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, ertoe leidt dat de basispensioenregeling niet blijft binnen de bij of krachtens de hoofdstukken IIB en VIII van de Wet op de loonbelasting 1964 gestelde begrenzingen, kan in afwijking van het eerste lid, onderdeel c, worden volstaan met de maximale werkgeverspremie die is toegestaan om binnen de voornoemde begrenzingen te blijven. Het verschil tussen de werkgeverspremie die zou gelden in geval zou worden voldaan aan het eerste lid, onderdeel c, en de maximale premie die is toegestaan om binnen de voornoemde begrenzingen te blijven, wordt jaarlijks als loon uitbetaald aan de arbeidskrachten voor wie de basispensioenregeling geldt. Het loon wordt evenredig verdeeld over de betreffende arbeidskrachten. Bij collectieve arbeidsovereenkomst kan worden bepaald dat dit verschil op een andere wijze dan door uitbetaling als loon ten goede komt aan deze arbeidskrachten.

Artikel II

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2021.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het
Staatsblad zal worden geplaatst.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

I ALGEMEEN

1. Inleiding

In artikel 8a, vierde lid, van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) is voorgeschreven dat een payrollwerkgever voor een arbeidskracht die in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld ('payrollkracht') zorg moet dragen voor een adequate pensioenregeling.[1]

Concreet geldt deze verplichting indien:
de werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt ('inlener') recht hebben op een pensioenregeling; of
de inlener geen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst heeft, maar werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de inlener werkzaam is, wel recht hebben op een pensioenregeling.

In artikel 8a, vijfde lid, Waadi is bepaald dat er in ieder geval sprake is van een adequate pensioenregeling indien voor de payrollkracht dezelfde basispensioenregeling geldt als voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener of, indien de inlener geen werknemers in dienst heeft in een gelijke of gelijkwaardige functie, dezelfde basispensioenregeling geldt als voor de werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin de inlener werkzaam is.

In artikel 8a, zesde lid, Waadi is bepaald dat eveneens sprake is van een adequate pensioenregeling indien er voor de payrollkracht een basispensioenregeling geldt die voldoet aan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde eisen. Dit besluit legt deze eisen vast in het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Baadi). Er is aangesloten bij de vormgeving van de gemiddelde basispensioenregeling in Nederland. De eisen worden in deze nota van toelichting toegelicht.

Het algemeen deel van deze nota van toelichting is als volgt opgebouwd:
- hoofdstuk 2 beschrijft de doelstellingen van dit besluit en de overwogen alternatieven;
- hoofdstuk 3 omvat de hoofdlijnen van dit besluit;
- hoofdstuk 4 gaat in op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;
- hoofdstuk 5 beschrijft de verhouding met het recht van de Europese Unie;
- hoofdstuk 6 beschrijft de internetconsultatie en toetsen;

[1] Wanneer er in dit besluit wordt gesproken over een adequate pensioenregeling, wordt daarmee een pensioenregeling bedoeld die, binnen de context van een payrollovereenkomst, voor payrollkrachten als adequaat wordt beschouwd.

- hoofdstuk 7 gaat in op de regeldrukgevolgen van dit besluit. Tot slot wordt artikelsgewijs een toelichting gegeven.

2. Doelstellingen en overwogen alternatieven

2.1 Doelstellingen

Met het voorschrift in de Waadi en de uitwerking daarvan in dit besluit wordt getracht concurrentie op arbeidsvoorwaarden zoveel mogelijk te bestrijden door te voorkomen dat voor payrollkrachten geen (of een veel lagere) pensioenpremie hoeft te worden afgedragen, terwijl wel premie moet worden afgedragen voor gelijke of gelijkwaardige werknemers die direct in dienst zijn bij de inlener of werkzaam zijn in de betreffende sector. Daarnaast wordt hiermee beoogd te realiseren dat payrollkrachten in meer gevallen een adequaat pensioen opbouwen.
Een randvoorwaarde voor dit besluit is dat de verplichting om een (adequate) pensioenregeling te treffen uitvoerbaar is voor de payrollwerkgever en de pensioenuitvoerder en dat de verplichting te controleren is voor de payrollkracht.

2.2 Overwogen alternatieven

Er zijn verschillende mogelijkheden overwogen die zien op het voorschrijven van een adequate pensioenregeling voor payrollkrachten.

Allereerst is overwogen om in alle gevallen voor te schrijven dat een payrollwerkgever voor de payrollkrachten dezelfde basispensioenregeling dient af te sluiten als die geldt voor werknemers bij de inlener in gelijke of gelijkwaardige functies[2]. Deze optie leidt tot dezelfde pensioenopbouw voor de payrollkracht als voor een gelijke of gelijkwaardige werknemer die direct in dienst is bij de inlener.
Hierdoor wordt concurrentie op arbeidsvoorwaarden voorkomen. Voor deze optie is echter om meerdere redenen niet gekozen. Bij deze optie moet een payrollwerkgever zich aansluiten bij de verschillende basispensioenregelingen die bij de verschillende inleners gelden. Dit is administratief lastig als een payrollwerkgever payrollkrachten in verschillende sectoren werkzaam heeft. Aansluiting is, bijvoorbeeld in geval van een ondernemingspensioenfonds, bovendien niet altijd mogelijk gegeven de regels inzake taakafbakening (artikel 122 van de Pensioenwet). Een dergelijk voorschrift verhoudt zich voorts slecht met de collectieve onderhandelingsvrijheid van sociale partners die bepalen wat de werkingssfeer van hun (bedrijfstak)pensioenregeling is.

Een andere optie die is overwogen, is om voor te schrijven dat de payrollwerkgever zich verplicht aansluit bij de Plusregeling van de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP), zoals geldt voor uitzendkrachten die langdurig werkzaam zijn in de uitzendbranche. Voordeel hiervan is dat StiPP al actief is in de uitzendbranche. Deze optie is goed uitvoerbaar voor veel payrollwerkgevers, maar stuit op andere bezwaren. Zo zijn niet alle payrollwerkgevers bij StiPP aangesloten, bijvoorbeeld omdat ze

[2] De basispensioenregeling, als gedefinieerd in artikel 1 Pensioenwet.

minder dan 50% uitzenden.[3] StiPP heeft in het kader van de internetconsultatie van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans – waarmee artikel 8a Waadi is voorgesteld – dan ook aangegeven dat deze optie voor hen niet uitvoerbaar is.[4] Een ander bezwaar is dat er grote verschillen bestaan tussen de werkgeverspremie die wordt afgedragen voor de Plusregeling van StiPP en voor basispensioenregelingen die veelal voor inleners gelden.[5] De werkgeverspremie die wordt afgedragen voor de Plusregeling van StiPP ligt in veel gevallen op een lager niveau dan de (gemiddelde) werkgeverspremie voor basispensioenregelingen die gelden voor de inleners uitgevoerd door andere pensioenfondsen (zoals het ABP). Derhalve wordt concurrentie op arbeidsvoorwaarden op deze manier niet voorkomen. Bijkomende overweging om niet voor deze optie te kiezen, is dat het niet wenselijk wordt geacht om de kwalificatie 'adequate pensioenregeling' te koppelen aan één specifieke pensioenregeling, omdat een pensioenregeling niet onveranderlijk is en afhankelijk van sectorale onderhandelingen.

3. Hoofdlijnen besluit

3.1 Keuze voor de huidige vormgeving

Met het oog op de voorgaande overwegingen is gekozen voor de huidige vormgeving. Hierbij is voor wat betreft de eisen die worden gesteld aan een 'adequate pensioenregeling' aangesloten bij ofwel de pensioenregeling van de inlener, ofwel de gemiddelde pensioenregeling in Nederland. Hiermee wordt het beste recht gedaan aan de wens om concurrentie op arbeidsvoorwaarden op macroniveau zoveel mogelijk te voorkomen en tegelijkertijd te zorgen voor een uitvoerbare regeling voor payrollwerkgevers en pensioenuitvoerders. Ook blijft met deze optie de onderhandelingsvrijheid van sociale partners zoveel mogelijk behouden. Zij kunnen zelf – onder meer – het type pensioenregeling bepalen, de werkingssfeer, het niveau van de pensioenambitie en door wie de pensioenregeling wordt uitgevoerd.

3.2 Reikwijdte verplichting tot voorzien in 'adequate pensioenregeling'

Zoals reeds benoemd, geldt de verplichting voor een payrollwerkgever om te voorzien in een adequate pensioenregeling voor payrollkrachten indien:

- werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener recht hebben op deelname in een pensioenregeling; of
- de inlener geen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst heeft, maar werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige

[3] Besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor Personeelsdiensten van 18 december 2014, Rectificatie Staatscourant 2014, 37623-n1.
[4] https://www.stippensioen.nl/media/1782/reactie-stipp-op-internetconsultatie-wab.pdf.
[5] Waar de Pensioenfederatie ook op heeft gewezen: https://www.pensioenfederatie.nl/actueel/nieuws/2018/openbaar/05-mei/pensioenfederatie-reageert-op- conceptwetsvoorstel-arbeidsmarkt-in-balans.

functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de inlener werkzaam is, recht hebben op een pensioenregeling.

Indien geen sprake is van een van deze twee situaties, geldt er op grond van de Waadi géén verplichting tot het treffen van een adequate pensioenregeling voor de payrollkrachten. In deze toelichting is, uit oogpunt van verduidelijking, een aantal versimpelde voorbeelden gegeven. Het betreffen gestileerde voorbeelden ter verduidelijking en geen praktijkvoorbeelden.

Voorbeeld 1
Een ICT-bedrijf valt niet onder een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en biedt aan zijn eigen personeel geen pensioenregeling aan. Er komt een payrollkracht werken in een gelijke of gelijkwaardige functie als de functies die worden uitgeoefend door werknemers die direct in dienst zijn bij het bedrijf. De payrollwerkgever is in dit geval niet verplicht voor de payrollkracht een adequate pensioenregeling te treffen, aangezien voor werknemers van de inlener in gelijke of gelijkwaardige functies ook geen pensioenregeling geldt.

Voorbeeld 2
Een bouwbedrijf maakt enkel gebruik van payrollkrachten. Dit betekent dat er geen werknemers direct in dienst zijn in gelijke of gelijkwaardige functies met wie de payrollkrachten vergeleken kunnen worden. In de sector waar het bouwbedrijf werkzaam is geldt wel verplichte aansluiting bij het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid. De pensioenregeling van dit fonds geldt dus voor werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies werkzaam in de sector van het bouwbedrijf. In dit geval vallen de payrollkrachten op grond van artikel 8a, vierde lid, onderdeel b, Waadi onder de verplichting om een adequate pensioenregeling voor te treffen.

3.3 Optie 1: (vrijwillige) aansluiting bij de basispensioenregeling van de inlener

In artikel 8a, vijfde lid, Waadi is bepaald dat er in ieder geval sprake is van een adequate pensioenregeling als de payrollkracht deelneemt aan dezelfde basispensioenregeling als die geldt voor gelijke of gelijkwaardige werknemers bij de inlener of in de sector waar hij werkzaam is. In veel gevallen zal dit ook de voorkeur genieten van de payrollkracht en de inlener. Er ontstaan dan geen verschillen in de af te dragen werkgeverspremie tussen de payrollwerkgever en de inlener, zodat er op dit punt geen concurrentie op arbeidsvoorwaarden plaatsvindt.

Aansluiting bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener kan op twee manieren plaatsvinden.

Allereerst kan een payrollwerkgever verplicht zijn aangesloten bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener, omdat de payrollwerkgever net als de inlener onder de werkingssfeer van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds van de sector valt waar de payrollkracht werkzaam is.

Als er geen sprake is van een verplichte aansluiting, kan een payrollwerkgever verkennen of vrijwillige aansluiting bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener mogelijk is. Een bedrijfstakpensioenfonds kan alleen in de in artikel 121 van de Pensioenwet omschreven gevallen akkoord gaan met vrijwillige aansluiting, te weten het geval:

a. waarin de loonontwikkeling bij de payrollwerkgever ten minste gelijk is aan die in een bedrijfstak waarin het bedrijfstakpensioenfonds werkzaam is en de payrollwerkgever deelneemt in de sociale fondsen van dezelfde bedrijfstak,
b. de payrollwerkgever verbonden is in een groep met een andere verplicht bij het bedrijfstakpensioenfonds aangesloten werkgever; of
c. de payrollwerkgever oorspronkelijk wel onder de verplichtstelling viel en direct aansluitend vrijwillig aangesloten blijft.

Aansluiting bij een ondernemingspensioenfonds verbonden aan de groep waartoe de inlener behoort, is mogelijk indien de (onderneming van de) payrollwerkgever oorspronkelijk behoorde tot de groep en de aansluiting bij beëindiging van de verbondenheid met de groep blijft bestaan, tenzij de onderneming van de payrollwerkgever onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds valt (artikel 122 Pensioenwet).

De uitwerking van de optie van vrijwillige aansluiting is hieronder toegelicht met enkele voorbeelden.

Voorbeeld 3
Een payrollkracht werkt bij een gemeente. Deze gemeente is aangesloten bij het ABP. De payrollwerkgever is werkzaam in de sector overheid, zendt alleen payrollkrachten uit naar gemeenten, voldoet aan de eisen van vrijwillige aansluiting bij het ABP en is ook door het ABP geaccepteerd. Alle werknemers in dienst van de payrollwerkgever, inclusief de payrollkracht, zijn derhalve aangesloten bij dezelfde basispensioenregeling als die geldt voor werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. Daarom voldoet de payrollwerkgever aan de verplichting om een adequate pensioenregeling te treffen.

Voorbeeld 4
Een payrollkracht werkt als schilder bij een schildersbedrijf. Het schildersbedrijf is aangesloten bij het Bedrijfstakpensioenfonds Schilders. Het Bedrijfstakpensioenfonds Schilders heeft het mogelijk gemaakt dat een payrollkracht wordt aangesloten bij het fonds. Dat is bij deze payrollkracht ook gebeurd.[6] Voor de payrollkracht geldt dus eenzelfde, en dus adequate, basispensioenregeling als die geldt voor de schilders direct in dienst bij het schildersbedrijf.

[6] Mocht het uitzendbureau onder de werkingssfeer van StiPP vallen, moet er dan wel een afspraak zijn met StiPP ten behoeve van die uitzendkracht.

3.4 Optie 2: afsluiten van een adequate pensioenregeling door de payrollwerkgever

Indien aansluiting bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener niet mogelijk is of daar niet voor is gekozen, is de payrollwerkgever verplicht zelf een adequate basispensioenregeling voor de payrollkrachten af te sluiten. Een dergelijke pensioenregeling moet voldoen aan verschillende voorwaarden, waarbij is aangesloten bij de vormgeving van de gemiddelde pensioenregeling in Nederland. Concreet zijn de volgende voorwaarden opgenomen in dit besluit:

3.4.1 Opbouw van een ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen

Voorwaarde is dat de pensioenregeling ten behoeve van de payrollkracht voorziet in een ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen. Gegeven de variëteit in pensioenregelingen voor wat betreft de vormgeving van het nabestaandenpensioen behouden de payrollwerkgever en de deelnemers de mogelijkheid hier zelf een modaliteit in te kiezen. Zo kan worden gekozen voor een nabestaandenpensioen op opbouwbasis, op risicobasis of een combinatie daarvan.

3.4.2 Geen wachttijd of drempelperiode als bedoeld in artikel 14, tweede lid, van de Pensioenwet

De maximale wachttijd of drempelperiode in de Pensioenwet voor de opbouw van ouderdomspensioen ligt op twee maanden. Voor uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is in de Pensioenwet een uitzondering gemaakt. In de pensioenovereenkomst mag voor uitzendkrachten een wachttijd van maximaal 26 gewerkte weken worden opgenomen. Wachttijden zijn niet toegestaan voor het nabestaandenpensioen en het arbeidsongeschiktheidspensioen.

Het hanteren van een wachttijd of een drempelperiode in een basispensioenregeling is in Nederland niet (meer) gangbaar. Aangezien voor wat betreft de eisen die worden gesteld aan een ‘adequate pensioenregeling’ wordt aangesloten bij de gemiddelde pensioenregeling in Nederland is dan ook voorgeschreven dat geen sprake mag zijn van een wachttijd of drempelperiode. Payrollkrachten zitten namelijk in een bijzondere positie. Dit voorkomt een achterstand in de opbouw van pensioen.

3.4.3 Collectieve werkgeverspremie gebaseerd op de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland

Payrollwerkgevers dragen voor de financiering van de (adequate) pensioenregeling van hun werknemers premies af aan hun pensioenuitvoerder. De totale premie die de payrollwerkgever voor alle payrollkrachten afdraagt, noemen we de collectieve werkgeverspremie. Deze premie dient ten minste gelijk te zijn aan een normpremie, die wordt gebaseerd op de gemiddelde werkgeverspremie voor het basispensioen bij alle Nederlandse pensioenfondsen.

Met deze voorwaarde wordt bewerkstelligd dat de kosten die de payrollwerkgever maakt voor de pensioenregeling van zijn werknemers, op het niveau ligt van de werkgeverspremie die inleners gemiddeld voor de pensioenregeling van hun werknemers betalen. Aangenomen is dat de werkgeversbijdrage voor de pensioenregeling van de inleners niet betekenisvol afwijkt van de gemiddelde werkgeversbijdrage voor alle basispensioenregelingen van pensioenfondsen. De inleners van payrollkrachten zijn immers in alle sectoren actief.[7]

De werkgeverspremie die de inlener voor zijn (bedrijfstak)pensioenregeling verschuldigd is, kan boven of onder het gemiddelde liggen. De normpremie voor de payrollwerkgever is in dat geval niet gelijk aan de premie die de inlener voor eigen werknemers moet betalen. Op decentraal niveau kan dan nog steeds concurrentie op arbeidsvoorwaarden voorkomen. Bij inleners met een lager dan gemiddelde werkgeverspremie wordt payrolling minder aantrekkelijk. Een alternatief, waarbij de normpremie per sector of inlener zou verschillen, is onuitvoerbaar en niet te handhaven. Ieder payrollbedrijf zou in dat geval immers zijn pensioenregeling voortdurend moeten afstemmen op die van zijn opdrachtgevers. De werkgeverspremie van het payrollbedrijf zou bovendien moeten differentiëren tussen payrollkrachten die bij verschillende inleners werkzaam zijn. Met het oog op de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en administratieve lasten is in dit besluit gekozen voor één uniforme normpremie voor alle payrollkrachten, ongeacht de pensioenregeling van de inlener.

a. Berekening van de normpremie

De normpremie wordt gebaseerd op gegevens van De Nederlandsche Bank over het totaalbedrag van de werkgeverspremies bij alle pensioenfondsen en een berekening van het Centraal Bureau van de Statistiek over het loon dat in aanmerking komt als pensioengrondslagsom. Aan de hand hiervan wordt de gemiddelde werkgeverspremie berekend als percentage van een gestandaardiseerde grondslag. Voor deze standaard grondslag geldt het fiscaal loonbegrip als uitgangspunt. Er wordt uitgegaan van het gemaximeerde pensioengevende loon, met uitzondering van het loon uit vroegere dienstbetrekking. Ook de franchise is ontleend aan de fiscale regelgeving, te weten artikel 18a van de Wet LB 1964; deze bedraagt 100/75 maal het bedrag van de geldende uitkeringen voor gehuwde personen zonder toeslag als omschreven in artikel 9, eerste lid, onderdeel b, en vijfde lid, van de Algemene Ouderdomswet, vermeerderd met de vakantietoeslag. Hiervoor geldt eveneens dat deze voor alle werkgevers kenbaar en uitvoerbaar is.

De normpremie voor het jaar 2020 zal gebaseerd worden op de werkgeverspremies en de pensioengrondslagsom in 2018. Voor 2019 zou dit een percentage van 13,6% voor de (collectieve) werkgeverspremie betreffen, gebaseerd op cijfers over de gemiddelde werkgeverspremie die wordt afgedragen in het kader van alle Nederlandse basispensioenregelingen uit

[7] Uit onderzoek van Panteia uit 2015 blijkt dat in alle sectoren van payrollkrachten gebruik wordt gemaakt. Gezien de beperkte omvang van het onderzoek kunnen geen aannames worden gedaan naar de intensiteit per sector, ook omdat dit sinds 2015 kan zijn gewijzigd.

2017. Deze norm wordt jaarlijks in oktober vastgesteld aan de hand van de ontwikkeling van de feitelijk betaalde werkgeverspremies voor Nederlandse basispensioenregelingen en van de loonsom in het voorafgaande kalenderjaar. Na het vaststellen van de gemiddelde werkgeverspremie kunnen zich ontwikkelingen voordoen die relevant zijn voor de hoogte van werkgeverspremies. Een voorbeeld daarvan is een verhoging van de fiscale pensioenrichtleeftijd, waardoor de kostprijs van nieuwe pensioenopbouw daalt. Bij de vaststelling van de definitieve normpremie zal hiermee rekening worden gehouden, door de gemiddelde werkgeverspremie te corrigeren aan de hand van de geraamde ontwikkeling van de pensioenpremies. CPB maakt deze raming in het kader van de Macro-economische verkenningen. Het betreft een raming, waarbij het CPB de verwachtingen voor het komende jaar meeneemt. Voorlopige berekeningen voor 2019 (op basis van de MEV 2019) zouden leiden tot een bijstelling van 0,1 procentpunt. Daarom is een percentage van 13,7 in het ontwerpbesluit opgenomen.

Om aan de voorwaarden van dit besluit te voldoen moet de werkgeverspremie ten minste gelijk zijn aan de vastgestelde normpremie. Deze norm heeft betrekking op het totale bedrag dat payrollwerkgevers aan hun pensioenuitvoerder moeten betalen voor het onderbrengen en uitvoeren van de pensioenregeling. Dat betekent dat de collectieve werkgeverspremie ten minste gelijk dient te zijn aan de normpremie als percentage van de uniforme pensioengrondslagsom van de payrollkrachten die op grond van artikel 8a, vierde lid, Waadi recht hebben op een pensioenregeling.

Zoals in paragraaf 4 is vermeld, staat het werkgevers en werknemers in de payrollbranche vrij om hun pensioenregeling zelf in te vullen, mits deze voldoet aan de voorwaarden van dit besluit. Binnen algemene wettelijke en fiscale kaders kunnen zij additionele risico's dekken, zoals het arbeidsongeschiktheidsrisico, en zelf het opbouwpercentage of de premie-inleg bepalen. Ook staat het hen vrij om – binnen de begrenzing van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 – bij de bepaling van het pensioengevend loon en de pensioengevende diensttijd een ruimere pensioenopbouw mogelijk te maken. Dergelijke keuzen betreffen primair arbeidsvoorwaardelijke kwesties. De normpremie heeft betrekking op de financiering van de (integrale) overeengekomen pensioenregeling, dus niet alleen op de financiering van het ouderdoms- en nabestaandenpensioen.

b. <u>Vaststelling van de pensioengrondslagsom</u>

Bij de vaststelling van het loon op basis waarvan de pensioengrondslagsom wordt berekend, wordt aldus alleen rekening gehouden met werknemers voor wie de adequate pensioenregeling geldt. Dat is gerechtvaardigd, nu de verplichting tot het treffen van een adequate pensioenregeling slechts geldt als werknemers in een gelijke of gelijkwaardige functie bij de inlener of – in voorkomende gevallen – in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de inlener werkzaam is, deelnemen aan een basispensioenregeling en niet indien er bij de inlener en de sector voor gelijke of gelijkwaardige functies geen basispensioenregeling geldt.

Voor de uniforme pensioengrondslagsom wordt zowel het voor pensioenopbouw relevante loon als de franchise, het deel van het loon waarover geen pensioen

wordt opgebouwd, op uniforme wijze vastgesteld. Voor de berekening van de uniforme pensioengrondslagsom is uitgegaan van het fiscaal maximale pensioengevend loon binnen de begrenzingen van hoofdstuk IIB van de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964), verminderd met een – eveneens uniform vast te stellen – franchise. Er is aangesloten bij het fiscale loonbegrip, omdat dit voor alle werkgevers een bekend en uniform begrip is dat ook in de loonaangifte wordt vastgelegd. Voor de berekening van de uniforme pensioengrondslag gelden de reguliere regels voor de vaststelling van het fiscaal maximale pensioengevend loon. Een uitzondering is gemaakt voor loon uit vroegere dienstbetrekking. Daarnaast hoeft geen rekening te worden gehouden met de bij of krachtens de Wet LB 1964 geldende specifieke bepalingen over demotie, ziekte en arbeidsongeschiktheid.[8]

Het loon boven het maximale pensioengevend loon, bedoeld in artikel 18ga, eerste lid, Wet LB 1964, wordt niet meegerekend in de pensioengrondslagsom. In 2019 betreft dit een bedrag van ten hoogste € 107.593.[9] Dit bedrag wordt bij deeltijddienstbetrekkingen verminderd overeenkomstig de deeltijdfactor, net als bij andere pensioenregelingen het geval is.

Om de pensioengrondslag op een uniforme manier te berekenen moet het langs de hierboven genoemde lijnen vastgestelde pensioengevende loon worden verminderd met een standaard franchise. Hierbij is aangesloten bij de franchise uit de fiscale regelgeving.[10] Voor de toepassing van de franchise wordt het loon van een werknemer die minder dan de volledige arbeidstijd werkzaam is op grond van artikel 8, tweede lid, van de Pensioenwet herleid naar het loon van een fulltimer. De pensioenopbouw wordt vervolgens gecorrigeerd met de deeltijdfactor. Bij een payrollwerknemer die in deeltijd werkzaam is en daarmee minder verdient dan de franchise die op grond van dit besluit is voorgeschreven, wordt dus eerst het loon naar een voltijdwerknemer herleid en vervolgens verminderd met de franchise.

Ter toelichting van het afsluiten van een eigen adequate pensioenregeling voor payrollwerknemers het volgende voorbeeld.

Voorbeeld 5
Een payrollwerkgever heeft payrollkrachten in dienst die bij verschillende inleners in verschillende sectoren werken. Alle payrollkrachten werken bij een bedrijf en in een sector waar een pensioenregeling geldt. De payrollwerkgever is op grond van de Waadi aldus verplicht voor deze payrollkrachten een adequate pensioenregeling te treffen. Aangezien de payrollkrachten in verschillende sectoren werken, is het voor de payrollwerkgever lastig om zich aan te sluiten bij het pensioenfonds van de inlener(s). De payrollwerkgever besluit daarom zijn bestaande pensioenregeling, waarmee niet wordt voldaan aan de voorgeschreven hoogte van de collectieve werkgeverspremie, te bezien en aan te passen. Hij heeft hiervoor meerdere mogelijkheden: in overleg gaan

[8] Zie artikel 18g Wet LB 1964 jo. artikelen 10a en 10b UBLB 1965.
[9] Op grond van artikel 18ga, tweede lid, Wet LB 1964 wordt het bedrag bij ministeriële regeling jaarlijks vervangen door een ander bedrag.
[10] De standaardfranchise bedraagt 100/75 maal de AOW-inbouw op basis van artikel 18a, zevende lid, onderdelen a, eerste zin, b en c Wet LB 1964.

met het pensioenfonds waar hij bij is aangesloten voor een vrijwillige ophoging van de bestaande pensioenregeling of een extra pensioenvoorziening bij een andere pensioenuitvoerder inkopen, zoals bijvoorbeeld soms bij excedentregelingen plaatsvindt.

c. Consequenties van een werknemersbijdrage

De payrollwerkgever mag de op grond van dit besluit voorgeschreven (minimum)werkgeverspremie niet aan de werknemer doorberekenen. Wel staat het werkgevers en werknemers vrij om – bovenop de werkgeverspremie – een werknemersbijdrage overeen te komen. Dit besluit bevat hiervoor geen verbod of verplichting. Met een aanvullende financiering ten laste van werknemers kan – binnen fiscale grenzen – een beter pensioen worden opgebouwd. De werknemersbijdrage mag echter niet tot gevolg hebben dat de werkgeverspremie niet (meer) aan de norm voldoet. De werknemersbijdrage moet dus daadwerkelijk aanvullend zijn ten opzichte van de collectieve werkgeverspremie.

Een eventuele werknemersbijdrage leidt overigens niet tot een vermindering van de pensioengrondslagsom. Het werknemersdeel van de pensioenpremie behoort weliswaar niet tot het loon (artikel 11, eerste lid, onderdeel j, Wet LB 1964), maar dient in dit geval voor de vaststelling van de pensioengrondslagsom te worden bijgeteld zodat wordt uitgegaan van het maximale pensioengevend loon binnen de begrenzingen van hoofdstuk IIB van de Wet op de loonbelasting 1964 (m.u.v. specifieke bepalingen over demotie, ziekte of arbeidsongeschiktheid). Fiscaal is goedgekeurd dat het werknemersdeel van de pensioenpremie tot het pensioengevend loon kan behoren.[11] De inhouding van een werknemersbijdrage heeft derhalve geen invloed op de pensioengrondslagsom en daarmee ook niet op de norm voor de werkgeversbijdrage. Ter illustratie het volgende voorbeeld.

Voorbeeld 6

De payrollwerkgever wil een pensioenregeling treffen die voldoet aan de eisen op grond van dit besluit. In overleg met zijn payrollkrachten besluit hij om in de pensioenregeling ook een werknemersbijdrage op te nemen om zo de pensioenopbouw te verbeteren. Hij treft een pensioenregeling met een collectieve werkgeversbijdrage van (voor 2019) 13,7% van de pensioengrondslagsom en met een werknemersbijdrage van 5% gebaseerd op de pensioengrondslagsom. De 5% werknemersbijdrage heeft geen invloed op de werkgeversbijdrage.

d. Afdragen van (collectieve) werkgevers leidt tot fiscale bovenmatigheid

Dit besluit voorziet tot slot in nadere regels voor de situatie waarin het voldoen aan de voorwaarde tot het afdragen van de voorgeschreven collectieve werkgeverspremie ertoe zou leiden dat de basispensioenregeling als "fiscaal bovenmatig" wordt aangemerkt. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de basispensioenregeling het karakter heeft van een premie- of kapitaalovereenkomst en de gemiddelde leeftijd van de payrollkrachten relatief laag is. De premies voor de individuele werknemers zijn per leeftijdscohort

[11] Onderdeel 3.2.4 van het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2018, nr. 2018-28514 (Stcrt. 2018, 68653).

fiscaal gemaximeerd. Bij premieregelingen mag voor jongere werknemers binnen het fiscale kader minder premie worden ingelegd dan voor oudere werknemers. Bij een gemiddeld jong werknemersbestand kunnen bij een fiscaal maximale premie-inleg de totale kosten van de pensioenregeling voor de werkgever lager uitkomen dan de voorgeschreven werkgeverspremie. In dat geval is de payrollwerkgever niet verplicht om meer premies in te leggen dan fiscaal is gemaximeerd. In plaats daarvan moet de payrollwerkgever het verschil tussen (a) het bedrag dat zou moeten worden betaald als de op grond van dit besluit voorgeschreven werkgeverspremie zou worden betaald en (b) de fiscaal maximale (en daadwerkelijk betaalde) premie, als loon uitbetalen aan de payrollkrachten voor wie de basispensioenregeling geldt. Het bedrag wordt in dit geval evenredig verdeeld over de betreffende payrollkrachten.

3.5 Individuele opbouw voor de payrollkracht

In dit besluit wordt geen individuele opbouw voor de payrollkracht voorgeschreven. Echter, dit betekent niet dat er in zijn geheel geen regels gelden voor de vertaling van de collectieve werkgeversbijdrage aan de basispensioenregeling naar de individuele inleg van de payrollwerkgever per deelnemer.

Immers, de basispensioenregeling dient te voldoen aan de verschillende richtlijnen die gelijke behandeling bij arbeid voorschrijven. Te denken valt aan de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, van deeltijders en voltijders, van werknemers met een tijdelijk en vast dienstverband en naar leeftijd. Dit is ook vastgelegd in de artikelen 8 en 14 van de Pensioenwet. Dit betekent dat deelnemers aan de basispensioenregeling onder gelijke voorwaarden op individueel niveau hetzelfde (basis)pensioen behoren op te bouwen. Met name de gelijke behandeling naar leeftijd is relevant. Voor een nadere toelichting hierbij wordt verwezen naar hoofdstuk 5 van het algemeen deel van deze nota van toelichting.

De doorberekening van de kosten van een premieovereenkomst (met uitzondering van beleggingskosten) moet evenredig tussen de deelnemers plaatsvinden en per deelnemer evenredig in de tijd plaatsvinden (zie ook artikel 17a van de Pensioenwet).

4. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Behoudens de bovenstaande vereisten wordt de verdere invulling van de basispensioenregeling overgelaten aan de sociale partners op bedrijfstak- of ondernemingsniveau. Zo staat het de sociale partners vrij om het karakter van de pensioenovereenkomst (uitkeringsovereenkomst, kapitaalovereenkomst of premieovereenkomst) en de pensioenuitvoerder te kiezen.

Zo kunnen sociale partners in de payrollbranche ervoor kiezen om een pensioenregeling voor de gehele bedrijfstak vorm te geven, dan wel de Plusregeling van StiPP anders vorm te geven, zodat die voldoet aan de voornoemde voorwaarden. Ook kunnen sociale partners in de inlenende branches bezien of het noodzakelijk is de werkingssfeer van hun bedrijfstakpensioenfonds aan te passen. Indien sociale partners geen

bedrijfstakregeling overeenkomen, is een payrollwerkgever in staat om met de hiervoor vermelde voorwaarden een eigen adequate pensioenregeling te treffen bij een pensioenverzekeraar, een premiepensioeninstelling, een algemeen pensioenfonds of een eigen ondernemingspensioenfonds. Sociale partners kunnen – binnen de fiscale grenzen – desgewenst een pensioenregeling met een hogere opbouw afspreken en ook een werknemerspremie afspreken. In dat geval dient vanzelfsprekend te worden voldaan aan de in dit besluit genoemde voorwaarden.

De payrollwerkgever en de pensioenuitvoerder zijn gebonden aan de Pensioenwet. Dit brengt onder andere met zich dat een payrollwerkgever een payrollkracht tijdig moet informeren of hij een aanbod doet voor het sluiten van een pensioenovereenkomst (artikel 7 van de Pensioenwet) en verantwoordelijk is voor tijdige betaling van de pensioenpremies aan de pensioenuitvoerder (artikelen 24 tot en met 26 van de Pensioenwet).
De pensioenuitvoerder is verantwoordelijk voor de informatievoorziening aan deelnemers via verschillende communicatie-instrumenten, zoals Laag 1 van de Pensioen 1-2-3 (artikel 21 van de Pensioenwet en artikel 2 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling), de website van de pensioenuitvoerder (artikel 46a van de Pensioenwet) en het uniform pensioenoverzicht (artikel 48, vierde lid, van de Pensioenwet). Via deze informatievoorziening is voor een deelnemer inzichtelijk of de pensioenregeling voldoet aan de in dit besluit gestelde randvoorwaarden.

Indien een payrollwerkgever verplicht is in een adequate pensioenregeling te voorzien, maar hiertoe niet overgaat, is het voor de payrollkracht mogelijk om een vordering tot schadevergoeding of een vordering tot afdracht van pensioenpremies in te dienen vanwege het ten onrechte niet opgebouwd hebben van pensioen[12]. Daarnaast kan een payrollkracht uiteraard in rechte nakoming eisen van de verplichting van de payrollwerkgever om te voorzien in een adequate pensioenregeling.

De Inspectie SZW is de toezichthouder op de Waadi en in dat kader ook belast met het toezicht op de vraag of er een adequate pensioenregeling door de payrollwerkgever is afgesloten voor de payrollkrachten. De Inspectie SZW dient bij de controle voor dit besluit te kunnen vaststellen of er voor de betreffende payrollkracht(en) een adequate pensioenregeling is getroffen doordat de payrollwerkgever de pensioenregeling van de inlener toepast of dat de payrollwerkgever zelf een basispensioenregeling heeft getroffen die voldoet aan de hiervoor genoemde voorwaarden. De werkgever dient om deze controle mogelijk te maken de vereiste stukken te overleggen.

Na controle op de naleving van de Waadi maakt de Inspectie SZW een verslag op dat naar betrokkenen wordt gezonden. De payrollkracht of vakbond kan in dat geval een civiele procedure starten om bijvoorbeeld af te dwingen dat de payrollwerkgever alsnog de pensioenpremie voldoet of voorziet in een adequate pensioenregeling. Hiermee wordt aangesloten bij de gebruikelijke wijze waarop toezicht wordt gehouden op de voorschriften uit de Waadi. Voor de volledigheid

[12] Zie bijvoorbeeld: Rb. Midden-Nederland, 28 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:747.

kan worden vermeld dat de Inspectie SZW geen rol heeft bij het toezicht op de andere wetten waarin in deze toelichting naar wordt verwezen, zoals de Pensioenwet.

5. Verhouding tot het recht van de Europese Unie

In dit kader is Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (de Uitzendrichtlijn) van belang. In de Uitzendrichtlijn is het beginsel opgenomen dat de uitzendkracht recht heeft op dezelfde beloning alsof deze in dienst zou zijn genomen in een gelijke of gelijkwaardige functie bij de inlener. Op grond van Europese jurisprudentie moet het begrip 'beloning' breed worden opgevat en omvat dit ook pensioenaanspraken[13]. Op grond van artikel 5, vierde lid, van de Uitzendrichtlijn is toegestaan dat lidstaten afwijken van een dergelijke gelijke behandeling. Zij moeten dan wel een passend niveau van bescherming voorschrijven, ook ten aanzien van aanvullende regelingen op het gebied van de sociale zekerheid, inclusief pensioenen.

De regering heeft er bij de implementatie van de Uitzendrichtlijn voor gekozen om pensioen niet onder het gelijke beloningsbeginsel te laten vallen, ook nu uitzendkrachten al onder een eigen basispensioenregeling vielen[14]. Het wordt echter wenselijk geacht dat payrollkrachten een verdergaande bescherming ontvangen, aangezien payroll een bijzondere vorm van uitzenden betreft. De Uitzendrichtlijn staat ook toe dat gelijke behandeling of een passend niveau van bescherming in het kader van pensioen wordt voorgeschreven. Dat is hier het geval. Tevens staat de Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (de herziene detacheringsrichtlijn) in het nieuwe artikel 3, lid 1 ter toe dat een lidstaat voorschrijft dat voor buitenlandse uitzendkrachten dezelfde voorwaarden gelden als voor binnenlandse uitzendkrachten. Deze regeling sluit hierbij aan. Daarnaast dient het besluit te voldoen aan de verschillende richtlijnen die gelijke behandeling bij arbeid voorschrijven, zoals gelijke behandeling van mannen en vrouwen, van deeltijders en voltijders, van werknemers met een tijdelijk en vast dienstverband en naar leeftijd. Dit is het geval, nu het besluit op die gronden geen onderscheid maakt tussen werknemers. De pensioenregeling voor payrollkrachten die op grond van dit besluit wordt getroffen, zal moeten voldoen aan de eisen van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.[15]

[13] Dergelijke aanspraken betreffen immers een vorm van uitgestelde beloning. Zie ook TWA Report 2011, p. 19.
[14] Kamerstukken II 2011/12, 32895, nr. 5.
[15] Kamerstukken I 2003/04, 28170, nr. C.

6. Advies, toetsing en consultatie

6.1 Advies

Het Adviescollege Toetsing Regeldruk (ATR) heeft advies uitgebracht op het Besluit. Het ATR stelt dat de nut en noodzaak van de nieuwe regeling duidelijk en adequaat in de toelichting zijn gemotiveerd. Ook acht het ATR onderbouwd dat een minder belastend alternatief niet aan de orde is en dat het besluit voldoende op werkbaarheid en uitvoerbaarheid is getoetst. Ook de regeldrukparagraaf geeft geen aanleiding tot het maken van opmerkingen. Daarom adviseert het ATR het Besluit vast te stellen.

6.2 Toetsing

De Inspectie SZW heeft, als toezichthouder op de Waadi en het Baadi, een handhavingstoets uitgebracht op het conceptbesluit. Hierbij heeft de Inspectie geconstateerd dat met de voorgestelde regeling de beoordeling en het onderzoek naar de toepassing en naleving van de Waadi complexer wordt. Het wordt immers relevant of er sprake is van terbeschikkingstelling in het kader van uitzenden of in het kader van payrolling, en het onderzoek, de beoordeling en onderbouwing zullen hierdoor tijdrovender zijn. Relevant hierbij is dat sommige werkgevers vanwege het verschil in kosten de aard van de arbeidsrelatie mogelijk anders zullen presenteren dan deze in feite is. De uiteindelijke inzet en capaciteit zal mede afhangen van het aantal verzoeken dat wordt ingediend. De Inspectie geeft hierbij aan dat de wijze waarop zij toezichthouden overeenkomt met hun reguliere toezicht op de Waadi. Dit betekent dat de Inspectie onderzoek doet, al dan niet op verzoek van sociale partners, of de payrollkracht, en de sociale partners of de payrollkracht op basis van dit onderzoek zelf zullen moeten besluiten of zij een vordering tegen de werkgever willen instellen. De nota van toelichting is hierop aangevuld. Aangezien het toetsen van pensioenregelingen een nieuw onderwerp is in het toezichtskader van de Inspectie SZW, zal de kennis de komende tijd verder worden opgebouwd. Tevens zal dit mogelijk tot een langere doorlooptijd leiden van de bestaande onderzoeken.

Aangezien voor de invulling van de verplichting tot het treffen van een adequate pensioenregeling de werkgever meerdere keuzevarianten heeft (aansluiten bij de inlener of een eigen adequate pensioenregeling treffen), zal in samenspraak met de Inspectie SZW een stroomschema ontwikkeld worden. Verduidelijkt is dat de Inspectie bij het treffen van de eigen adequate pensioenregeling niet kijkt naar de individuele aanspraken die de payrollkracht hiermee opbouwt, maar naar de vereisten in dit besluit. Dit betekent dat gekeken wordt of de werkgever voldoet aan een werkgeversbijdrage over de collectieve grondslagsom. De Inspectie moet deze controle uitvoeren op basis van de salarisadministratie van de payrollwerkgever, de pensioenregeling van de payrollwerkgever en de premienota van de werkgevers aan de uitvoerder van de pensioenregeling, of de bevestiging van het pensioenfonds van de inlener dat de payrollwerknemers zijn aangesloten bij de pensioenregeling van de inlener. Op basis van de loonadministratie kan de Inspectie SZW inzicht verkrijgen in de werkgeversafdracht voor pensioen, welk fiscaal loon voor de werknemers geldt, op basis van welk deeltijdpercentage zij werkzaam zijn en of

de werknemers voldoende vervangend loon ontvangen indien de regeling fiscaal bovenmatig is. Op grond van de Awb kan de Inspectie als toezichthouder alle bescheiden vorderen die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van het toezicht. De specifieke vragen zijn beantwoord en in de nota van toelichting verwerkt.

1.1 6.3 Consultatie

Een ontwerp van dit besluit heeft van medio februari tot medio maart 2019 voorgelegen voor internetconsultatie. Hierop zijn 15 reacties ontvangen. De hoofdlijnen van deze reacties zijn hieronder weergegeven. Waar van toepassing is vermeld op welke wijze deze reacties in dit besluit zijn verwerkt.

6.3.1 De verhouding van het besluit tot de onderhandelingsvrijheid van sociale partners.

In meerdere reacties, waaronder die van VNO-NCW, ABU en NBBU is het standpunt verwoord dat het besluit op gespannen voet staat met de vrijheid van sociale partners om over arbeidsvoorwaarden te onderhandelen. Naar hun oordeel leidt het besluit tot een selectieve pensioenplicht voor één branche. De Pensioenfederatie en Persoonality Payrolling B.V achten het principieel onjuist als de wetgever de norm voor een adequaat pensioen zou bepalen. Ook ABN Amro Pensioenen acht het onjuist dat de wetgever minimumeisen voor een pensioenregeling formuleert. Om die reden wordt geadviseerd om payrollwerkgevers die aantoonbaar een adequate pensioenregeling voeren, een dispensatiemogelijkheid te bieden.

De regering onderschrijft de vrijheid van werkgevers en werknemers om arbeidsvoorwaarden en pensioenregelingen overeen te komen en daarbij – binnen wettelijke grenzen - hun eigen normen te bepalen. De regering vindt het echter ook belangrijk om concurrentie op arbeidskosten door payrolling tegen te gaan. De toegevoegde waarde van payrolling dient te liggen in het ontzorgen van werkgevers, niet in het concurreren op arbeidskosten door aan payrollkrachten slechtere arbeidsvoorwaarden te bieden dan gelden voor vergelijkbare werknemers in dienst van de inlener.

Dit besluit geeft geen algemene norm voor pensioenregelingen. De voorwaarden in het besluit strekken ertoe om concurrentie op pensioenkosten via payrolling tegen te gaan. Binnen de algemene wettelijke en fiscale kaders staat het payrollwerkgevers en hun werknemers vrij om ieder type pensioencontract te kiezen en de pensioenambitie te bepalen. Zij kunnen dat doen binnen één gezamenlijke bedrijfstakregeling voor alle payrollbedrijven of via afzonderlijke regelingen per payrollbedrijf. Zij mogen een eigen invulling geven aan het nabestaandenpensioen en – desgewenst – aanvullende risico's dekken, zoals het arbeidsongeschiktheidsrisico. Dit is in het ontwerpbesluit en in de toelichting verduidelijkt naar aanleiding van de internetconsultatie.[16] De partijen die de pensioenregeling overeenkomen, mogen ook bepalen welke pensioenuitvoerder wordt betrokken.
Voor zover de contractsvrijheid van sociale partners met dit besluit al wordt ingeperkt, gaat dit niet verder dan nodig is om de bovengenoemde doelstelling

[16] Zie ook Kamerstukken I, 2018/19, 35 074, F, p. 15.

te realiseren. Om die reden achten de vakcentrales FNV, CNV en VCP deze inperking geoorloofd.

De door ABN AMRO Pensioenen bepleite dispensatiemogelijkheid voor werkgevers die aantoonbaar een adequate pensioenregeling voeren, zou de overheid juist dwingen om normen te formuleren voor de kwaliteit van pensioenregelingen. Dat is niet het doel van dit besluit en acht de regering ook overigens niet wenselijk.

6.3.2 De gevolgen van het besluit voor de concurrentiepositie van payrollbedrijven

Het besluit heeft onmiskenbaar gevolgen voor de arbeidskosten van payrollbedrijven, en daarmee voor hun aantrekkingskracht op inlenende bedrijven. Deze gevolgen zijn beoogd, het doel is immers om tegen te gaan dat via payrolling een oneigenlijk concurrentievoordeel wordt verkregen. De voorwaarden in dit besluit zijn hierop afgestemd. De voorwaarde dat de pensioenpremie voor rekening van de werkgever ten minste gelijk is aan een norm die wordt gebaseerd op de landelijk gemiddelde werkgeverspremie, heeft tot gevolg dat het verschil tussen de arbeidskosten voor payrollkrachten en die voor vergelijkbare werknemers in dienst van de inlener wordt beperkt.

De meest directe methode om concurrentie op pensioenkosten tegen te gaan is als de payrollkrachten gaan deelnemen aan de pensioenregeling van de inlener. Dat is echter, zoals uit veel reacties blijkt, in veel gevallen niet mogelijk of te zeer belastend. De payrollwerkgever kan in dat geval een pensioenregeling treffen die voldoet aan de drie, in paragraaf 3 genoemde, voorwaarden. Doordat het besluit werkt met één norm voor de (gemiddelde) werkgeverspremie kunnen payrollbedrijven volstaan met één pensioenregeling voor alle werknemers die op grond van de Waadi recht hebben op een adequate pensioenregeling. In dit besluit is bewust niet gekozen voor een premienorm die differentieert al naar gelang de specifieke werkgeverspremie voor de inlener. In dat geval zou een payrollbedrijf dat voor meerdere inleners en branches werkt, zijn werknemers per inlener een verschillende pensioenregeling moeten aanbieden. Het payrollbedrijf zou in dat geval ook de ontwikkeling van de werkgeverspremies bij al zijn inleners moeten monitoren.
Een dergelijke systematiek acht de regering onuitvoerbaar en niet handhaafbaar. De keuze voor één premienorm, gebaseerd op de gemiddelde werkgeverspremie, heeft als consequentie dat de pensioenkosten voor payrollkrachten bij een deel van de inleners hoger liggen dan die voor eigen werknemers en bij een ander deel lager. De regering acht deze consequentie aanvaardbaar nu het besluit in de meeste sectoren en bedrijven leidt tot een geringer verschil in pensioenkosten.

6.3.3 De mogelijkheid om payrollkrachten vrijwillig aan te sluiten bij de pensioenregeling van de inlener

In veel reacties is uitgebreid ingegaan op de problemen die payrollbedrijven ondervinden als zij hun werknemers willen aansluiten bij de pensioenregeling van de inlener. Deze problemen worden voor een deel veroorzaakt door een terughoudend acceptatiebeleid van bedrijfstakpensioenfondsen voor vrijwillige

aansluitingen. Bij payrollbedrijven die voor meerdere bedrijfstakken werken, stuit aansluiting bij de pensioenregeling van de inlener op praktische problemen. Deze bedrijven zouden zich immers bij verschillende pensioenuitvoerders moeten aansluiten, met ieder hun eigen regeling en met uiteenlopende voorwaarden en administratieve systemen.

De regering heeft deze problemen onderkend en biedt payrollbedrijven die hun werknemers niet kunnen of willen aansluiten bij de pensioenregeling van de inlener, daarom een alternatief. Zij kunnen op al hun werknemers één pensioenregeling toepassen die voldoet aan de voorwaarden in dit besluit.
De regering ziet in de belemmeringen die payrollbedrijven ondervinden als zij zich vrijwillig bij het pensioenfonds van de inlener willen aansluiten, echter geen aanleiding om deze optie niet adequaat te achten. Een aantal payrollbedrijven heeft bewust gekozen voor deze optie die de doelstelling van dit besluit bij uitstek realiseert.

6.3.4 De uitvoerbaarheid van het besluit, inclusief de invoeringsdatum
Verschillende reacties wezen uit dat de toelichting bij het ontwerpbesluit onvoldoende duidelijk was over de norm voor de werkgeverspremie en de wijze waarop die norm wordt berekend. Uit sommige reacties bleek dat er misverstanden waren over de voorgeschreven compensatie in loon ingeval de toepassing van de premienorm niet is in te passen binnen de fiscale premiestaffels voor beschikbare premieregelingen. Deze reacties waren aanleiding om deze onderwerpen in de nota van toelichting te verduidelijken. Deze misverstanden zijn naar verwachting weggenomen met de verduidelijking van de nota van toelichting.

In diverse reacties is de uitvoerbaarheid van het besluit voor payrollbedrijven aan de orde gesteld. Het bedrijfstakpensioenfonds voor de uitzendsector (StiPP) en de ABU achten invoering per 1 januari 2020 niet realistisch, zij bepleiten uitstel van de invoeringsdatum naar 1 januari 2021. Hieraan is gevolg gegeven conform de toezegging in de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer.

In de reacties zijn ook andere aspecten aan de orde gesteld die verband houden met de uitvoerbaarheid van het besluit. Hieronder wordt puntsgewijs op deze aspecten ingegaan.

6.3.5 Het onderscheid tussen payrollen en uitzenden
In de Waadi zelf is een onderscheid aangebracht in de verplichtingen die gelden ten aanzien van uitzendkrachten en payrollkrachten. De voorgestelde definitie in het wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans is afgeleid van hetgeen bij payrolling gebruikelijk is.[17] Hierbij zijn twee elementen van belang. Ten eerste geldt bij payrolling dat de inlener in de regel zelf de werving en selectie van de werknemer voor zijn rekening neemt of een derde (niet zijnde de formele werkgever) dit voor hem laat doen. Dit betekent dat de formele werkgever geen actieve rol heeft gespeeld in het samenbrengen van vraag en aanbod op

[17] Zie Kamerstukken II, 2018/19, 35074, nr. 3, p. 39-43.

de arbeidsmarkt (werving en selectie) is er sprake van payrolling. Hierbij wordt ook aangegeven dat het reguliere uitzenden zich met name onderscheidt van payrolling doordat de uitzendwerkgever een allocatieve functie vervult, gericht op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt door een actieve werving van de uitzendkracht en een actieve werving van inleners, waarbij de intercedenten van de uitzend-werkgever de uitzendkrachten vervolgens na actieve bemiddeling ter beschikking stellen aan inleners. Ten tweede geldt dat er sprake moet zijn van in beginsel exclusieve terbeschikkingstelling. Dit betekent dat het payrollbedrijf niet zonder toestemming van de opdrachtgever een werknemer aan een andere opdrachtgever ter beschikking kan stellen. Hierbij is aangegeven dat aan een beding van niet-exclusieve terbeschikkingstelling geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend, maar dat de feiten en omstandigheden van belang zijn. Om partijen handvatten te geven, zijn in de toelichting indicaties opgenomen aan de hand waarvan partijen kunnen toetsen of sprake is van deze twee elementen.[18] Gegeven de indicaties in de toelichting van de wet, en het gegeven dat het gaat om de feitelijke relatie (en niet de papieren werkelijkheid), worden partijen en rechters voldoende handvatten geboden om door dergelijke misbruikconstructies heen te kijken.

6.3.6 De samenloop tussen de adequate pensioenregeling en de verplichtgestelde deelname aan StiPP

Bedrijven die voor tenminste 50% van hun premieplichtig loon op jaarbasis werknemers ter beschikking stellen aan opdrachtgevers vallen onder de werkingssfeer van StiPP. Deze omschrijving ziet ook op payrollbedrijven. Zonder aanpassing van de werkingssfeer moeten payrollbedrijven dus de pensioenregeling van StiPP toepassen en daarnaast voldoen aan de voorwaarden van dit besluit. StiPP noemt dit in zijn reactie complex vanwege de verschillen tussen zijn pensioenregeling en de adequate pensioenregeling op de elementen wachttijd, loonbegrip, franchise en pensioenopbouw (premie-inleg).

Het is juist dat StiPP voor de basisregeling en de Plusregeling verschillende wachttijden kent en dat dit besluit toepassing van wachttijden voor payrollers niet toestaat. StiPP biedt de aangesloten werkgevers echter nu al de mogelijkheid om af te zien van een wachttijd. Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk ook gebruik gemaakt. Dit is voor StiPP blijkbaar uitvoerbaar.

Voor wat betreft de elementen ‘loonbegrip’, ‘franchise’ en ‘premie-inleg’ staat het de payrollbranche geheel vrij om deze vorm te geven conform de regelingen van StiPP. Dit besluit bevat geen voorschriften voor de pensioenregeling. Het loonbegrip en de franchise in dit besluit zijn uitsluitend van belang voor de berekening van de premienorm. De norm bedraagt immers een percentage van een gestandaardiseerde grondslag. De berekening van die grondslag vindt plaats op basis van een eenduidig loonbegrip en een uniforme franchise. De functie en de berekeningswijze van de premienorm zijn in paragraaf 3.4.3 onder a verduidelijkt.

[18] Kamerstukken II, 35074, 2018/19, nr. 3, paragraaf 2.4.3.1.

Sociale partners in de uitzendbranche kunnen de samenloop van de adequate pensioenregeling voor payrollbedrijven en deelname aan StiPP voorkomen door de werkingssfeer van StiPP aan te passen. Als zij hier niet voor kiezen, kan de payrollbranche de adequate pensioenregeling vormgeven als 'kop' op de regeling van StiPP. De voorwaarden voor een adequate pensioenregeling (geen wachttijd, wel een nabestaandenpensioen en een minimaal niveau van de werkgeverspremie) vormen daarvoor geen belemmering.

6.3.7 De frequentie voor bijstelling van de premienorm als voorwaarde voor een adequate pensioenregeling

In de reacties worden ook kanttekeningen geplaatst bij het voorschrift dat de normpremie jaarlijks wordt bijgesteld. Dat leidt tot administratieve lasten, omdat werkgevers en pensioenuitvoerders hier jaarlijks rekening mee moeten houden. Als de nieuwe normpremie hoger uitkomt dan de feitelijke werkgeverspremie moet de pensioenregeling worden opgeplust. Als dat binnen de fiscale begrenzing niet mogelijk is, moet het verschil via het loon worden gecompenseerd. Het loslaten van de jaarlijkse vaststelling zou betekenen dat de voorgeschreven normpremie (in het besluit) en de actuele gemiddelde werkgeverspremie bij inleners uit de pas kan gaan lopen. Daarom wordt bij de jaarlijkse publicatie van de normpremie rekening gehouden met de tijd die uitvoerders en werkgevers nodig hebben voor de bijstelling. Om dit mogelijk te maken wordt zorggedragen voor de publicatie van de normpremie vóór 1 november.

6.3.8 De noodzaak om kennis te dragen van de pensioenregeling van de inlener

Zoals in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel al is aangegeven, kan het voor een payrollwerkgever soms lastig zijn om de arbeidsvoorwaarden bij de inlener te achterhalen. Ook bij pensioen kunnen soms vragen rijzen of er sprake is van een pensioenregeling, of dat in de sector van het beroeps of bedrijfsleven waar de inlener werkzaam is een pensioenregeling geldt. Daarom is op grond van artikel 12a van de Waadi een informatieplicht opgelegd aan de inlener om de bij hem geldende arbeidsvoorwaarden te overleggen aan de payrollwerkgever die op grond van het voorgestelde artikel 8a (bij terbeschikkingstelling in het kader van payrolling) verantwoordelijk is voor het naleven van deze voorwaarden ten aanzien van de werknemer. Hierdoor kan de payrollwerkgever weet hebben of en zo ja, welke pensioenregeling voor de inlener geldt. Natuurlijk heeft de payrollwerkgever ook een zelfstandige onderzoeksplicht om aan de wet te voldoen.

6.3.9 De toepasselijke pensioenregeling als payrollkrachten frequent van inlener wisselen, bijvoorbeeld in het kader van herplaatsing in verband met re-integratie

Hoewel de allocatiefunctie bij payrolling niet door de payrollwerkgever vervuld wordt en payrollwerknemers in beginsel exclusief beschikbaar worden gesteld aan de opdrachtgever van het payrollbedrijf (de inlener), is het niet uitgesloten dat een payrollkracht bij de inlener weggaat en aansluitend gaat werken voor een andere inlener van het payrollbedrijf. Als de betreffende werknemer

deelneemt aan de pensioenregeling van de eerdere inlener en de volgende inlener niet bij dezelfde pensioenregeling is aangesloten (bijvoorbeeld in een andere bedrijfstak werkzaam is met een ander bedrijfstakpensioenfonds), zal deze deelname moeten worden beëindigd. Payrollbedrijven bij wie dit relatief vaak voorkomt, zullen naar verwachting eerder opteren voor de adequate pensioenregeling die met dit besluit wordt geregeld. Een wisseling van inlener heeft in dat geval geen gevolgen voor de toepasselijke pensioenregeling.

Enigszins in het verlengde hiervan ligt het commentaar dat de voorwaarde om geen wachttijd te hanteren kan leiden tot een toename van kleine pensioenrechten met de daaraan verbonden uitvoeringskosten. Dit commentaar lijkt vooral van toepassing op de uitzendsector en veel minder op payrolling, waar de verhouding tussen inlener en payrollkracht naar verwachting meer bestendig is.

6.3.11 Het bepalen van vergelijkbare functies bij de inlener

Payrollkrachten hebben recht op een adequate pensioenregeling als voor werknemers in dienst van de inlener met een vergelijke functie een pensioenregeling geldt. Vaststelling van vergelijkbare functies kan lastig zijn. Dit speelt met name bij payrollers die werken in sectoren die niet onder een verplichtstelling vallen. Daar kan sprake zijn van een grote diversiteit aan pensioenregelingen.

Voor het recht op een adequate pensioenregeling is van belang of er een pensioenregeling geldt voor een vergelijkbare werknemer in dienst van de inlener, maar niet hoe die pensioenregeling eruitziet.
Als de payrollkracht (vrijwillig) deelneemt aan de pensioenregeling van de inlener, kan de pensioenuitvoerder bepalen welke specifieke regeling van toepassing is. Als het payrollbedrijf voor de adequate pensioenregeling van dit besluit opteert, geldt deze regeling ongeacht de specifieke invulling van de pensioenregeling van werknemers van de inlener met een vergelijkbare functie. De vergelijkbaarheid van functies is alleen relevant als voor de betreffende werknemer in dienst van de inlener in het geheel geen pensioenregeling geldt. In dat geval heeft de payrollkracht immers eveneens geen recht op een pensioenregeling. Het is ongebruikelijk dat een werkgever aan een deel van het personeel een pensioenregeling aanbiedt en aan een ander deel in het geheel niet.

6.3.12 Het effect van het besluit op de pensioenopbouw van payrollkrachten

StiPP heeft in zijn reactie op het risico gewezen dat payrollkrachten met de adequate pensioenregeling van dit besluit slechter af kunnen zijn dan met de bestaande Plusregeling. Dat kan het geval zijn als een payrollwerkgever kiest voor een premieregeling met een leeftijdsonafhankelijke premie-inleg. De pensioenopbouw van oudere payrollwerknemers kan in dat geval lager uitvallen dan met toepassing van de leeftijdsstaffel in de Plusregeling. Jonge payrollwerknemers zouden in een dergelijke regeling juist aanzienlijk meer pensioen opbouwen, mogelijk meer dan leeftijdsgenoten in dienst bij de inlener.

Hierboven is al uiteengezet dat het payrollwerkgevers en -werknemers vrij staat om iedere pensioenregeling overeen te komen die in overeenstemming is

met de wettelijke en fiscale kaders. Daarbij zijn natuurlijk zowel werkgevers als werknemers betrokken. Beide partijen moeten de nieuwe pensioenregeling accorderen. Het vaststellen of wijzigen van een pensioenregeling vergt bovendien de instemming van de betrokken vakbonden of van de ondernemingsraad van het payrollbedrijf. Als de vakbonden of de ondernemingsraad de door StiPP beschreven consequenties voor de pensioenopbouw niet aanvaardbaar achten, zal de door StiPP beschreven pensioenregeling niet tot stand komen. De regering wijst erop dat sociale partners ook nu al beschikbare premieregelingen met een leeftijdsonafhankelijke premie-inleg overeen kunnen komen. Dergelijke regelingen komen echter niet of nauwelijks voor, ook niet in de uitzendbranche.

6.3.13 Alternatieven voor, respectievelijk aanvullingen op het besluit
VNO-NCW, de ABU en de NBBU opperen een alternatieve methode om concurrentie op pensioenkosten door payrolling tegen te gaan. Zij stellen voor om het payrollbedrijf aan de payrollkracht een vergoeding te laten betalen als voor de werknemers van de inlener een pensioenregeling geldt en voor de payrollkracht niet. Die vergoeding zou gelijk moeten zijn aan de werkgeverspremie die de inlener voor de pensioenregeling van zijn personeel betaalt. Deze alternatieve methode draagt niet of nauwelijks bij aan het doel van dit besluit om concurrentie op pensioenkosten tegen te gaan. Voor het merendeel van de payrollkrachten geldt immers de pensioenregeling van StiPP. Hun werkgever betaalt – ook bij toepassing van de gunstigere Plusregeling – een aanzienlijke lagere pensioenpremie dan inleners gemiddeld voor eigen werknemers betalen. Dat vertaalt zich in een lagere pensioenopbouw door payrollkrachten. Payrollbedrijven die niet onder de werkingssfeer van StiPP vallen, zouden de vergoeding zelfs met een uiterst magere pensioenregeling kunnen ontlopen. Genoemd alternatief draagt daarmee onvoldoende bij aan het tegengaan van concurrentie op pensioenkosten door payrolling.

De vakcentrales FNV, CNV en VCP hebben voorgesteld om de voorwaarden in het besluit aan te vullen met een wezenpensioen en met premievrije deelname bij arbeidsongeschiktheid. Zij menen dat een adequate pensioenregeling deze elementen moet bevatten. Ook de Pensioenfederatie vraagt waarom het besluit niet ook een arbeidsongeschiktheidspensioen als voorwaarde stelt.

Dit besluit heeft niet als oogmerk om een norm te stellen voor pensioenregelingen. Werkgevers en werknemers bepalen gezamenlijk welke risico’s in een pensioenregeling worden gedekt. Met het voorschrijven van de door de vakcentrales genoemde elementen zou dit besluit meer inbreuk maken op de onderhandelingsvrijheid dan nodig is voor de doelstelling om concurrentie op pensioenkosten tegen te gaan. Het staat de betrokken vakbonden natuurlijk vrij om deze elementen in te brengen in hun onderhandelingen over de invulling van pensioenregelingen voor payrollwerknemers.

Daarnaast hebben de vakbonden de voorkeur voor een strengere handhaving van de Waadi. Zij wensen een grotere rol van de Inspectie. Hierbij wordt aangegeven dat de regering met dit besluit aansluit bij de huidige toezicht en handhaving op de Waadi en onderliggende regelgeving. Tevens zal een

pensioenuitvoerder verantwoordelijk zijn voor de inning van de premies bij de werkgever.

6.3.14 Overige commentaren
Naast de hierboven genoemde hoofdlijnen zijn in de reacties op het ontwerpbesluit ook juridische en praktische opmerkingen gemaakt. Deze zijn hieronder kort weergegeven en voorzien van een reactie.

De consequenties van de keuze voor het fiscale loonbegrip 'pensioengevend loon'. In enkele reacties is opgemerkt dat het gekozen loonbegrip ook betrekking heeft op loon uit vroegere dienstbetrekking, zoals een betaalde transitievergoeding. Het is niet gebruikelijk dat over dergelijke loonbestanddelen pensioen wordt opgebouwd. Het besluit is hierop aangepast, door loon uit vroegere dienstbetrekking expliciet uit te zonderen van de grondslag voor de normpremie.

De gezamenlijke vakcentrales en de Stichting Loonwijzer merkten in hun reactie op dat het beter zou zijn om de normpremie jaarlijks te baseren op de gemiddelde premie in het voorafgaande kalenderjaar. StiPP heeft in zijn reactie opgemerkt dat de tijdspanne tussen het jaar waarover de normpremie wordt berekend en het jaar waarop de norm ziet (2 jaar), tot ongewenste effecten kan leiden, met name als gedurende die tijdspanne sprake zou zijn van een wijziging van de pensioenrichtleeftijd of een stelselwijziging.

De regering acht het wenselijk dat de normpremie wordt vastgesteld op basis van statistische data over werkgeverspremies en over het pensioengevend loon. Om payrollwerkgevers tijdig duidelijkheid te bieden, wordt de normpremie jaarlijks vóór 1 november vastgesteld voor het daaropvolgende kalenderjaar. Het is zodoende onvermijdelijk dat de normpremie wordt gebaseerd op de gemiddelde werkgeverspremie in een eerder kalenderjaar. De regering onderschrijft dat wenselijk kan zijn om latere ontwikkelingen die relevant zijn voor de hoogte van pensioenpremies in de normpremie te verwerken. De normpremie wordt daarom voor dergelijke ontwikkelingen gecorrigeerd. Deze correctie vindt plaats aan de hand van de geraamde ontwikkeling van de pensioenpremies in de Macro-economische verkenningen van het CPB. Met deze correctie worden de door StiPP bedoelde ongewenste effecten voorkomen.

Daarnaast zijn er vragen gesteld over de wijze van berekening van de looncompensatie indien er sprake is van een fiscaal maximale pensioenregeling, maar de werkgeverspremie daarvoor minder bedraagt dan de normpremie (2019: 13,7% van de pensioengrondslagsom). In dat geval dient het verschil tussen de normpremie en de feitelijke premie evenredig als loon te worden verstrekt. Over de berekening en de betaling van deze looncompensatie zijn vragen gesteld. In het ontwerpbesluit en in de toelichting is verduidelijkt dat de looncompensatie eenmaal per jaar wordt vastgesteld aan de hand van het premieverschil. Dit geldt ook voor payrollbedrijven die per tijdvak wisselende lonen betalen. De looncompensatie wordt niet meegenomen bij de uniforme pensioengrondslag voor de normpremie. Aan cao-partijen wordt de mogelijkheid geboden om bij cao een andere bestemming dan loon te bepalen voor de compensatie. Een voorbeeld hiervoor is een bijdrage aan een scholingsfonds. Over deze bijdragen zijn geen werkgeverslasten verschuldigd.

Cao-partijen kunnen hiermee voorkomen dat de kosten van een payrollbedrijf als gevolg van de looncompensatie meer bedragen dan de normpremie. Deze wijzigingen zijn ook ter sprake gekomen in de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans in de Eerste Kamer.[19]

Tot slot, de Stichting Loonwijzer heeft geadviseerd om de uitvoering en naleving van dit besluit te monitoren en na verloop van tijd te evalueren. De regering neemt dit advies ter harte. Net als de Wet arbeidsmarkt in balans zal ook dit onderliggende besluit worden geëvalueerd. Ook blijft de minister van SZW natuurlijk alert op signalen uit de samenleving.

6.4 Regeldruk

De administratieve lasten en kennisnemingskosten vormen de kosten die samenhangen met regeldruk. Het kabinet streeft ernaar de regeldruk voor burgers, bedrijven en professionals terug te dringen. Het onderhavige besluit heeft met name gevolgen voor de regeldruk bij payrollwerkgevers en in beperkte mate voor payrollkrachten.

Voor een deel van de payrollwerkgevers heeft het besluit invloed op de regeldruk. Zij zullen eenmalig kennis moeten nemen van de nieuwe regels. Dergelijke kennisnemingskosten kunnen echter samengenomen worden met de kennisnemingskosten die de payrollwerkgevers maken met betrekking tot de Wet arbeidsmarkt in balans.

Voor een deel van de payrollwerkgevers treedt er geen wijziging in de praktijk op. Dit is het geval bij payrollwerkgevers die reeds zijn aangesloten bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener. Deze groep voldoet immers al aan het voorschrift uit de Waadi. Indien een payrollwerkgever niet is aangesloten bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener zal de payrollwerkgever moeten bezien of zijn huidige basispensioenregeling voldoet aan de voornoemde eisen en deze moeten aanpassen indien dat niet het geval is. Dit kan ook gevolgen hebben voor pensioenuitvoerders. Er is een inschatting gemaakt van de gevolgen die dit heeft voor payrollwerkgevers en payrollkrachten. Er is gepoogd de kosten van deze administratieve lasten zo veel mogelijk te verkleinen, door het mogelijk te maken dat een payrollwerkgever één uniforme regeling kan treffen voor al zijn payrollkrachten. Uitgaande van ongeveer 3200 payrollwerkgevers[20], zullen de incidentele kosten maximaal 3,29 mln betreffen. Aanname hierbij is dat dit lager zal zijn, aangezien niet alle payrollwerkgevers hun regeling hoeven aan te passen, omdat zij al bij de basispensioenregeling van de inlener zijn aangesloten. De incidentele kennisnemingskosten voor payrollkrachten zijn geraamd op 0,2 mln.

[19] Kamerstukken II, 2018/19, 2018–2019, 35 074, F, p. 16.
[20] Kamerstukken II 2018/19, 35000, XV, nr. 11.

II Artikelsgewijs

Artikel I

In artikel 8a, zesde lid, Waadi is vastgelegd dat er – naast in de situaties genoemd in artikel 8a, vijfde lid, Waadi – sprake is van een adequate pensioenregeling indien voor de payrollkracht een basispensioenregeling geldt die voldoet aan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde eisen omtrent in ieder geval de wachttijd of drempelperiode, de hoogte van de werkgeversbijdrage en de soorten pensioen. Deze eisen zijn vastgelegd in artikel 1:1a Baadi.

Op grond van het eerste lid is vereist dat de basispensioenregeling ten aanzien van de individuele arbeidskracht ten minste voorziet in een ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen (onderdeel a) en er geen wachttijd of drempelperiode wordt gehanteerd (onderdeel b). Zoals in het algemene deel van deze toelichting is aangegeven, is het mogelijk om in de regeling aanvullende risico's, zoals het arbeidsongeschiktheidsrisico, te dekken. Daarnaast wordt er een eis gesteld aan de hoogte van de (collectieve) werkgeverspremie die in het kader van de basispensioenregeling wordt afgedragen (onderdeel c). De werkgeverspremie moet ten minste een bepaald percentage bedragen van de som van de pensioengrondslag van alle arbeidskrachten die door de onderneming in het kader van payrolling ter beschikking worden gesteld en die op grond van artikel 8a, vierde lid, Waadi recht hebben op een adequate pensioenregeling. Benadrukt zij dat het hier gaat om de werkgeverspremie die moet worden afgedragen ten behoeve van het *totaal* aan arbeidskrachten die door de onderneming in het kader van payrolling ter beschikking worden gesteld en die recht hebben op een adequate pensioenregeling. Het betreft hier geen verplicht individueel opbouwpercentage.

Het percentage van 13,7% voor de (collectieve) werkgeverspremie zoals opgenomen in het eerste lid, onderdeel c, is gebaseerd op cijfers over de gemiddelde werkgeverspremie die wordt afgedragen in het kader van alle Nederlandse basispensioenregelingen uit 2017 en gecorrigeerd op basis van de ramingen van de MEV. Dit gemiddelde is aan verandering onderhevig. Aan de hand van cijfers van DNB wordt gemonitord hoe dit gemiddelde zich ontwikkelt. Het percentage wordt op grond van het vierde lid jaarlijks bij ministeriële regeling aangepast en vóór 1 november gepubliceerd.

In het tweede lid is vastgelegd van welke gegevens moet worden uitgegaan voor het vaststellen van de (som van de) pensioengrondslag. De pensioengrondslag is het resultaat van het loon van de payrollkracht minus een franchise.
Zoals in hoofdstuk 3 van het algemeen deel van deze nota van toelichting is vermeld, is voor de vaststelling van de hoogte van het loon aangesloten bij het maximale pensioengevend loon binnen de begrenzingen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964, met uitzondering van het loon uit vroegere dienstbetrekking en het loon dat eventueel op grond van het vijfde lid wordt uitbetaald. Hierbij wordt – op grond van het derde lid – geen rekening gehouden met bij of krachtens de

Wet LB 1964 vastgestelde specifieke bepalingen over demotie, ziekte en arbeidsongeschiktheid. De aansluiting bij het loonbegrip uit de Wet LB 1964 brengt met zich dat het loon dat boven het maximale pensioengevend loon uitkomt, niet wordt meegerekend bij de berekening. Bij deeltijddienstbetrekkingen wordt dit bedrag verminderd overeenkomstig de deeltijdfactor. Dit volgt uit artikel 18ga Wet LB 1964.
Daarnaast is in het tweede lid vastgelegd hoe de hoogte van de franchise moet worden vastgesteld. Hierbij wordt uitgegaan van een bedrag ter hoogte van 100/75 maal het bedrag, bedoeld in artikel 18a, zevende lid, onderdeel a, eerste volzin en onderdelen b en c Wet LB 1964 (de 'AOW- inbouw'). Zie voor een nadere toelichting hoofdstuk 3 van het algemeen deel van deze nota van toelichting.

Het vijfde lid voorziet tot slot in regels voor de situatie waarin het voldoen aan de voorwaarde uit het eerste lid, onderdeel c, – het afdragen van de voorgeschreven (collectieve) werkgeverspremie – ertoe leidt dat de basispensioenregeling als 'fiscaal bovenmatig' wordt aangemerkt. Bij of krachtens de hoofdstukken IIB en VIII van de Wet LB 1964 worden grenzen gesteld aan de fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw. Uiteraard moet worden voorkomen dat een payrollwerkgever enkel aan zijn wettelijke verplichting met betrekking tot het voorzien in een adequate pensioenregeling kan voldoen door een fiscaal bovenmatige basispensioenregeling af te sluiten. Met het vierde lid is om die reden een uitzondering op het eerste lid, onderdeel c, geïntroduceerd. Concreet is hierin vastgelegd dat een payrollwerkgever kan volstaan met het afdragen van de maximale werkgeverspremie die is toegestaan om binnen de fiscale begrenzingen te blijven, indien het afdragen van de totale voorgeschreven werkgeverspremie zou leiden tot een fiscaal bovenmatige basispensioenregeling.
Hierdoor valt er een bedrag vrij. De payrollwerkgever is verplicht dit bedrag – oftewel het verschil tussen (a) het bedrag dat zou worden afgedragen als een werkgeverspremie zou worden afgedragen conform het eerste lid, onderdeel c, en (b) de daadwerkelijk betaalde werkgeverspremie om binnen de fiscale begrenzingen te blijven – als loon uit te betalen aan de payrollkrachten voor wie de basispensioenregeling geldt. Het bedrag wordt evenredig verdeeld over de betreffende payrollkrachten. Als alternatief op deze uitbetaling in loon wordt aan cao-partijen de mogelijkheid geboden om bij cao een andere bestemming dan loon te bepalen voor de compensatie, zoals bijvoorbeeld een bijdrage aan een scholingsfonds.

Het is overigens niet de verwachting dat in veel gevallen de verplichting van een (collectieve) werkgeverspremie zoals opgenomen in dit besluit leidt tot een fiscaal bovenmatige basispensioenregeling. Dit kan zich enkel voordoen, indien sprake is van een heel jong personeelsbestand.

Artikel II

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2021.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

Besluit van [[ ]]

tot wijziging van het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding teneinde het mogelijk te maken inzetbaarheidskosten op de transitievergoeding in mindering te brengen indien verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend om een andere functie bij de werkgever uit te oefenen
Op de voordracht van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [[datum]], nr. [[nr invullen]];

Gelet op artikel 673, zesde lid, onderdeel b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [[geen datum invullen]],

HEBBEN GOEDGEVONDEN EN VERSTAAN:

Artikel I

Artikel 3, onderdeel a, van het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding komt te luiden:
a. zijn gemaakt voor activiteiten ter bevordering van de inzetbaarheid van de werknemer binnen dan wel buiten de organisatie van de werkgever, tenzij:
1°. de verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend om de functie die de werknemer ten tijde van de activiteiten verrichte uit te oefenen; of
2°. zij verband houden met re-integratieverplichtingen als bedoeld in artikel 658a, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek dan wel herplaatsing als bedoeld in artikel 669, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek; en.

Artikel II

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2020.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

NOTA VAN TOELICHTING

I. Algemeen

1. Inleiding

Onderhavig besluit wijzigt het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding (hierna: het Besluit). De wijziging maakt het mogelijk om kosten die de werkgever heeft gemaakt voor activiteiten ter bevordering van kennis en vaardigheden in mindering te brengen op de transitievergoeding, indien de werknemer die kennis en vaardigheden heeft gebruikt om een andere functie bij de werkgever uit te oefenen. Hierdoor worden werkgevers meer gestimuleerd om tijdens het dienstverband te investeren in de bredere inzetbaarheid van werknemers.

De wijziging sluit aan op één van de doelen van de transitievergoeding, namelijk het vergemakkelijken van de overgang naar een andere baan en daarmee het vergroten van de inzetbaarheid van de werknemer. De overige voorwaarden uit het Besluit die gelden voor het in mindering kunnen brengen, blijven onverminderd van toepassing. Voorts is van belang dat kosten die worden gemaakt voor het uitoefenen van de huidige functie van de werknemer niet in mindering kunnen worden gebracht, zoals reeds geldt en blijft gelden.

Het algemeen deel van deze nota van toelichting is als volgt opgebouwd:
- Hoofdstuk 2 beschrijft de aanleiding en doelstellingen van dit besluit.
- Hoofdstuk 3 omvat de hoofdlijnen van dit besluit.
- Hoofdstuk 4 gaat in op de financiële gevolgen van dit besluit en de gevolgen voor de regeldruk.
- Hoofdstuk 5 gaat in op de internetconsultatie die heeft plaatsgevonden en de wijze waarop dit is verwerkt in dit besluit.

Tot slot wordt artikelsgewijs een toelichting gegeven.

2. Aanleiding en doelstellingen

2.1 Aanleiding
Een arbeidsmarkt in balans biedt zekerheid en kansen aan iedereen. Om dat te bereiken is het noodzakelijk dat werknemers zich blijven ontwikkelen ter bevordering van de bredere inzetbaarheid. Door ontwikkelingen als digitalisering, robotisering en globalisering zullen banen veranderen en verdwijnen en komen er andere banen bij. De uit te voeren taken binnen banen veranderen en kunnen complexer worden. Op basis van ervaringen uit het verleden zullen deze ontwikkelingen niet noodzakelijkerwijs een hogere werkloosheid of meer ongelijkheid veroorzaken, maar anticiperen op genoemde veranderingen is wel van belang. Onder meer moet tijdig en blijvend worden geïnvesteerd in scholing en ontwikkeling. Dat voorkomt veroudering van kennis en vaardigheden, waardoor de kans op voortijdig baanverlies afneemt. De snelle technologische ontwikkelingen vergroten de noodzaak dat werkenden voortdurend aan de eigen ontwikkeling werken zodat zij duurzaam aan de arbeidsmarkt kunnen (blijven) deelnemen. Meer investeringen in formele en informele scholing/leven lang ontwikkelen en duurzame inzetbaarheid zijn essentieel. Leven lang ontwikkelen staat daarom hoog op de agenda van het kabinet. Ook sociale partners zetten zich in om een leven lang ontwikkelen en duurzame inzetbaarheid te stimuleren, bijvoorbeeld via cao-afspraken en Opleidings- en Ontwikkelingsfondsen (O&O fondsen).

De transitievergoeding is onder meer bedoeld om behulpzaam te zijn bij de overgang naar een andere baan en daarmee het vergroten van de inzetbaarheid van de werknemer. Dit vergt een bewust daarop gerichte inzet van zowel de werkgever als de werknemer. Dat is niet alleen relevant bij (dreigend) ontslag, maar gedurende de gehele loopbaan. Om te stimuleren dat werkgevers zowel bij (dreigend) ontslag als tijdens het dienstverband investeren in de bredere ontwikkeling en opleiding van werknemers, is het op grond van artikel 7:673, zesde lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) mogelijk om bepaalde kosten in mindering te brengen op de transitievergoeding. Het gaat daarbij zowel om kosten die gemaakt worden bij (dreigend) ontslag en derhalve zien op het zo snel mogelijk vinden van een andere baan, als kosten die tijdens het dienstverband gemaakt worden ter bevordering van de bredere inzetbaarheid van de werknemer bij een andere werkgever. Kosten voor scholing die noodzakelijk is voor de uitoefening van de huidige functie van de werknemer (hierna: functiegerichte scholing) kunnen op grond van het Besluit niet in mindering worden gebracht op de transitievergoeding. De werkgever is verplicht deze kosten te maken op grond van artikel 7:611a BW. Dit is een uitwerking van het beginsel van goed werkgeverschap. Dat scholing en van-werk-naar-werk-trajecten daadwerkelijk kunnen bijdragen aan de transitie naar een nieuwe baan blijkt onder andere uit de evaluatie van experimenten die vielen onder het Tijdelijk besluit van werk naar werk.

Uit onderzoek van het CBS blijkt dat in 2015 85% van de bedrijven cursussen heeft aangeboden aan medewerkers (*Bedrijfsopleidingen 2015*). Dat is een stijging ten opzichte van 2010, toen 79% van de bedrijven in scholing investeerde. Het merendeel van de kosten wordt door werkgevers betaald. Het onderzoek *Bedrijfsopleidingen 2010* laat zien dat in 2010 door bedrijven in totaal € 1,7 miljard werd uitgegeven aan opleidingen van werkenden. Voor een deel vinden deze investeringen via O&O fondsen plaats.

De meeste van deze kosten worden gemaakt voor functiegerichte scholing. Investeringen in de *bredere inzetbaarheid* van de werknemer, dat wil zeggen in een andere functie binnen of buiten de eigen organisatie of sector van de werkgever, maken relatief een klein deel uit van de totale uitgaven aan scholing. De meeste cao's bevatten wel afspraken over bredere inzetbaarheid. In 2015 hebben 68 van de 85 onderzochte cao-fondsen uitgaven gedaan in verband met opleiding en ontwikkeling, gezamenlijk voor een bedrag van circa € 165 mln. Bij 73 van de 85 fondsen zijn een of meer activiteiten aangetroffen die de bredere inzetbaarheid van werknemers kunnen bevorderen. In vergelijking met 2013 is het aantal fondsen dat de diverse (sub-)activiteiten steunt toegenomen, op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat de aandacht voor bredere inzetbaarheid is toegenomen. Wel is helder dat er nog veel ruimte is om de gemaakte cao-afspraken over bredere inzetbaarheid te effectueren met concrete activiteiten.

Dit is aanleiding om maatregelen te treffen waarmee werkgevers en werknemers nog meer gestimuleerd worden om te investeren in brede en duurzame inzetbaarheid. De wijziging van het Besluit voorziet hierin, door te regelen dat de mogelijkheden om inzetbaarheidskosten in mindering te brengen op de transitievergoeding worden verruimd.

2.2 Doelstellingen

Onderhavig wijzigingsbesluit sluit aan op een van de doelen van de transitievergoeding, namelijk het vergemakkelijken van de overgang naar een andere baan en daarmee het vergroten van de inzetbaarheid van de werknemer.

Momenteel is het voor een werkgever mogelijk om kosten voor activiteiten die de inzetbaarheid van de werknemer *buiten* het eigen bedrijf vergroten in mindering te brengen op de transitievergoeding. Kosten voor activiteiten die de inzetbaarheid *binnen* de eigen organisatie van de werkgever vergroten, bijvoorbeeld met het oog op een toekomstige functie bij de werkgever, zijn momenteel niet in mindering te brengen. Daardoor bevat de nu geldende regeling geen prikkel voor werkgevers om hierin te investeren. Het onderhavige besluit brengt daar verandering in. Door ook inzetbaarheidskosten die leiden tot een andere functie bij dezelfde werkgever in mindering te kunnen brengen op de transitievergoeding worden werkgevers gestimuleerd om hierin meer te investeren. Voor de werknemer geldt dat door deze investering zijn inzetbaarheid tijdens en na het dienstverband wordt vergroot.

3. Hoofdlijnen besluit

3.1 Huidig kader

Met de Wet werk en zekerheid (Wwz) zijn wijzigingen doorgevoerd op het terrein van flexibele arbeid, het ontslagrecht en de Werkloosheidswet. Eén van de wijzigingen betreft de invoering van het recht op transitievergoeding (artikel 7:673 BW). In artikel 7:673, zesde lid, BW is bepaald dat onder bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen voorwaarden op de transitievergoeding in mindering kunnen worden gebracht:

a. kosten van maatregelen in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid van de werknemer; en
b. kosten verband houdende met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van de werknemer die tijdens de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt.

Het Besluit voorziet in deze voorwaarden en wordt met onderhavig besluit gewijzigd. De wijziging ziet op kosten die vallen onder onderdeel b. Het gaat daarbij om de zogenoemde inzetbaarheidskosten. Op grond van het Besluit kunnen, als ook aan de overige voorwaarden is voldaan, inzetbaarheidskosten in mindering worden gebracht op de transitievergoeding als zij zijn gemaakt voor activiteiten die tot doel hebben de inzetbaarheid van de werknemer buiten de organisatie van de werkgever te bevorderen (artikel 3, onderdeel a, van het Besluit). Daarbij geldt dat de kennis en vaardigheden niet mogen zijn aangewend om een functie bij de eigen werkgever uit te oefenen.

3.2 Wijziging Besluit

Door de wijziging van artikel 3, onderdeel a, van het Besluit is het niet alleen mogelijk om inzetbaarheidskosten in mindering te brengen op de transitievergoeding wanneer de werkgever deze heeft gemaakt voor activiteiten ter bevordering van de inzetbaarheid van de werknemer buiten de eigen organisatie, maar ook wanneer zij zijn gemaakt ter bevordering van de inzetbaarheid binnen de eigen organisatie. Er gelden echter twee uitzonderingen voor het in mindering brengen van inzetbaarheidskosten ter bevordering van de inzetbaarheid binnen dan wel buiten de eigen organisatie. Allereerst mogen inzetbaarheidskosten niet in mindering worden gebracht wanneer de verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend om de ten tijde van de activiteiten door de werknemer verrichte functie uit te oefenen. Deze voorwaarde geldt reeds. Een van de redenen hiervoor is dat kosten die gemaakt worden in het kader van de eigen functie van de

werknemer niet uitsluitend gericht zijn op het bevorderen van de brede inzetbaarheid van de werknemer, maar met name op de inzetbaarheid in de eigen functie. Een andere reden is dat de werkgever op grond van artikel 7:611a BW al verplicht is om de werknemer in staat te stellen om scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van de eigen functie. Ten tweede mogen inzetbaarheidskosten niet in mindering worden gebracht wanneer zij verband houden met verplichtingen van de werkgever in het kader van re-integratie (eerste dan wel tweede spoor) of herplaatsing van de werknemer. Hoewel betoogd kan worden dat scholing die in het kader van re-integratie of herplaatsing gevolgd wordt ook gericht is op de brede inzetbaarheid van de werknemer buiten de eigen functie, is het niet wenselijk de kosten hiervan af te wentelen op de werknemer. Genoemde kosten vloeien namelijk voort uit wettelijke verplichtingen voor de werkgever (zie de artikelen 7:611a, 7:658a, tweede lid en 7:669, eerste lid, BW).

De overige voorwaarden uit het Besluit blijven onverminderd van toepassing op het in mindering brengen van inzetbaarheidskosten op de transitievergoeding. Zo moet de werknemer onder andere schriftelijk instemmen met het in mindering brengen van de gespecificeerde kosten (artikel 2, eerste lid, onderdeel b, van het Besluit) en moeten de kosten zijn gemaakt in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de dag waarop de transitievergoeding is verschuldigd, tenzij werkgever en werknemer schriftelijk anders zijn overeengekomen (artikel 3, onderdeel b, van het Besluit).

Het is mogelijk dat een werkgever en een werknemer reeds voor de inwerkingtreding van het onderhavige besluit afspreken om, bij een einde van de arbeidsovereenkomst na inwerkingtreding van dit besluit, kosten die de werkgever heeft gemaakt ter bevordering van de inzetbaarheid van de werknemer binnen de eigen organisatie van de werkgever in mindering te brengen op de transitievergoeding (mits aan de voorwaarden van het gewijzigde Besluit wordt voldaan).

3.3 Voorbeelden

Activiteiten gericht op bredere inzetbaarheid van de werknemer, zoals scholing, hebben het doel om het vinden van een nieuwe functie of baan te vergemakkelijken. Daarbij is niet relevant of het gaat om een andere functie binnen de eigen organisatie of een nieuwe baan bij een andere werkgever. Zolang de kosten niet zien op de eigen functie van de werknemer en geen verband houden met re-integratie of herplaatsing, kunnen er binnen de kaders van het Besluit afspraken gemaakt worden over het aftrekken van deze kosten van de transitievergoeding.

In het hiernavolgende wordt een aantal voorbeeldsituaties geschetst waarbij wordt aangegeven of aftrek van de inzetbaarheidskosten gelet op het gewijzigde artikel 3, onderdeel a, van het Besluit mogelijk is. Vanzelfsprekend dient voor aftrek van de inzetbaarheidskosten ook aan de overige voorwaarden van het Besluit te worden voldaan.

- Een werkgever maakt kosten voor een managementopleiding voor een werknemer, die op dat moment geen manager is. Die kosten mogen worden afgetrokken van de transitievergoeding die verschuldigd is als de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit geldt ook als de werknemer na afloop van de opleiding een managementfunctie bij die werkgever gaat uitvoeren en vervolgens wordt ontslagen.
- Een werknemer is floor manager in een warenhuis. De werknemer komt met de werkgever overeen dat hij een HR-opleiding mag gaan volgen. In zijn huidige functie heeft hij geen HR-verantwoordelijkheden. Als op een gegeven moment een collega

van de HR-afdeling langdurig ziek is, vervangt hij deze werknemer voor langere tijd. De scholingskosten mogen van de transitievergoeding afgetrokken worden.
- Een werkgever heeft een supermarktketen met een hoofdkantoor en diverse vestigingen. Op een van de vestigingen werkt een verkoper. In het kader van herplaatsing zijn werkgever en verkoper overeengekomen om de verkoper om te scholen tot medewerker van de servicebalie van het hoofdkantoor. De kosten van de omscholing kunnen in dit geval niet in mindering worden gebracht op de transitievergoeding, omdat de kosten in het kader van herplaatsing zijn gemaakt.
- Een werknemer is werkzaam in de functie van administratief medewerker. Eén van de vele werkzaamheden is het beheren van de agenda van de directeur. De werknemer gaat een opleiding secretarieel en managementondersteuning volgen. Drie jaar later krijgt de werknemer de functie van secretaresse bij deze werkgever. Indien één jaar later ontslag volgt dan kunnen de kosten van de scholing in mindering worden gebracht op de transitievergoeding. Dit ondanks dat de werkzaamheden voor een klein deel reeds onderdeel uitmaakten van de bestaande functie die de werknemer verrichte ten tijde van de opleiding. De gemaakte inzetbaarheidskosten zagen immers op het verrichten van een andere functie binnen de onderneming en hadden niet als doel het (beter) kunnen vervullen van de eigen functie van de werknemer binnen de organisatie.
- Een uitzendkracht wordt in de functie van horecamedewerker ingeleend door een restaurant. Wanneer de werkgever (uitlener) de uitzendkracht gedurende die periode een horecatraining laat volgen dan mogen de kosten van die training niet worden afgetrokken van de transitievergoeding die verschuldigd is wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt. De training dient in dit geval weliswaar ter bevordering van de inzetbaarheid van de uitzendkracht buiten de organisatie van de werkgever, maar de met de training opgedane kennis en vaardigheden worden aangewend voor het uitoefen van de huidige functie van de uitzendkracht (de functie van horecamedewerker). Indien de uitzendkracht op het moment van de horecatraining de functie van aspergesteker vervuld zou hebben dan kunnen de kosten van de horecatraining wel worden afgetrokken van de transitievergoeding. De training heeft dan immers niet tot doel om de eigen functie van de werknemer (beter) te kunnen vervullen.

Het is afhankelijk van de individuele afspraken die werkgever en werknemer hebben gemaakt of de volledige kosten van de opleiding in mindering worden gebracht op de transitievergoeding. Het staat partijen bijvoorbeeld vrij af te spreken dat het deel van de in mindering te brengen kosten afneemt naarmate sprake is van meer tijdsverloop tussen de maatregelen die tegenover de gemaakte kosten staan en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Binnen bestaande wet- en regelgeving is er ruimte voor individueel maatwerk ten aanzien van welke (inzetbaarheids-)kosten wel of niet in mindering gebracht worden op de transitievergoeding.
Het kan voorkomen dat eenzelfde scholingstraject ingezet wordt voor twee verschillende werknemers. Het is mogelijk dat de kosten voor dit traject bij de ene werknemer van de transitievergoeding afgetrokken kunnen worden en bij de andere werknemer niet, bijvoorbeeld omdat laatstgenoemde werknemer het scholingstraject volgt in het kader van re-integratie.

3.4 Relatie met individuele leerrekening / collectieve afspraken
De overheid zorgt voor de noodzakelijke randvoorwaarden om een leven lang ontwikkelen en duurzame inzetbaarheid mogelijk te maken en biedt kaders om werkgevers en werknemers te stimuleren om stappen te zetten op dit terrein. Aandachtspunt daarbij is het creëren van meer mogelijkheden om de werkende zelf

meer regie te geven over zijn eigen ontwikkeling en loopbaan. In het regeerakkoord is daarom afgesproken om individuele leerrekeningen te introduceren. In circa een kwart van de cao's zijn al afspraken gemaakt die de werknemer meer individuele zeggenschap geven over scholing.

Wanneer de werkgever een storting doet op een individuele leerrekening, die vervolgens door de werknemer wordt besteed aan scholing voor zijn bredere inzetbaarheid (dus niet aan functiegerichte scholing), dan kan de werkgever dit bedrag in mindering brengen op de transitievergoeding die hij verschuldigd is bij ontslag van de betreffende werknemer.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat wanneer de werkgever op grond van collectieve afspraken bepaalde transitie- of inzetbaarheidskosten moet maken, hij deze in mindering kan brengen op de transitievergoeding wanneer voldaan is aan de voorwaarden van het besluit. Daarbij geldt dat de werknemer niet hoeft in te stemmen met het in mindering brengen van deze kosten. De werkgever informeert de werknemer wel over de kosten, zodat die laatste weet wat in mindering zal worden gebracht op de transitievergoeding. Dit geldt reeds op basis van artikel 2, tweede lid, van het Besluit. Hier wordt geen verandering in aangebracht.

3.5 Samenloop met artikel 7:673e BW
Artikel 7:673e BW bevat een compensatieregeling waardoor werkgevers die een werknemer wegens langdurige arbeidsongeschiktheid ontslaan compensatie kunnen ontvangen voor de betaalde transitievergoeding. De Wet arbeidsmarkt in balans wijzigt artikel 7:673e BW zodanig dat eveneens compensatie verkregen kan worden voor verstrekte transitievergoedingen in het geval van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming vanwege ziekte of pensionering van de werkgever. Op grond van het tweede lid van artikel 7:673e BW wordt voor het berekenen van de hoogte van de compensatie uitgegaan van het bedrag aan transitievergoeding voor het in mindering brengen van de inzetbaarheidskosten. De met dit besluit verruimde aftrekmogelijkheid wijzigt dit niet. De ratio hierachter is dat de regering wil stimuleren dat werkgevers zorgen voor brede inzetbaarheid van werknemers. Als kosten die wel in mindering gebracht mogen worden vervolgens niet gecompenseerd kunnen worden, zou de werkgever de kosten voor de brede inzetbaarheid van de werknemer alsnog zelf dragen.

4. Gevolgen

4.1 Regeldruk

Inhoudelijke nalevingskosten
Werkgevers die overgaan tot het in mindering brengen van inzetbaarheidskosten op de transitievergoeding, zullen enkele nalevingskosten maken. Deze kosten zullen beperkt zijn omdat zij op grond van het Besluit, met inachtneming van de daar genoemde voorwaarden, al bevoegd waren bepaalde inzetbaarheidskosten af te trekken van de transitievergoeding. Het ligt voor de hand dat zij het systeem dat zij daarvoor in het leven hebben geroepen uitbreiden met de mogelijkheden die deze wijziging met zich meebrengt. De werkgever zal immers bij moeten blijven houden welke inzetbaarheidskosten hij ten behoeve van zijn werknemers maakt. Hij kan nu meer kosten registreren dan voorheen het geval was. Ook blijft gelden dat hij - voordat de kosten worden gemaakt - deze zal moeten specificeren en schriftelijk meedelen aan de werknemer, waarna het aan de werknemer is om al dan niet in te stemmen met de aftrek van de kosten van de (toekomstige) transitievergoeding.

Eenmalige regeldruk
Indien een werkgever voornemens is bepaalde inzetbaarheidskosten in mindering te brengen op de transitievergoeding dan zal de werkgever kennis moeten nemen van het gewijzigde Besluit.
Werknemers zullen ook kennis moeten nemen van het gewijzigde Besluit, aangezien zij schriftelijk instemming moeten verlenen voor het aftrekken van kosten van de transitievergoeding.

4.2 Internetconsultatie

PM

II. Artikelsgewijs

Artikel I

Met artikel I van dit besluit is artikel 3, onderdeel a, zodanig gewijzigd dat inzetbaarheidskosten in mindering kunnen worden gebracht zowel wanneer zij zijn gemaakt ter bevordering van de inzetbaarheid binnen als wanneer zij zijn gemaakt ter bevordering van de inzetbaarheid buiten de organisatie. Hier is op grond van artikel 3, onderdeel a, onder 1° een voorwaarde aan verbonden, namelijk dat de verworven kennis en vaardigheden moeten zijn aangewend om een andere functie uit te gaan oefenen dan de functie die de werknemer bij de werkgever uitoefende ten tijde van de activiteiten. Het is met andere woorden niet mogelijk inzetbaarheidskosten op de transitievergoeding in mindering te brengen waarbij de met een activiteit (bijvoorbeeld een cursus) verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend voor de functie die de werknemer verrichtte ten tijde van die cursus. Opgemerkt zij dat uiteraard niet is uitgesloten dat een werknemer de opgedane kennis en vaardigheden op enigerlei wijze zal benutten in zijn huidige functie. Dat betekent niet dat deze kosten daardoor niet meer in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding. Zolang de activiteiten niet tot doel hebben dat de huidige functie van de werknemer (beter) vervuld kan worden, kunnen de inzetbaarheidskosten in mindering worden gebracht.
Artikel 3, onderdeel a, onder 2°, bepaalt voorts dat inzetbaarheidskosten die zijn gemaakt voor activiteiten ter bevordering van de inzetbaarheid van de werknemer binnen dan wel buiten de organisatie van de werkgever niet in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding indien zij verband houden met re-integratieverplichtingen als bedoeld in artikel 7:658a, tweede lid, BW dan wel herplaatsing als bedoeld in artikel 7:669, eerste lid, BW. Aftrek van de kosten die de werkgever uit hoofde van zijn wettelijke verplichtingen voor re-integratie (in het kader van het eerste en het tweede spoor) en herplaatsing maakt, sluit niet aan bij de eis, bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel b, op grond waarvan de werknemer moet instemmen met het aftrekken van de kosten van de transitievergoeding.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

WIJ WILLEM-ALEXANDER,
BIJ DE GRATIE GODS,
KONING DER NEDERLANDEN,
PRINS VAN ORANJE-NASSAU,
ENZ. ENZ. ENZ.

Ontwerpbesluit van [[ ]]
, houdende wijziging van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding in verband met de invoering van het recht op transitievergoeding vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst
Op de voordracht van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [[Datum openlaten]], nr. [[nr invullen]];

Gelet op artikel 673, tiende lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [niet invullen],

HEBBEN GOEDGEVONDEN EN VERSTAAN:

Artikel I

Artikel 4 van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding komt te luiden:

Artikel 4. Loon bij arbeidsovereenkomst korter dan een maand
Indien de duur van de arbeidsovereenkomst korter was dan een maand, wordt, in afwijking van de artikelen 2 en 3, voor de toepassing van artikel 673, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek onder loon verstaan: het bedrag aan bruto loon en looncomponenten als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onderdelen a, b en c, dat voor de duur van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer verschuldigd was.

Artikel II

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2020.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

NOTA VAN TOELICHTING

Paragraaf 1. Inleiding

Met de Wet arbeidsmarkt in balans (hierna: Wab) zijn enkele wijzigingen aangebracht met betrekking tot het recht op en de berekening van de transitievergoeding. Geregeld is dat het recht op transitievergoeding ontstaat vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst in plaats van op het moment dat een arbeidsovereenkomst 24 maanden heeft geduurd. Dit betekent dat ook bij arbeidsovereenkomsten met een hele korte looptijd, die beëindigd worden op initiatief van de werkgever, een transitievergoeding verschuldigd is. De aanpassing heeft gevolgen voor het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (hierna: het Besluit), waarin is opgenomen op welke wijze het loon voor de transitievergoeding berekend moet worden. In het Besluit wordt uitgegaan van een overeengekomen arbeidsduur per maand. Als er geen arbeidsduur per maand is overeengekomen, wordt een gemiddelde arbeidsduur per maand berekend. Dit berekenen van een gemiddelde arbeidsduur per maand was tot aan de inwerkingtreding van de wijziging in de Wab goed mogelijk, omdat er altijd meer dan twee jaar gewerkt was voordat transitievergoeding verschuldigd was. Door de wijziging van de Wab moet de transitievergoeding en daarmee het loon per maand ook voor zeer korte contracten berekend kunnen worden. De onderhavige aanpassing van het Besluit ziet erop dat ook in deze gevallen een loon per maand vastgesteld kan worden. Voor het overige blijft het Besluit ongewijzigd.
De onderhavige wijziging van het Besluit treedt, evenals genoemd onderdeel van de Wab, in werking met ingang van 1 januari 2020.
In deze nota van toelichting zal eerst de huidige berekening van het loon per maand uiteengezet worden. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de wijziging van het Besluit. Daarna worden overwogen alternatieven beschreven. Ten slotte wordt ingegaan op de verhouding tussen de wijziging van het Besluit en de aanzegtermijn en de regeling die krachtens het Besluit is getroffen.

Paragraaf 2. Wijziging Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding

2.1 Huidige berekening van het loon voor de transitievergoeding
Bij het eindigen of niet voortzetten van een arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is op grond van artikel 7:673 BW een transitievergoeding verschuldigd. Deze vergoeding bedraagt een derde van het loon per maand per dienstjaar en een evenredig deel daarvan voor een periode dat de arbeidsovereenkomst korter dan een jaar heeft geduurd. Op grond van artikel 7:673, tiende lid, BW, wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaald wat bij de berekening van de transitievergoeding moet worden verstaan onder loon. Het Besluit ziet daar op. Voor de berekening van de transitievergoeding moeten drie stappen genomen worden. Allereerst moet het bruto maandsalaris langs de lijnen van het Besluit worden berekend. Vervolgens moeten daar de looncomponenten uit het Besluit en de Regeling looncomponenten en arbeidsduur (hierna: de Regeling) aan toegerekend worden. Het bedrag aan loon dat hieruit komt, dient als basis voor de berekening van de transitievergoeding.
De berekening van de hoogte van het loon voor het berekenen van de transitievergoeding vindt op grond van artikel 2 van het Besluit plaats aan de hand van het volgende uitgangspunt:

Bruto uurloon x (gemiddelde) arbeidsduur per maand

Dit uitgangspunt houdt in dat berekend wordt wat het loon is voor het berekenen van de transitievergoeding, uitgedrukt in maanden. Dit uitgangspunt wijzigt niet met dit besluit. Uit artikel 2 van het Besluit blijkt dat voor de arbeidsduur wordt uitgegaan van de overeengekomen arbeidsduur per maand. In de gevallen dat geen of een wisselende arbeidsduur is overeengekomen, wordt er een gemiddelde arbeidsduur per maand berekend, aan de hand van de gewerkte uren gedurende het laatste jaar, gedeeld door 12 (of een getal naar rato als de arbeidsovereenkomst minder dan een jaar heeft geduurd). Als de arbeidsovereenkomst korter dan een maand heeft geduurd, kan men niet spreken van een 'arbeidsduur per maand'. Ook een gemiddelde arbeidsduur per maand is niet te berekenen volgens het huidige Besluit. Daarom wordt het Besluit aangevuld met een bepaling waarin geregeld wordt hoe de arbeidsduur per maand wordt vastgesteld voor arbeidsovereenkomsten die korter dan een maand hebben geduurd.

2.2 Wijziging van het Besluit

Zoals in de inleiding al kort is uiteengezet, is de berekening van de transitievergoeding met de inwerkingtreding de desbetreffende onderdelen van de Wab op twee punten gewijzigd. Allereerst was de transitievergoeding voor inwerkingtreding van de Wab pas verschuldigd na een referteperiode van twee jaar. Deze referteperiode is komen te vervallen, waardoor de transitievergoeding vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst verschuldigd is. Daarnaast werd voor de inwerkingtreding van de Wab de transitievergoeding berekend per gewerkt half jaar. Ook deze afronding is met de inwerkingtreding van de Wab komen te vervallen. Deze wijzigingen hebben tot gevolg dat er vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding verschuldigd is. De consequentie hiervan is dat ook werknemers met een arbeidsovereenkomst met een duur van minder dan een maand transitievergoeding ontvangen.

Zoals in paragraaf 2.1 is aangegeven, wordt voor de berekening van het loon uitgegaan van de (gemiddelde) arbeidsduur per maand. Over een arbeidsovereenkomst die minder dan een maand heeft geduurd kan geen gemiddelde arbeidsduur per maand berekend worden. Het Besluit wordt daarom op dit punt aangevuld met de berekening van de arbeidsduur per maand bij een arbeidsovereenkomst met een duur van minder dan een maand.

Met de wijziging is geregeld dat indien de duur van de arbeidsovereenkomst korter dan een maand is, als loon per maand wordt beschouwd het totale bedrag aan bruto loon en looncomponenten dat gedurende de hele arbeidsovereenkomst verschuldigd was. Dit betekent dat geen ingewikkelde berekeningen gemaakt dienen te worden.

In de Regeling looncomponenten is bepaald wat verstaan moet worden onder de verschillende looncomponenten. Dit is ook relevant voor de berekening van het loon per maand bij arbeidsovereenkomsten die korter dan een maand geduurd hebben. Dit betekent dat, als looncomponenten als vakantietoeslag en een vaste eindejaarsuitkering verschuldigd waren, deze meegenomen moeten worden in de berekening van het loon per maand. Aangezien de werkgever deze componenten (indien van toepassing op de arbeidsovereenkomst van minder dan een maand) in de eindafrekening van het loon mee zal nemen, vereist ook het toerekenen van deze looncomponenten geen ingewikkelde extra berekening om te komen tot het loon per maand voor de berekening van de transitievergoeding.

2.3 Rekenvoorbeelden berekening loon volgens het gewijzigde Besluit

Hieronder wordt met een voorbeeld uiteengezet hoe op grond van het gewijzigde Besluit de berekening van het loon voor arbeidsovereenkomsten met een duur van minder dan een maand plaatsvindt. In het rekenvoorbeeld wordt een situatie geschetst van een werknemer die een aantal dagen als invalkracht werkzaam is.

Rekenvoorbeeld – loon per maand bij dienstverband korter dan een maand

Een uitzendkracht werkt 3 dagen van 8 uur als invaller, 24 uur in totaal. Na deze invalklus wordt het contract tussen de uitzendkracht en de uitzendwerkgever opgezegd. De werknemer heeft een bruto uurloon van €20. De vakantietoeslag van 8% wordt in de eindafrekening meegenomen.

Het bruto loon bedraagt 24 x 20 = € 480. Daarbovenop komt €38,40 vakantietoeslag. Het bedrag aan brutoloon en looncomponenten dat de werkgever tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer verschuldigd was is: €518,40.

Dit bedrag is het bedrag dat gehanteerd wordt als 'loon per maand' in de berekening van de transitievergoeding.

Bovenstaand rekenvoorbeeld geeft aan hoe het loon per maand berekend wordt in geval van een arbeidsovereenkomst van minder dan een maand.
Het volgende rekenvoorbeeld laat zien hoe men na het vaststellen van het loon per maand tot een transitievergoeding komt, met gebruikmaking van de formule uit de toelichting bij de Wab.

Rekenvoorbeeld – transitievergoeding bij dienstverband korter dan een maand

Het loon per maand is vastgesteld op € 518,40.

De formule voor de transitievergoeding is:

(bruto salaris/loon per maand) x ((1/3 loon per maand) /12)

Het bruto salaris is het feitelijke bruto loon dat is ontvangen over het laatste jaar van de arbeidsovereenkomst. In casu is het bruto salaris gelijk aan het loon per maand, omdat de werknemer minder dan een maand heeft gewerkt.

De hoogte van de transitievergoeding is:

(518,40/518,40) x ((1/3 x 518,40)/12)
1 x (172,80 /12) = **€ 14,40**

Indien een arbeidsovereenkomst minder dan een maand duurt omdat de werknemer tijdens zijn proeftijd is ontslagen, wordt voor de berekening van het loon per maand uitgegaan van het feitelijke bedrag aan loon gedurende de hele proeftijd. Dit wordt geïllustreerd met een voorbeeld.

Rekenvoorbeeld – transitievergoeding bij ontslag tijdens proeftijd

Een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is een bruto maandsalaris van €3.000 overeengekomen (inclusief vakantiegeld e.d.). De werknemer wordt na twee weken gedurende zijn proeftijd ontslagen. Het bruto loon van de werknemer gedurende de hele proeftijd bedroeg €1.500 (inclusief vakantiegeld).
Het loon per maand van de werknemer is het feitelijke bruto loon gedurende de hele proeftijd: €1.500.

De transitievergoeding wordt als volgt berekend:

(bruto salaris/loon per maand) x ((1/3 loon per maand) /12)

De hoogte van de transitievergoeding is:

(1500/1500) x ((1/3 x 1500)/12)
1 x (500 /12) = **€ 41,67**

Voor hulp bij de berekening van de transitievergoeding is via de website www.rijksoverheid.nl een online rekentool transitievergoeding beschikbaar.

2.4 Overwogen alternatieven
Zoals hiervoor aangegeven is gekozen voor het werken met het verschuldigde loon over de hele arbeidsovereenkomst voor de berekening van de transitievergoeding bij contracten met een duur van minder dan een maand. Bij de keuze voor de wijze van berekening van het loon voor contracten van minder dan een maand, was bepalend dat dit eenvoudig en snel zou moeten kunnen. Het is niet de bedoeling dat de werkgever lange tijd bezig is om de hoogte van de transitievergoeding te berekenen. Zeker in geval van korte contracten is eenvoud gewenst.
In het huidige Besluit wordt voor berekeningen van het bruto maandsalaris gebruik gemaakt van de gemiddelde arbeidsduur, en daarmee van een gemiddeld bruto maandsalaris, als geen arbeidsduur overeengekomen is. Dit gemiddelde bruto maandsalaris wordt berekend door het jaarsalaris te delen door 12 of een getal naar rato indien de arbeidsovereenkomst korter duurde dan 12 maanden. Deze aanpak zou ook gekozen kunnen worden voor de berekening van het loon in gevallen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst van minder dan een maand. Om deze berekening te kunnen uitvoeren, zou een aantal werkdagen per jaar vastgesteld moeten worden en zou bepaald moeten worden hoe een dagloon berekend kan worden. Dit sluit onvoldoende aan bij de verschillende werkwijzen die in verschillende sectoren bestaan.
De regeling moet zo algemeen mogelijk zijn en moet in de verschillende sectoren toepasbaar zijn. Omwille van de eenvoud en duidelijkheid en de beperking van administratieve lasten voor werkgevers, is er daarom voor gekozen het bruto verschuldigde loon gedurende de hele arbeidsovereenkomst voor contracten met een duur van minder dan een maand te zien als loon, zonder gebruik te maken van omrekeningen naar jaarsalaris of gemiddeld bruto maandsalaris. Voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding heeft deze keuze geen gevolgen, omdat gerekend wordt met een evenredig deel van een derde van het loon per maand in de situatie dat de arbeidsovereenkomst korter dan een jaar heeft geduurd. Dit kan door gebruik te maken van de formule die is opgenomen in de memorie van toelichting bij de Wab. Deze formule bevat een correctie voor het feit dat slechts een deel van de maand gewerkt is

en geeft hetzelfde bedrag aan transitievergoeding, of nu gebruik gemaakt wordt van de loonkosten die de werkgever over de hele duur van de arbeidsovereenkomst heeft gemaakt (zoals opgenomen in het gewijzigde Besluit) of dat een omrekening naar bruto salaris plaatsvindt zoals in deze alinea beschreven.

2.5 Verhouding tot vergoeding aanzegtermijn
Het Besluit ziet niet alleen op de vaststelling van het loon voor de berekening van de transitievergoeding, maar ook op de berekening van de hoogte van de vergoeding die de werkgever aan de werknemer moet betalen bij het niet of niet tijdig aanzeggen (artikel 7:668 BW). De wijziging die in het Besluit wordt aangebracht raakt niet aan de berekening van het loon voor deze vergoeding. De wijziging ziet namelijk op contracten van minder dan een maand. De werkgever heeft pas een aanzegplicht bij een arbeidsovereenkomst die 6 maanden of langer heeft geduurd. Bij een arbeidsovereenkomst van minder dan een maand is er geen sprake van een aanzegtermijn.

2.6 Verhouding tot de Regeling looncomponenten en arbeidsduur
In de Regeling is opgenomen welke vaste en variabele looncomponenten meegenomen moeten worden bij het berekenen van het loon voor de transitievergoeding. De Regeling hoeft niet te worden aangepast naar aanleiding van de veranderde berekenmethode van de transitievergoeding. In de Regeling is namelijk alleen opgenomen welke componenten meegenomen worden bij de berekening, niet hoe de berekening van de componenten plaatsvindt. Deze berekening is opgenomen in het Besluit.

2.7. Internetconsultatie
PM

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

WIJ WILLEM-ALEXANDER,
BIJ DE GRATIE GODS,
KONING DER NEDERLANDEN,
PRINS VAN ORANJE-NASSAU,
ENZ. ENZ. ENZ.

Ontwerpbesluit van
, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming vanwege pensionering of ziekte of gebreken van de werkgever (Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming)
Op de voordracht van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [[Datum openlaten]], nr. [[nr invullen]];

Gelet op artikel 673e, eerste lid, onderdeel b, en vierde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [niet invullen],

HEBBEN GOEDGEVONDEN EN VERSTAAN:

Artikel 1. Begripsbepalingen

In dit besluit wordt verstaan onder:

compensatie: vergoeding als bedoeld in artikel 673e, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

compensatieaanvraag: verzoek van de werkgever tot verstrekking van de compensatie;

compensatie vanwege pensionering: vergoeding als bedoeld in artikel 673e, eerste lid, aanhef en onderdeel b, onder 1°, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

compensatie vanwege ziekte of gebreken: vergoeding als bedoeld in artikel 673e, eerste lid, aanhef en onderdeel b, onder 2°, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

directeur-grootaandeelhouder: hetgeen daaronder wordt verstaan krachtens artikel 6, vierde lid, van de Werkloosheidswet, artikel 3:17, tweede lid, van de Wet arbeid en zorg, artikel 6, vijfde lid, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en artikel 6, vijfde lid, van de Ziektewet;

pensionering: bereiken of bereikt hebben van de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd;

werkgever, werknemer en arbeidsovereenkomst: hetgeen daaronder wordt verstaan in artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 2. Vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming

Van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, bedoeld in artikel 673e, eerste lid, onderdeel b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is sprake, zodra voor ten minste één werknemer toestemming als bedoeld in artikel 671a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen vanwege het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek dan wel, zodra de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van ten minste één werknemer vanwege genoemde reden heeft ontbonden op grond van artikel 671b, eerste lid, onderdeel b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 3. Aantal werknemers

1. De werkgever komt slechts in aanmerking voor compensatie indien hij op 1 januari van het kalenderjaar waarin het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2, is ingediend, minder dan 25 werknemers in dienst had in de onderneming. Indien de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt het aantal van 25 werknemers, bedoeld in de vorige zin, bepaald op het niveau van de verschillende ondernemingen tezamen.
2. Indien de onderneming toebehoort aan een vennootschap onder firma, een commanditaire vennootschap of een maatschap, komt de werkgever in afwijking van het eerste lid slechts in aanmerking voor compensatie, indien op het niveau van de onderneming minder dan 25 werknemers in dienst waren op 1 januari van het kalenderjaar waarin het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2, is ingediend. Indien de onderneming deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt het aantal van 25 werknemers, bedoeld in de vorige zin, bepaald op het niveau van de verschillende ondernemingen tezamen.

Artikel 4. Pensionering van de werkgever

Er is sprake van pensionering van de werkgever als bedoeld in artikel 673e, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek indien:
a. op het moment van het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2:
1°. de onderneming ten minste twee jaar aan dezelfde natuurlijke persoon toebehoorde;
2°. de onderneming toebehoorde aan een vennootschap onder firma, een commanditaire vennootschap of een maatschap en dezelfde natuurlijke persoon ten minste twee jaar vennoot, niet zijnde commanditaire vennoot, of maat was; of
3°. dezelfde natuurlijke persoon ten minste twee jaar directeur-grootaandeelhouder van de onderneming was; en
b. die persoon de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt of zal bereiken binnen zes maanden na indiening van dat verzoek.

Artikel 5. Ziekte of gebreken van de werkgever

Er is sprake van ziekte of gebreken van de werkgever als bedoeld in artikel 673e, eerste lid, onderdeel b, onder 2°, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek indien:
a. op het moment van het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding,

bedoeld in artikel 2:
1°. de onderneming ten minste twee jaar aan dezelfde natuurlijke persoon toebehoorde;
2°. de onderneming toebehoorde aan een vennootschap onder firma, een commanditaire vennootschap of een maatschap en dezelfde natuurlijke persoon ten minste twee jaar vennoot, niet zijnde commanditaire vennoot, of maat was; of
3°. dezelfde natuurlijke persoon ten minste twee jaar directeur-grootaandeelhouder van de onderneming was; en
b. vanwege ziekte of gebreken van die persoon niet verwacht kan worden dat die persoon zijn werkzaamheden redelijkerwijs kan of, indien de werkzaamheden van de onderneming reeds beëindigd zijn, had kunnen voortzetten binnen zes maanden nadat een bedrijfsarts als bedoeld in artikel 14 van de Arbeidsomstandighedenwet hierover geadviseerd heeft.

Artikel 6. Vergoedingen die gecompenseerd kunnen worden

Compensatie kan worden verstrekt voor vergoedingen die de werkgever verschuldigd was:
a. in verband met het eindigen van arbeidsovereenkomsten in de zes maanden voorafgaand aan het verzoek om de toestemming of de ontbinding, bedoeld in artikel 2;
b. in verband met het eindigen van arbeidsovereenkomsten in de negen maanden na de verleende toestemming of inwilliging van het verzoek om ontbinding, bedoeld in artikel 2.

Artikel 7. Uitzondering op de compensatie vanwege pensionering

Compensatie vanwege pensionering wordt niet verstrekt indien in verband met de pensionering van de desbetreffende persoon, bedoeld in artikel 4, onderdeel a, reeds compensatie is verstrekt in het kader van de beëindiging van de werkzaamheden van een andere onderneming, tenzij het verzoek om de toestemming of de ontbinding, bedoeld in artikel 2, wordt ingediend binnen negen maanden nadat het verzoek om de toestemming of de ontbinding, bedoeld in artikel 2, in het kader van de beëindiging van de werkzaamheden van die andere onderneming, is ingediend.

Artikel 8. Overlijden van de persoon, bedoeld in artikel 4, onderdeel a, of artikel 5, onderdeel a

1. In geval van overlijden van de persoon, bedoeld in artikel 4, onderdeel a, komt de werkgever slechts in aanmerking voor compensatie vanwege pensionering indien de compensatieaanvraag voor het moment van overlijden is ingediend.
2. In geval van overlijden van de persoon, bedoeld in artikel 5, onderdeel a, komt de werkgever slechts in aanmerking voor compensatie vanwege ziekte of gebreken indien de compensatieaanvraag voor het moment van overlijden is ingediend.

Artikel 9. Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2021.

Artikel 10. Citeertitel

Dit besluit wordt aangehaald als: Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het

Staatsblad zal worden geplaatst.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

NOTA VAN TOELICHTING

I. Algemeen

Algemeen deel

Hoofdstuk 1. Inleiding

De Wet arbeidsmarkt in balans (hierna: Wab) treft maatregelen met betrekking tot het ontslagrecht en de wetgeving op het terrein van de flexibele arbeid om daarmee het verstoorde evenwicht op de arbeidsmarkt te herstellen. De regering wil bewerkstelligen dat werkgevers een bewuste keuze maken voor flexibele contracten wanneer dit past bij de behoeften van werkgevers en werknemers en de aard van het werk. Tevens wil de regering bewerkstelligen dat het aangaan van vaste contracten voor werkgevers aantrekkelijker wordt. Een van de maatregelen waarmee wordt beoogd om (vast) werkgeverschap aantrekkelijker te maken is door het aanbrengen van meer balans in de transitievergoeding. Teneinde het verschil in ontslagkosten tussen flexibele en vaste contracten te verkleinen, regelt de Wab dat vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst recht op transitievergoeding ontstaat. Voorts wil de regering enkele 'scherpe randen' van de verplichting tot het betalen van een transitievergoeding afhalen. Voorkomen moet worden dat het betalen van een transitievergoeding in bepaalde situaties tot een onevenredig zware belasting voor werkgevers leidt. Om die reden wordt met de Wab de verhoging van de transitievergoeding, nadat de arbeidsovereenkomst tien jaar heeft geduurd, afgeschaft. Daarnaast is geregeld met de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234) dat de werkgever met ingang van 1 april 2020 (zie Stb. 2018, …) gecompenseerd kan worden voor de transitievergoeding die hij verschuldigd is bij ontslag van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer. Het betalen van een transitievergoeding kan echter ook in een aantal andere gevallen leiden tot een onevenredig zware belasting voor werkgevers, namelijk in geval van pensionering of ziekte of gebreken (hierna aangeduid als ziekte) van de werkgever.

Wanneer een werkgever met pensioen gaat of ziek wordt, zal hij in eerste instantie proberen een opvolger te vinden (door het bedrijf over te dragen aan iemand binnen de onderneming of te verkopen). Dit zal dikwijls slagen waardoor de werknemers bij de onderneming werkzaam kunnen blijven. Wanneer het vinden van een opvolger onverhoopt niet lukt en de onderneming wordt beëindigd, heeft dat tot gevolg dat de werkgever alle bij hem in dienst zijnde werknemers moet ontslaan. De werkgever dient dan voor alle werknemers in korte tijd een transitievergoeding te betalen. Het betalen van transitievergoedingen bij bedrijfsbeëindiging wegens pensionering of ziekte van de werkgever kan, met name voor kleine werkgevers, tot ongewenste financiële gevolgen leiden. Van de werkgever kan niet worden verwacht dat hij al vroegtijdig anticipeert op de situatie dat de onderneming niet overgenomen wordt wanneer hij ziek wordt of met pensioen gaat. Daarom regelt de Wab dat de werkgever het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) kan verzoeken om compensatie voor de transitievergoeding die hij heeft betaald bij het eindigen van een arbeidsovereenkomst in verband met de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming wegens pensionering of ziekte. De grondslag voor deze compensatie van transitievergoedingen is geregeld in artikel 7:673e van het Burgerlijk Wetboek (BW). Genoemd artikel bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over deze compensatie. Het onderhavige besluit voorziet in deze nadere uitwerking.

Deze nota van toelichting is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 worden de hoofdlijnen van dit besluit uiteengezet. In hoofdstuk 3 wordt nader ingegaan op de gevolgen van dit besluit. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de financiële gevolgen en de gevolgen voor de regeldruk. Hoofdstuk 4 gaat in op de uitkomsten uit de uitvoeringstoetsen en de wijze waarop dit is verwerkt in dit besluit. Volgens hetzelfde stramien worden de uitkomsten uit de internetconsultatie in hoofdstuk 5 weergegeven. Tot slot wordt artikelsgewijs een toelichting gegeven.

Hoofdstuk 2. Hoofdlijnen van het besluit

2.1 Aanleiding

Met de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) is de transitievergoeding geïntroduceerd in het ontslagrecht. Deze vergoeding kwam in de plaats van de ontslagvergoeding zoals die door de rechter voor 1 juli 2015 in ontbindingsprocedures werd toegekend. Werknemers die voorheen via de UWV-procedure werden ontslagen, hadden in beginsel geen aanspraak op een ontslagvergoeding. Sinds 1 juli 2015 is de werkgever de transitievergoeding verschuldigd aan elke werknemer van wie de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is geëindigd of niet is voortgezet. Dit geldt ongeacht het aantal werknemers dat bij de desbetreffende werkgever in dienst is. De transitievergoeding leidt tot lagere vergoedingen dan de vroegere ontslagvergoeding. Niettemin kan de transitievergoeding duur uitpakken, nu in beginsel iedere werknemer er aanspraak op heeft indien zijn of haar arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is geëindigd of niet is voortgezet.

Bij de invoering van de Wwz is rekening gehouden met de bijzondere positie van het midden- en kleinbedrijf (mkb), in het bijzonder de positie van kleine werkgevers met minder dan 25 werknemers. Er zijn maatregelen genomen om deze werkgevers enige tijd te geven om zich voor te bereiden op het betalen van een eventuele transitievergoeding. Werkgevers met minder dan 25 werknemers zijn uitgezonderd van de hogere transitievergoeding die tot 1 januari 2020 betaald moet worden aan werknemers van 50 jaar en ouder. Daarnaast hoeven werkgevers die minder dan 25 werknemers in dienst hebben en financiële problemen hebben tot 1 januari 2020 de dienstjaren van werknemers voor 1 mei 2013 niet mee te rekenen voor het bepalen van de hoogte van de transitievergoeding indien sprake is van bedrijfseconomisch ontslag. Op deze wijze is er voor kleine werkgevers een overbruggingsperiode gerealiseerd tot 1 januari 2020, zodat zij rekening kunnen zijn gaan houden met het reserveren van financiële middelen om bij het einde van een arbeidsovereenkomst een transitievergoeding te betalen.

Na enkele jaren ervaring met de transitievergoeding is gebleken dat er ‘scherpe randen’ van de verplichting tot het betalen van een transitievergoeding afgehaald kunnen worden. Onder meer de Wab voorziet daarin. Onderhavig besluit vormt een uitwerking van een van de in de Wab opgenomen maatregelen waarmee scherpe randen worden weggehaald, namelijk de compensatie van de transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming vanwege pensionering of ziekte van de werkgever. In het algemeen geldt dat wanneer een werkgever niet langer het ondernemerschap wil voortzetten en een opvolger binnen de onderneming niet voorhanden is noch verkoop van de onderneming mogelijk is, het voortzetten van de onderneming of bedrijfsbeëindiging de enige resterende mogelijkheden zijn. Wanneer het echter voor de werkgever als gevolg van ziekte of ouderdom niet langer mogelijk is om de onderneming

voort te zetten, dan resteert enkel het ontslaan van alle werknemers en het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming. Het verschuldigd zijn van transitievergoedingen aan alle werknemers is een aanzienlijke financiële belasting. Een werkgever zal er op voorhand niet vanuit gaan dat opvolging binnen het bedrijf of verkoop onmogelijk is en hij daardoor hoge kosten aan transitievergoedingen moet betalen. Wanneer het daar toch op uitloopt, zal de financiële belasting relatief groot zijn, met name voor kleine werkgevers. Als gevolg hiervan kan het voorkomen dat een werkgever zijn privévermogen moet aanspreken. Is dat niet mogelijk dan belandt hij in het uiterste geval in staat van faillissement. De regering acht dit onwenselijk en is van mening dat het hiervoor beschreven risico niet onder het gebruikelijke ondernemersrisico kan worden geschaard. Het onderhavige besluit bevat een compensatieregeling waarmee de kleine werkgever kan worden gecompenseerd voor de verstrekte transitievergoedingen. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat werkgevers die als gevolg van ziekte of pensionering de onderneming moeten beëindigen en de werknemers moeten ontslaan het privévermogen moeten aanspreken, terwijl zij als gevolg van ziekte of pensionering naar verwachting al met een inkomstenachteruitgang worden geconfronteerd.

2.2 Voorwaarden voor compensatie

Voor het in aanmerking komen voor compensatie van de verstrekte transitievergoedingen bij het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming als gevolg van ziekte of pensionering van de werkgever geldt een aantal voorwaarden. Zo moet allereerst vaststaan dat sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming.
Daarnaast moet het gaan om een kleine werkgever. Voorts moet de werkgever de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt of moet hij dusdanig ziek zijn dat hij zijn werkzaamheden als werkgever redelijkerwijs niet kan voortzetten. Ten slotte kan een transitievergoeding alleen gecompenseerd worden indien deze verschuldigd was in verband met eindigen van een arbeidsovereenkomst in een bepaalde periode.

In het hiernavolgende wordt nader ingegaan op de afzonderlijke eisen.

2.2.1 Vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming

Voorwaardelijk om voor de compensatie in aanmerking te komen is dat sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Om vast te stellen of aan deze voorwaarde wordt voldaan, wordt aangesloten bij de beoordeling die UWV uitvoert of er een redelijke grond is om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW). Zodra UWV voor ten minste één werknemer van die onderneming toestemming heeft verleend om de arbeidsovereenkomst wegens deze ontslaggrond op te zeggen dan is voldaan aan de voorwaarde. Door hierbij aan te sluiten is aannemelijk dat de onderneming de werkzaamheden heeft beëindigd of in ieder geval op korte termijn zal gaan beëindigen. Een verdere beoordeling van deze voorwaarde na het ontvangen van de aanvraag voor compensatie is dan niet nodig.

De wijze waarop UWV beoordeelt of aan de bedrijfseconomische ontslaggrond is voldaan, wordt beschreven in de door UWV opgestelde Uitvoeringsregels ontslag om

bedrijfseconomische redenen. Deze zijn te raadplegen op de website van UWV. Hieruit blijkt dat UWV voor de beoordeling onder andere de volgende gegevens opvraagt:
- de reden om de werkzaamheden van de onderneming te beëindigen;
- de datum van de (voorgenomen) bedrijfsbeëindiging;
- de bestemming van het bedrijfspand, de activa, het klantenbestand etc. na de bedrijfsbeëindiging.

Zodra UWV voor ten minste één werknemer toestemming heeft verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen en specifiek omdat arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming dan is aan de in deze paragraaf bedoelde voorwaarde voldaan. Dat betekent dat het niet noodzakelijk is dat de onderneming al daadwerkelijk geheel is beëindigd. Om fiscale redenen of bijvoorbeeld omdat er nog pensioengelden in de onderneming zitten, kan er geruime tijd verstrijken tussen het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming en de daadwerkelijke bedrijfsbeëindiging. Zeker bij ziekte (pensionering is redelijk te voorzien) is het niet realistisch dat de onderneming kort na ontstaan van de ziekte geheel beëindigd is.

Het is niet noodzakelijk dat voor alle werknemers de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd met toestemming van UWV wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Voorwaardelijk om in aanmerking te komen voor compensatie van de transitievergoeding is dat er voor ten minste één werknemer toestemming voor opzegging door UWV is verleend. Hiermee wordt voorkomen dat een werkgever zich (onnodig) voor alle werknemers tot UWV (of de rechter) moet wenden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen teneinde voor compensatie van de verstrekte transitievergoeding in aanmerking te komen. De (transitie)vergoedingen die zijn verstrekt in het kader van het eindigen van de arbeidsovereenkomsten van de andere werknemers kunnen gecompenseerd worden indien de arbeidsovereenkomsten van rechtswege zijn geëindigd, door opzegging met schriftelijke instemming van de werknemer, na ontbinding door de rechter of met wederzijds goedvinden.

Het is mogelijk dat UWV weigert om toestemming te verlenen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. In dat geval kan de werkgever naar de rechter om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden. Ook zodra de rechter de arbeidsovereenkomst van ten minste één werknemer wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming heeft ontbonden, voldoet de werkgever aan de voorwaarde zoals hiervoor beschreven.

2.2.2 Kleine werkgever

Het min of meer gelijktijdig betalen van de transitievergoeding aan alle werknemers op het moment dat de onderneming wordt beëindigd, vormt een zware belasting. Met name voor kleine werkgevers kan het betalen van transitievergoedingen bij het beëindigen van de onderneming grote gevolgen hebben. Zeker als deze werkgevers zich door een onvoorziene omstandigheid, zoals het niet kunnen vinden van een opvolger voor de onderneming bij ziekte of pensionering, onvoldoende hebben kunnen voorbereiden. Dikwijls zal het spaargeld of de pensioenvoorziening aangesproken moeten worden om de werknemers de wettelijk verschuldigde transitievergoeding te kunnen betalen. Grotere werkgevers hebben in het algemeen meer financiële mogelijkheden om

reserveringen te maken voor de betaling van transitievergoedingen zonder dat daarbij het privévermogen van de werkgever aangesproken moet worden. Om deze reden wil de regering kleine werkgevers compenseren voor de verstrekte transitievergoedingen in geval van het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming vanwege pensionering of ziekte.

Bij de omschrijving van een kleine werkgever is aangesloten bij wettelijke bepalingen, zoals de tot 1 januari 2020 geldende artikelen 7:673a en 7:673d BW, en artikel 34 van de Wet financiering sociale verzekeringen. Met het onderhavige besluit wordt geregeld dat de werkgever in aanmerking komt voor compensatie vanwege pensionering of ziekte indien hij in de onderneming minder dan 25 werknemers in dienst had op 1 januari van het kalenderjaar waarin het verzoek is ingediend voor de voor de eerste werknemer verkregen toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen (dan wel de voor de eerste werknemer ingewilligde ontbinding) wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Opgemerkt zij dat het voor de berekening van het aantal werknemers niet relevant is of een werknemer in tijdelijke dan wel vaste dienst is. Uitzendkrachten of payrollwerknemers die aan de werkgever van de onderneming (in de hoedanigheid van inlener) ter beschikking zijn gesteld, tellen niet mee voor de berekening van het aantal werknemers. Bij het vaststellen van het aantal werknemers van een eenmanszaak worden alleen de werknemers meegeteld die een arbeidsovereenkomst hebben met de eigenaar (formele werkgever) en werkzaam zijn in de onderneming waarvan de werkzaamheden zijn of worden beëindigd. Ook voor het vaststellen van het aantal werknemers binnen een besloten of naamloze vennootschap (BV of NV) wordt gekeken naar het aantal werknemers dat een arbeidsovereenkomst heeft met de formele werkgever, dat wil zeggen de BV of NV als rechtspersoon, en dat werkzaam is in de onderneming waarvan de werkzaamheden zijn of worden beëindigd. Maakt de BV of NV onderdeel uit van een groep dan wordt gekeken naar het totaal aantal werknemers dat in dienst is bij de werkgevers van de verschillende ondernemingen in de groep. De reden om binnen een groep alle werknemers die in dienst zijn bij de verschillende ondernemingen mee te laten tellen, is dat bij een groep sprake is van een centrale leiding, een organisatorische verbondenheid van rechtspersonen en vennootschappen, en een economische eenheid.

Bij een vennootschap onder firma (vof), commanditaire vennootschap (cv), of maatschap is de natuurlijke persoon (venno(o)t(en) of ma(a)t(en)) met wie de werknemer een arbeidsovereenkomst is aangegaan de werkgever. De werknemers kunnen een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan met één van de vennoten of maten, maar ook met meerdere of alle vennoten of maten. Aangezien dus niet per se alle maten of vennoten gezamenlijk de formele werkgever zijn, is het niet wenselijk om voor het vaststellen van het aantal werknemers aan te sluiten bij de formele werkgever. Zodoende wordt bij een vof, cv, of maatschap naar het aantal werknemers gekeken dat in dienst is binnen de onderneming waarvan de werkzaamheden zijn of worden beëindigd. Evenals bij de BV en NV, geldt ook hier dat, in het geval de vof, cv of maatschap onderdeel uitmaakt van een groep, alle werknemers die in dienst zijn binnen de verschillende ondernemingen van de groep worden meegerekend om vast te stellen of sprake is van een kleine werkgever.

Wanneer UWV bij de beoordeling van de aanvraag constateert dat er 25 of meer werknemers in dienst zijn dan wordt de aanvraag afgewezen. Constateert UWV op een later moment dat de werkgever, al dan niet bewust, onjuiste informatie heeft verstrekt over het aantal werknemers en er 25 of meer werknemers in dienst waren in de

onderneming van de werkgever dan wel binnen de groep, dan wordt de ten onrechte verstrekte compensatie door UWV teruggevorderd.

2.2.3 De werkgever

Bij een eenmanszaak, vof, cv, of maatschap is de natuurlijke persoon (eigenaar, venno(o)t(en) of ma(a)t(en)) met wie de werknemer een arbeidsovereenkomst is aangegaan de werkgever en dus degene die de transitievergoeding verschuldigd is aan de werknemer bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Bij een BV respectievelijk NV is de werkgever geen natuurlijke persoon, maar een rechtspersoon. Een rechtspersoon kan vanzelfsprekend niet ziek worden of met pensioen gaan. Het is echter wel wenselijk om ook de rechtspersoon te compenseren omdat de BV (en ook de NV, alhoewel dat in de praktijk weinig zal voorkomen omdat er in de regel 25 of meer werknemers werkzaam zullen zijn in de NV) beëindigd kan worden wegens ziekte of pensionering van de directeur-grootaandeelhouder (hierna: dga). De dga en de BV zijn weliswaar op zichzelf losstaande entiteiten, maar de verwevenheid van zakelijk en privévermogen is dikwijls groot waardoor de beëindiging van de onderneming niet alleen gevolgen heeft voor het zakelijk vermogen van de dga, maar ook het privévermogen van de dga kan raken. Dit is met name aan de orde als de dga zelf een lening verstrekt aan de BV of dit doet via een geldverstrekker. Bij dat laatste is de dga dikwijls hoofdelijk aansprakelijk voor deze lening. De verwevenheid is het gevolg van de sleutelrol die de dga inneemt in de BV. Wanneer de BV wordt beëindigd vanwege pensionering of ziekte van de dga dan valt de omzet weg. Gevolg van het wegvallen van de omzet is dat dit ook voor het privévermogen van de dga verstrekkende gevolgen kan hebben. Om deze reden kan de BV of NV ook in aanmerking komen voor compensatie als de dga aan de voorwaarde voor ziekte of pensionering voldoet.

Andere rechtspersonen dan de BV en NV, zoals de stichting en de vereniging, komen niet in aanmerking voor de compensatie. De reden is dat de continuïteit van de vereniging of stichting doorgaans niet direct afhankelijk zal zijn van één individueel bestuurslid. Daarnaast zal er in geen of veel mindere mate sprake zijn van een verwevenheid tussen het zakelijk vermogen van de onderneming en het privévermogen van de bestuurder van de stichting of de vereniging.

2.2.4 Pensionering

Aan de voorwaarde voor pensionering is voldaan wanneer de eigenaar van een eenmanszaak, vennoot, maat of dga de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt of gaat bereiken binnen zes maanden nadat dat het verzoek is ingediend voor de voor de eerste werknemer verkregen toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen (dan wel nadat het verzoek is ingediend voor de voor de eerste werknemer ingewilligde ontbinding) wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. De natuurlijke persoon op wie de pensionering betrekking heeft, valt gelet op het voorgaande dus niet in alle gevallen samen met de formele werkgever. Door de werkgever voor compensatie wegens pensionering in aanmerking te laten komen wanneer binnen zes maanden na indiening van het verzoek om de toestemming of de ontbinding de AOW-gerechtigde leeftijd wordt bereikt, wordt de mogelijkheid gegeven om de onderneming ook daadwerkelijk te beëindigen op de dag dat de AOW-gerechtigde leeftijd wordt bereikt.

Wanneer een werkgever compensatie heeft verkregen voor de verstrekte transitievergoedingen wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de

beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming vanwege pensionering, dan wordt ervan uitgegaan dat de gepensioneerde daarmee het einde van diens arbeidsleven heeft bereikt. Wanneer reeds compensatie vanwege pensionering van een bepaalde persoon verstrekt is en diezelfde persoon vervolgens actief blijft of wordt in een andere onderneming, wordt daarom niet nogmaals compensatie verstrekt wanneer op een later moment die andere onderneming vanwege pensionering van diezelfde persoon wordt beëindigd. Dit betekent dat iemand die meerdere ondernemingen tegelijk voert, al dan niet in groepsverband, en één onderneming beëindigt wegens pensionering niet op een later moment nogmaals een geslaagd beroep kan doen op de compensatieregeling als de werkzaamheden in de andere onderneming worden beëindigd wegens diens pensionering. Aangezien niet verondersteld kan worden dat een werkgever exact op hetzelfde moment de werkzaamheden in twee of meerdere onderneming beëindigt, is geregeld dat in het geval van het min of meer gelijktijdig beëindigen van ondernemingen wel voor verschillende ondernemingen compensatie kan worden verstrekt vanwege pensionering van dezelfde persoon. Het besluit bepaalt dat van een dergelijke min of meer gelijktijdige beëindiging sprake is indien er een periode van maximaal negen maanden zit tussen de voor de afzonderlijke ondernemingen ingediende verzoeken om de arbeidsovereenkomst van de eerste werknemer op te zeggen (dan wel te ontbinden) wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming.

Het is goed denkbaar dat er binnen de onderneming meerdere natuurlijke personen actief zijn op wie de pensionering betrekking kan hebben. Bij de vof, cv en de maatschap zal daar altijd sprake van zijn. Ook binnen de BV en NV zal het dikwijls voorkomen dat er meerdere dga's zijn. Aangezien er, zeker binnen kleine ondernemingen, vaak een zekere afhankelijkheid zal bestaan tussen de vennoten, maten of dga's onderling, is het niet wenselijk om te verplichten dat alle vennoten, maten of dga's aan de voorwaarde voor pensionering moeten voldoen. Zodoende is het noodzakelijk dat het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming het gevolg is van ziekte of pensionering van ten minste één van deze personen. Ter illustratie; een echtpaar heeft een man-vrouw firma (vof) en runt een restaurant. De vrouw is gastvrouw en geeft leiding aan de bediening en de man is chef-kok. Daarnaast zijn er 4 werknemers in dienst. De man heeft de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt en kan het fulltime werken in de eigen onderneming niet langer opbrengen. De onderneming kan niet worden verkocht en moet noodgedwongen worden beëindigd doordat er geen financiële middelen zijn voor het in dienst nemen van een nieuwe werknemer in de functie van chef-kok. In dit voorbeeld zijn zowel de man als de vrouw werkgever in de vof. Ondanks het feit dat alleen de man voldoet aan de voorwaarde voor pensionering, kunnen in deze situatie de verstrekte transitievergoedingen gecompenseerd worden.

2.2.5 Ziekte

Hoewel een werkgever niet snel geneigd zal zijn om de bedrijfsactiviteiten te staken en het doorgaans echt als allerlaatste mogelijkheid in overweging zal nemen, is het van belang duidelijke voorwaarden te stellen over wanneer als gevolg van ziekte compensatie van de verstrekte transitievergoedingen ontvangen kan worden. Op die manier kan eventueel misbruik van de compensatieregeling worden voorkomen. Als voorwaarde om in aanmerking te komen voor de compensatie vanwege ziekte geldt dat de eigenaar van een eenmanszaak, vennoot, maat of dga dusdanig ziek moet zijn dat niet te verwachten is dat hij zijn werkzaamheden redelijkerwijs kan of, indien de werkzaamheden van de onderneming reeds beëindigd zijn, had kunnen voortzetten

binnen een periode van zes maanden nadat een bedrijfsarts hierover geadviseerd heeft. De natuurlijke persoon op wie de pensionering betrekking heeft, valt gelet op het voorgaande niet in alle gevallen samen met de formele werkgever. Er is gekozen voor een periode van zes maanden om te voorkomen dat te lichtvaardig wordt overgegaan tot het beëindigen van de onderneming wegens ziekte en het aanvragen van compensatie. Het hanteren van een langere periode dan zes maanden wordt niet wenselijk geacht. Wanneer een eigenaar van een eenmanszaak, vennoot, maat of dga langer dan een half jaar als gevolg van ziekte niet in staat is de werkzaamheden als werkgever uit te voeren en hierdoor de bedrijfsactiviteiten grotendeels zijn stil komen te liggen, zal dat een grote aanslag zijn op de financiële reserves van de werkgever.

De beoordeling of de desbetreffende persoon dusdanig ziek is dat niet verwacht kan worden dat hij zijn werkzaamheden redelijkerwijs kan of had kunnen voortzetten binnen een periode van zes maanden nadat een bedrijfsarts hierover een advies heeft gegeven, vindt plaats door UWV. UWV is vertrouwd met sociaal medische beoordelingen. Hoewel het bij de door UWV reeds uit te voeren beoordelingen gaat om werknemers en het bij dit besluit gaat het om ziekte van de (persoon achter de) werkgever, ligt dit in elkaars verlengde. Hierdoor is een beoordeling van de ziekte van de werkgever door UWV een voor de hand liggende keuze. Wegens de schaarste aan verzekeringsartsen waar UWV momenteel mee geconfronteerd wordt, is het noodzakelijk om de arts van UWV bij de uitoefening van deze nieuwe wettelijke taak zo veel mogelijk te ondersteunen. Om die reden wordt geregeld dat voorafgaand aan de sociaal medische beoordeling door UWV of sprake is van ziekte in de zin van dit compensatiebesluit, er een actueel advies van een bedrijfsarts moet worden gegeven. Dit hoeft overigens niet de bedrijfsarts te zijn waarmee de werkgever een contract heeft ten behoeve van zijn werknemers. De verplichting voor de werkgever om een dergelijk advies te verstrekken bij de compensatieaanvraag en wat onder een actueel advies wordt verstaan, wordt op het niveau van een ministeriële regeling (op grond van artikel 7:673e, zevende lid, BW) geregeld. Gedacht wordt te regelen dat het advies van een bedrijfsarts op het moment van de indiening van de aanvraag voor compensatie maximaal 1 maand oud mag zijn.

In overleg met UWV en deskundigen- en belangenorganisaties op het terrein van arbeids-, bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde wordt bezien hoe objectieve beoordelingscriteria geformuleerd kunnen worden op basis waarvan een bedrijfsarts een advies kan geven over de verwachting dat de persoon al dan niet zijn werkzaamheden redelijkerwijs kan of had kunnen voortzetten. Bij ministeriële regeling wordt geregeld welke onderdelen het stuk van de bedrijfsarts in ieder geval dient te bevatten. In elk geval zal inzichtelijk gemaakt moeten worden wat de voor de bedrijfsvoering kenmerkende taken zijn die de eigenaar van de eenmanszaak, vennoot, maat of dga persoonlijk uitvoert, of, indien de werkzaamheden van de onderneming reeds beëindigd zijn, uitvoerde. Indien een bedrijfsarts dat noodzakelijk acht voor de advisering dan kan deze beschrijving door een gecertificeerde arbeidsdeskundige worden opgesteld. Een bedrijfsarts zal een beschrijving opstellen van de objectief medische belastbaarheid in termen van functionele mogelijkheden en beperkingen. Hij zal voorts een prognose van de functionele mogelijkheden en beperkingen geven. Ten slotte zal hij een concreet advies geven over het al dan niet door de persoon kunnen verrichten van de beschreven kenmerkende taken binnen zes maanden, zonder rekening te houden met eventuele mogelijkheden tot aanpassing van de bedrijfsvoering. Het UWV beoordeelt vervolgens op basis van de aangeleverde stukken en eventueel eigen onderzoek of wegens ziekte niet verwacht kan worden dat de persoon zijn werkzaamheden redelijkerwijs kan of had kunnen voortzetten binnen zes maanden nadat het advies door de bedrijfsarts gegeven is.

Evenals bij de voorwaarde omtrent pensionering geldt bij de voorwaarde omtrent ziekte dat indien sprake is van een vennootschap of maatschap dan wel indien er meerdere dga's zijn, het volstaat wanneer één van die personen aan de voorwaarde omtrent ziekte voldoet.

2.2.6 Vergoedingen die gecompenseerd kunnen worden

Voor een recht op compensatie wegens het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming wegens ziekte of pensionering is noodzakelijk dat de transitievergoedingen daadwerkelijk zijn verstrekt aan de werknemers (zie artikel 7:673e, tweede lid, BW).

In de aanloop naar een bedrijfsbeëindiging zal de werkgever wellicht al afscheid hebben genomen van één of meer werknemers, bijvoorbeeld doordat hij aflopende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet verlengt of doordat om andere bedrijfseconomische redenen dan het beëindigen van de werkzaamheden reeds arbeidsovereenkomsten zijn opgezegd. Ook aan de werknemers die voorafgaand aan de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming zijn ontslagen of van wie de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd, zal een transitievergoeding zijn verstrekt. Het ligt voor de hand om ook compensatie te verstrekken voor de transitievergoedingen die betaald zijn kort voordat besloten is de werkzaamheden van de onderneming te beëindigen. Zouden deze transitievergoedingen niet gecompenseerd worden dan wordt het voor een kleine werkgever wellicht minder aantrekkelijk om te reorganiseren teneinde te voorkomen dat de volledige werkzaamheden van de onderneming beëindigd moeten worden. Zodoende komen transitievergoedingen ook in aanmerking voor compensatie indien de werkgever deze verschuldigd was in verband met het eindigen van arbeidsovereenkomsten in de zes maanden voorafgaand aan het verzoek om de arbeidsovereenkomst voor de voor de eerste werknemer op te zeggen (dan wel te ontbinden) wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. De laatste dag van de arbeidsovereenkomst is bepalend voor het moment waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

Voorwaardelijk voor de compensatie is dat voor ten minste één werknemer in die onderneming toestemming van UWV is verkregen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens het verval van arbeidsplaatsen als gevolg van het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming. Wanneer UWV deze toestemming niet heeft verleend, kan de werkgever de rechter verzoeken de arbeidsovereenkomst voor ten minste één werknemer te ontbinden op grond van dezelfde ontslaggrond. Wanneer de toestemming door UWV is verleend of het ontbindingsverzoek door de rechter is ingewilligd dan kan een werkgever niet eindeloos een beroep doen op de compensatieregeling. Om die reden kunnen transitievergoedingen alleen gecompenseerd worden wanneer zij zijn verschuldigd in verband met het eindigen van arbeidsovereenkomsten in de negen maanden na de verleende toestemming van UWV of inwilliging van het ontbindingsverzoek door de rechter. In de praktijk zal nagenoeg altijd aan deze voorwaarde worden voldaan, aangezien UWV (respectievelijk de rechter) enkel toestemming zal verlenen voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst (respectievelijk het ontbindingsverzoek zal inwilligen) wegens het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, indien aannemelijk is dat dit op korte termijn zal gebeuren.

Het is mogelijk dat de werkgever gespreid over een periode meerdere keren een compensatieaanvraag indient. Gelet op het voorgaande kan de werkgever compensatie verkrijgen voor arbeidsovereenkomsten die zijn geëindigd in de periode van negen maanden na de door UWV verleende toestemming (dan wel de door de rechter ingewilligde ontbinding). Tezamen met de mogelijkheid dat ook reeds verstrekte transitievergoedingen in verband met het eindigen van arbeidsovereenkomsten in de zes maanden voorafgaand aan het verzoek om die toestemming (dan wel het verzoek om die ontbinding) worden gecompenseerd, maakt dit het mogelijk om over een langere periode reeds verstrekte transitievergoedingen gecompenseerd te krijgen. Hierdoor worden de financiële lasten voor een werkgever als gevolg van het 'voorschieten' van de transitievergoedingen beperkt.

2.3 Overlijden

Compensatie van reeds door de werkgever betaalde transitievergoedingen kan ook worden verstrekt als de desbetreffende eigenaar van de eenmanszaak, vennoot, maat of dga is komen te overlijden. Voorwaardelijk is dat voorafgaand aan het overlijden de werkgever een aanvraag voor compensatie bij UWV heeft ingediend. De aanvraag kan derhalve niet door erfgenamen worden gedaan. Is de aanvraag ingediend wegens pensionering van de werkgever dan is bepalend of eigenaar van de eenmanszaak, vennoot, maat of dga de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt of bij leven zou hebben bereikt binnen zes maanden na het indienen van genoemd verzoek om toestemming respectievelijk ontbinding.

2.4 Voorkomen misbruik en oneigenlijk gebruik

Ter voorkoming van misbruik of oneigenlijk gebruik is als voorwaarde opgenomen dat de eigenaar van de eenmanszaak, vennoot, maat of dga op het moment van het indienen van het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst van de eerste werknemer op te zeggen (dan wel het moment van het indienen van het ontbindingsverzoek voor de eerste werknemer) ten minste twee jaar in die hoedanigheid aan de onderneming moet zijn verbonden. Door deze voorwaarde wordt voorkomen dat kort voor de bedrijfsbeëindiging door de onderneming een persoon wordt aangetrokken die voldoet aan de voorwaarden om op die manier voor de compensatie in aanmerking te komen.

Het risico op misbruik of oneigenlijk gebruik bij een aanvraag voor compensatie wegens beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming als gevolg van ziekte van de werkgever wordt beperkt doordat ziekte door een arts van UWV, na advisering van een bedrijfsarts, wordt vastgesteld. Bij pensionering is het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd bepalend en daarnaast is een beperking aangebracht voor wat betreft het verkrijgen van compensatie vanwege pensionering van dezelfde persoon in het kader van de beëindiging van meerdere ondernemingen.

Zoals voor elke regeling het geval is, geldt ook voor deze regeling dat (bewust of onbewust) verkeerde informatie kan worden verstrekt waardoor ten onrechte compensatie wordt toegekend of een te hoog bedrag aan compensatie wordt toegekend. UWV zal controles inbouwen in o.a. de registratie- en beoordelingssystemen om onjuist aangeleverde informatie vroegtijdig te onderkennen en daarop te acteren. Het spreekt voor zich dat als hiervan reeds bij de aanvraag blijkt, UWV geen of een lagere compensatie zal toekennen. In gevallen waarin pas achteraf blijkt dat hiervan sprake is geweest, zal UWV hetgeen te veel betaald is (op grond van artikel 7:673e, vijfde lid, BW) terugvorderen van de werkgever. Daar waar sprake is geweest van het bewust

verstrekken van verkeerde informatie (fraude) kan UWV hiervan aangifte doen bij het Openbaar Ministerie.

2.5 Nadere regels met betrekking tot de compensatieaanvraag

Bij ministeriële regeling zullen nadere regels worden gesteld over de procedure met betrekking tot het aanvragen van compensatie. Hiertoe wordt de Regeling compensatie transitievergoeding gewijzigd. De werkgever zal, naast het bij ziekte verplichte advies van een bedrijfsarts, gegevens dienen te verstrekken aan UWV over de arbeidsovereenkomsten en gegevens waaruit blijkt hoe de (transitie-)vergoedingen zijn berekend door de werkgever en dat deze ook daadwerkelijk aan de werknemers zijn betaald. UWV toetst deze gegevens op volledigheid en aannemelijkheid.

Hoofdstuk 3. Financiële Gevolgen

3.1 Volume aspecten

Uit cijfers van het CBS blijkt dat Nederland in 2017 naar schatting 300.000 ondernemingen kende met minder dan 25 werknemers in dienst. Het CBS heeft onderzoek gedaan naar het aantal ondernemingen dat is beëindigd. Daarbij is gekeken naar ondernemingen met werknemers in dienst, die niet gestopt zijn vanwege faillissement. Bij faillissement is er immers niet langer een transitievergoeding door de werkgever verschuldigd. Onderstaande tabel geeft dit aantal voor verschillende jaren weer voor bedrijven met minder dan 25 werknemers.

	2010	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Aantal gestopte ondernemers	6.800	6.130	6.830	6.690	5.760	5.340	5.810

Het CBS heeft vervolgens in kaart gebracht welke leeftijd ondernemers hebben als zij stoppen. Op basis van die informatie is geconcludeerd dat jaarlijks gemiddeld circa 800 ondernemingen worden beëindigd wegens pensionering. Het aantal ondernemers dat stopt vanwege ziekte is minder goed inzichtelijk. Naar schatting gaat het jaarlijks om circa 600 ondernemingen. Deze schatting is gebaseerd op informatie van het CBS over het aantal ondernemers dat een aan ziekte gerelateerde uitkering ontvangt nadat zij gestopt zijn en op ervaringsgegevens uit de WIA. Op grond van deze gegevens is de verwachting dat in totaal circa 1.400 werkgevers jaarlijks een aanvraag voor compensatie van de verstrekte transitievergoedingen indienen bij UWV.

Per werkgever zijn er naar schatting 4 werknemers (gebaseerd op cijfers van het CBS) die een transitievergoeding ontvangen wegens het eindigen van de arbeidsovereenkomst als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming wegens pensionering of ziekte van de werkgever.

3.2 Financiële aspecten

Uit het bovenstaande blijkt dat naar verwachting aan circa 1.400 werkgevers per jaar compensatie wordt toegekend. De gemiddelde transitievergoeding per werknemer bedraagt circa €5.000. De totale te compenseren transitievergoeding komt daarmee op een kleine € 30 miljoen.

Uit de uitvoeringstoets die het UWV over het conceptbesluit heeft uitgebracht blijken jaarlijkse uitvoeringskosten van circa € 3 miljoen. Deze structurele kosten zien met name op de inzet van een kleine 30 fte om onder andere aanvragen voor het verstrekken van een ontslagvergunning wegens bedrijfsbeëindiging te beoordelen alsmede om de ziekte van de werkgever vast te stellen en uiteindelijk het recht op compensatie vast te stellen. Maar ook voor het beoordelen van eventuele bezwaar- en beroepsprocedures en het oppakken van mogelijke fraudesignalen zijn extra medewerkers nodig.

Het voorgaande brengt met zich mee dat de kosten van deze regeling jaarlijks een kleine € 35 miljoen bedragen. De regeling wordt gefinancierd vanuit het Algemeen arbeidsongeschiktheidsfonds (Aof), waar een verhoging van de (uniforme) premie tegenover zal staan.

Hoofdstuk 4. Reactie op toetsen

Vanwege de maximale verandercapaciteit kan UWV de noodzakelijke systeemaanpassingen voor deze compensatieregeling pas doorvoeren ná invoering van de compensatieregeling transitievergoeding langdurige arbeidsongeschiktheid, dus ná 1 april 2020. Voor deze aanpassingen heeft UWV negen maanden nodig. Zodoende heeft UWV aangegeven de compensatieregeling per 1 januari 2021 uit te kunnen voeren.

Hoofdstuk 5. Internetconsultatie

PM aanvullen na internetconsultatie

II. Artikelsgewijs

Artikel 1
In dit artikel zijn de in dit besluit voorkomende begrippen gedefinieerd. Het begrip ‘compensatie’ is gedefinieerd om ervoor te zorgen dat op een eenvoudige wijze verwezen kan worden naar de door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) te verstrekken vergoeding, bedoeld in artikel 7:673e, eerste lid, aanhef en onderdeel b, BW (te weten: de vergoeding voor een door de werkgever betaalde transitievergoeding bij het eindigen van een arbeidsovereenkomst in verband met het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming vanwege pensionering of ziekte of gebreken van de werkgever). Om die reden zijn eveneens de begrippen ‘compensatieaanvraag’, ‘compensatie vanwege pensionering’ en ‘compensatie vanwege ziekte of gebreken’ gedefinieerd. In artikel 7:673e, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, BW gaat het om het bereiken of bereikt hebben van de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd. Teneinde hier op eenvoudige wijze naar te kunnen verwijzen wordt hiervoor in dit besluit het begrip ‘pensionering’ gehanteerd. Bij de begripsbepaling ‘directeur-grootaandeelhouder’ wordt verwezen naar hetgeen daaronder wordt verstaan krachtens onder meer artikel 6, vierde lid, van de Werkloosheidswet. Dit is geregeld in de Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder 2016. Onder ‘werkgever’, ‘werknemer’ en ‘arbeidsovereenkomst’ wordt verstaan hetgeen daaronder wordt verstaan in artikel 7:610 BW. In onderhavig besluit wordt omwille van de begrijpelijkheid de term ‘werkgever’ eveneens gehanteerd daar waar de arbeidsovereenkomst met de werknemer reeds is geëindigd en derhalve eigenlijk sprake is van een ‘ex-werkgever’.

Artikel 2

Artikel 7:673e, eerste lid, onderdeel b, BW bepaalt dat compensatie vanwege pensionering of ziekte of gebreken van de werkgever alleen wordt verstrekt indien de arbeidsovereenkomst is geëindigd in verband met het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Dit artikel bepaalt dat daarvan sprake is zodra voor ten minste één werknemer door het UWV toestemming als bedoeld in artikel 7:671a BW is verleend om de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW op te zeggen vanwege het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Het gaat hierbij om een volledige beëindiging van de werkzaamheden en niet om gedeeltelijke beëindiging. Niet noodzakelijk is dat de onderneming ten tijde van het indienen van het verzoek om de toestemming van het UWV reeds is beëindigd. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de werkgever nog bepaalde (financiële) verplichtingen moet afronden alvorens de onderneming daadwerkelijk wordt beëindigd. Artikel 2 bepaalt voorts dat voor de toepassing van artikel 7:673e, eerste lid, onderdeel b, BW eveneens sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming zodra de kantonrechter, nadat de toestemming door het UWV is geweigerd, de arbeidsovereenkomst van ten minste één werknemer heeft ontbonden vanwege het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming.

Indien de werkgever meerdere ondernemingen in stand houdt of indien sprake is van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW en er (met inachtneming van in het bijzonder de artikelen 3 en 7) compensatie wordt aangevraagd in het kader van de beëindiging van meerdere van die ondernemingen dan wordt per onderneming bezien of aan het onderhavige artikel 2 wordt voldaan. Per onderneming dient dan derhalve voor ten minste één werknemer toestemming te zijn verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen (dan wel het verzoek om ontbindding te zijn ingewilligd), vanwege het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming.

In geval van een vennootschap onder firma, een commanditaire vennootschap of een maatschap, kan het zijn dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer in die onderneming niet is aangegaan met alle vennoten of maten, maar bijvoorbeeld met slechts één vennoot of maat. Op grond van het onderhavige artikel 2 is ook sprake van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, bedoeld in artikel 7:673, eerste lid, onderdeel b, BW zodra aan één vennoot of maat toestemming is verleend om de arbeidsovereenkomst van ten minste één werknemer op te zeggen dan wel zodra de arbeidsovereenkomst van ten minste één werknemer met één vennoot of maat is ontbonden.

Artikel 3

Artikel 3, eerste lid, bepaalt dat de werkgever alleen in aanmerking komt voor compensatie vanwege pensionering of ziekte of gebreken indien hij minder dan 25 werknemers in dienst had in de onderneming op 1 januari van het kalenderjaar waarin het verzoek om de toestemming of de ontbinding, bedoeld in artikel 2, is ingediend. De eis in dit artikel is derhalve gekoppeld aan de door het UWV voor de eerste werknemer gegeven toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen dan wel de voor de eerste werknemer door de kantonrechter ingewilligde ontbinding op grond van artikel 7:671b, eerste lid, onderdeel b, BW. Indien de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW, komt de werkgever slechts in aanmerking voor compensatie indien die ondernemingen samen minder dan 25

werknemers in dienst hadden op 1 januari van het kalenderjaar waarin het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2, is ingediend.

Op grond van het tweede lid geldt voor ondernemingen die toebehoren aan een vennootschap onder firma, een commanditaire vennootschap of een maatschap een andere eis. In geval van een vennootschap onder firma, een commanditaire vennootschap of een maatschap, kan het zijn dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer in die onderneming niet is aangegaan met alle vennoten of maten, maar bijvoorbeeld met slechts één vennoot of maat. In dat geval is die individuele vennoot of maat de werkgever. Op grond van het tweede lid komt de individuele maat of vennoot dan slechts in aanmerking voor compensatie indien in totaal op het niveau van de onderneming minder dan 25 werknemers in dienst waren op 1 januari van het kalenderjaar waarin het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2, is ingediend. Indien de vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap of maatschap deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW komt de werkgever slechts in aanmerking indien in de verschillende ondernemingen van de groep in totaal minder dan 25 werknemers in dienst waren.

Artikel 4
Dit artikel bepaalt wanneer sprake is van pensionering van de werkgever als bedoeld in artikel 7:673e, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, BW. Artikel 4 stelt twee cumulatieve voorwaarden waaraan voldaan moet worden. Daarbij bepaalt onderdeel a ten aanzien van welke personen sprake kan zijn van pensionering van de werkgever en bepaalt onderdeel b in welk geval materieel gezien sprake is van pensionering. Op grond van onderdeel a, onder 1°, juncto onderdeel b, is sprake van pensionering van de werkgever indien de onderneming op het moment van het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2, ten minste twee jaar toebehoorde aan dezelfde natuurlijke persoon en die persoon de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt of binnen zes maanden na indiening van dat verzoek bereikt. Het gaat hierbij om pensionering van de eigenaar van een eenmanszaak. Op grond van onderdeel a, onder 2°, juncto onderdeel b, is eveneens sprake van pensionering van de werkgever indien een natuurlijk persoon op het moment van het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2, ten minste twee jaar vennoot van een vennootschap onder firma, maat van een maatschap, of beherend vennoot van een commanditaire vennootschap was en die persoon de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt of binnen zes maanden na indiening van dat verzoek bereikt. Een BV of een NV kan als rechtspersoon niet met pensioen gaan, maar de werkzaamheden van de BV of NV kunnen wel beëindigd worden vanwege de natuurlijke persoon daarachter, te weten de directeur-grootaandeelhouder (dga). Onderdeel a, onder 3°, juncto onderdeel b, bepaalt daarom dat eveneens sprake is van pensionering van de werkgever indien dezelfde natuurlijke persoon op het moment van het verzoek om de toestemming of de ontbinding, bedoeld in artikel 2, ten minste twee jaar dga van de onderneming was en die persoon de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt of bereikt binnen zes maanden na indiening van dat verzoek. Opgemerkt zij dat indien meerdere natuurlijke personen dga van de onderneming zijn als bedoeld in onderdeel a, onder 3°, of indien sprake is van een vennootschap of maatschap als bedoeld in onderdeel a, onder 2°, het volstaat indien een van deze personen aan de in onderdeel b gestelde voorwaarde voldoet.

Artikel 5
Dit artikel bepaalt wanneer sprake is van ziekte of gebreken van de werkgever als bedoeld in artikel 7:673e, eerste lid, onderdeel b, onder 2°, BW. Het artikel is op een soortgelijke wijze vormgegeven als artikel 4. Artikel 5 stelt twee cumulatieve

voorwaarden waaraan voldaan moet worden. Daarbij bepaalt onderdeel a ten aanzien van welke personen sprake kan zijn van ziekte of gebreken van de werkgever en bepaalt onderdeel b in welk geval materieel gezien sprake is van ziekte of gebreken. Onderdeel a, onder 1°, juncto onderdeel b, regelt dat sprake is van ziekte of gebreken van de werkgever indien de onderneming op het moment van het verzoek om de toestemming of de ontbinding, bedoeld in artikel 2, ten minste twee jaar toebehoorde aan dezelfde natuurlijke persoon en vanwege ziekte of gebreken van die persoon niet verwacht kan worden dat die persoon zij werkzaamheden redelijkerwijs kan of, indien de werkzaamheden van de onderneming reeds beëindigd zijn, had kunnen voortzetten binnen zes maanden nadat een bedrijfsarts daarover een advies gegeven heeft. Het gaat hierbij om ziekte of gebreken van de eigenaar van een eenmanszaak. Onderdeel a, onder 2°, ziet op de vennoot van een vennootschap onder firma, de maat van een maatschap, of de beherend vennoot van een commanditaire vennootschap. Op grond van onderdeel a, onder 3°, juncto onderdeel b, kan compensatie eveneens verstrekt worden vanwege ziekte of gebreken van de persoon die ten minste twee jaar als dga verbonden was aan de onderneming. Evenals bij artikel 4 geldt ook ten aanzien van dit artikel dat, indien meerdere natuurlijke personen dga van de onderneming zijn als bedoeld in onderdeel a, onder 3°, of indien sprake is van een vennootschap of maatschap als bedoeld in onderdeel a, onder 2°, aan de voorwaarde van onderdeel b wordt voldaan wanneer één van die personen daaraan voldoet.

Op grond van artikel 4:2, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht moet de werkgever de gegevens en bescheiden verstrekken die nodig zijn voor de onderbouwing van het recht op compensatie. Van de werkgever zal worden verlangd dat hij bij de compensatieaanvraag een stuk toevoegt waarin een bedrijfsarts een advies geeft over de verwachting dat de desbetreffende persoon binnen zes maanden zijn werkzaamheden kan of had kunnen voortzetten. Het UWV beslist uiteindelijk of aan de voorwaarde van artikel 5, onderdeel b, wordt voldaan. Op grond van artikel 7:673e, zevende lid, BW worden bij ministeriële regeling regels gesteld met betrekking tot de aanvraag en verstrekking van de compensatie. In dat kader zal nader worden ingegaan op het door de werkgever bij de compensatieaanvraag te verschaffen advies van een bedrijfsarts. In de ministeriële regeling zal tevens worden bepaald hoe actueel het advies van een bedrijfsarts dient te zijn op het moment van de compensatieaanvraag.

Artikel 6

Artikel 6 bepaalt voor welke vergoedingen compensatie kan worden verstrekt. Dat is het geval voor vergoedingen die de werkgever verschuldigd was (en ook betaald heeft, zie artikel 7:673e, tweede lid, BW) in verband met het eindigen van arbeidsovereenkomsten in de zes maanden voorafgaand aan het verzoek om de toestemming of de ontbinding, bedoeld in artikel 2, alsmede in verband met het eindigen van arbeidsovereenkomsten in de negen maanden na die toestemming of die ontbinding. De laatste dag van de arbeidsovereenkomst is bepalend voor het moment waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Niet relevant is op welke grond of wijze deze arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd. Op grond van artikel 7:673e, eerste lid, onderdeel b, BW kan compensatie worden verstrekt voor arbeidsovereenkomsten die zijn geëindigd door opzegging, ontbinding, of van rechtswege. Op grond van artikel 7:673e, vijfde lid, BW kan het UWV eveneens compensatie verstrekken voor een vergoeding die aan de werknemer is toegekend bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Om die reden wordt in dit artikel verwezen naar ‘vergoedingen’ in plaats van ‘transitievergoedingen’.

Artikel 7

Indien in het kader van de beëindiging van de werkzaamheden van een onderneming reeds compensatie vanwege pensionering van een persoon als bedoeld in artikel 4, onderdeel a, is verstrekt en diezelfde persoon vervolgens actief blijft of wordt in een andere onderneming, wordt het niet wenselijk geacht compensatie te verstrekken indien vervolgens op een later moment die andere onderneming vanwege pensionering van diezelfde persoon wordt beëindigd. Artikel 7 bepaalt daarom dat compensatie vanwege pensionering niet wordt verstrekt indien in verband met de pensionering van de desbetreffende persoon, bedoeld in artikel 4, onderdeel a, reeds compensatie is verstrekt in het kader van de beëindiging van de werkzaamheden van een andere onderneming. Denkbaar is echter dat meerdere ondernemingen vanwege pensionering van een bepaald persoon (min of meer) gelijktijdig worden beëindigd. Het wordt rechtvaardig geacht dat in dat geval (met inachtneming van onder meer artikel 3) in het kader van meerdere ondernemingen compensatie kan worden toegekend. Dit artikel bepaalt daarom dat compensatie wel kan worden toegekend vanwege pensionering van dezelfde persoon indien de werkgever het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2, indient binnen negen maanden nadat het verzoek om de toestemming respectievelijk de ontbinding, bedoeld in artikel 2, in het kader van de beëindiging van de werkzaamheden van die andere onderneming, is ingediend.
Voor de compensatie vanwege ziekte wordt een beperking zoals in dit artikel is opgenomen niet gesteld, aangezien ziekte iets is wat de werkgever overkomt en op meerdere momenten kan plaatsvinden.

Artikel 8
Artikel 8 bepaalt dat in het geval van overlijden van de persoon, bedoeld in artikel 4, onderdeel a, of artikel 5, onderdeel a, de werkgever alleen in aanmerking komt voor compensatie wanneer de aanvraag voor de te compenseren vergoedingen is ingediend voor het moment van overlijden. Voor de compensatie vanwege pensionering geldt daarbij dat als de persoon de AOW-gerechtigde leeftijd nog niet had bereikt, eveneens sprake is van pensionering als bedoeld in dit besluit, indien hij bij leven binnen zes maanden na indiening van het verzoek om de toestemming respectievelijke de ontbinding, bedoeld in artikel 2, de AOW-gerechtigde leeftijd zou hebben bereikt.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

C.S. Kehrer-Bot & P.A. Charbon[1]

Slapende arbeidsovereenkomsten en compensatie van de transitievergoeding

ArbeidsRecht 2019/31

Het al dan niet beëindigen van 'slapende dienstverbanden' houdt de gemoederen inmiddels al enige tijd bezig. Hoewel met de publicatie van de Wet van 11 juli 2018[2] ('de Compensatiewet') en de daaropvolgende Regeling compensatie transitievergoeding ('de Regeling')[3] de kogel door de kerk is en werkgevers gecompenseerd worden voor de door hen verschuldigde transitievergoeding bij opzegging van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid, zijn er nog steeds onduidelijkheden op verschillende fronten. De rechtspraak geeft een wisselend beeld over de vraag of werkgevers verplicht zijn slapende dienstverbanden te beëindigen en in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel Wet Arbeidsmarkt in balans[4] ('Wab') is na publicatie van de Compensatiewet nog een aantal wijzigingen doorgevoerd. Een tussenstand.

1. De aanleiding voor de Compensatiewet

In het verleden werd, wanneer een werknemer twee jaar of langer arbeidsongeschikt was, in de meeste gevallen door de werkgever bij het UWV aangeklopt om vervolgens de arbeidsovereenkomst te kunnen opzeggen. De werkgever was dan geen vergoeding verschuldigd (tenzij later in specifieke gevallen in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure anders werd besloten). Het kwam echter ook voor dat werknemers in die situatie 'slapend' in dienst werden gehouden. Dit werd veelal ook wel door hen gewaardeerd; zo bleef er een band met het bedrijf bestaan en kregen ze jaarlijks nog steeds hun kerstpakket. Met de komst van de Wwz kwam hierin verandering vanwege de invoering van de transitievergoeding. Ook bij opzegging op grond van de 'b-grond' heeft de werknemer immers altijd recht op de transitievergoeding. Die vergoeding loopt hij mis als niet wordt beëindigd en de arbeidsovereenkomst slapend gehouden wordt. Werknemers zouden daarom nu graag zien dat er wordt opgezegd of ontbonden. Dit heeft geleid tot nogal wat jurisprudentie die als geheel een wisselend beeld geeft.

2. Jurisprudentie

De eerste uitspraak is die van de Rechtbank Den Haag op 21 oktober 2015.[5] Deze kantonrechter vond dat op de werkgever geen verplichting rust de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Daarna volgden – veel – meer.[6] Kort gezegd valt daaruit te destilleren dat, hoewel een aantal rechters het in stand houden van de arbeidsovereenkomst wel als onfatsoenlijk beschouwt, er geen verplichting wordt aangenomen voor werkgevers om een arbeidsovereenkomst na 2 jaar arbeidsongeschiktheid te beëindigen, tenzij. De 'tenzij' ziet op, zo zullen we het maar noemen, schrijnende situaties. Dat zien we bijvoorbeeld in de uitspraak van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg van 17 december 2018[7] waar het om een terminaal zieke medisch specialist ging, waarbij de werkgever werd veroordeeld op te zeggen op basis van goed werkgeverschap. Otto[8] suggereerde reeds in 2016 dat artikel 7:611 BW soelaas zou kunnen bieden voor de werknemer. Van der Kind[9] vindt echter dat artikel 7:611 BW hier niet voor bedoeld is; dat artikel is naar zijn idee primair bedoeld om de arbeidsrelatie vorm en inhoud te geven. Maar ook de Rechtbank Den Haag[10] vond de situatie van een terminaal zieke werknemer een reden om te oordelen dat goed werkgeverschap met zich bracht dat de werkgever moest opzeggen.

1 Mr. C.S. (Christine) Kehrer-Bot en mr. P.A. (Petra) Charbon zijn advocaat in Rotterdam resp. Amsterdam en beiden redacteur van dit blad.

2 Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234.

3 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2019, nr. 2019-0000023811, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid (Regeling compensatie transitievergoeding), *Stcrt.* 2019, 10547.

4 *Kamerstukken 2018/19, 35074.*

5 Rb. Den Haag, 21 oktober 2015, *AR Updates 2015-1095.*

6 Een zo compleet mogelijk overzicht:
Rb. Rotterdam, 6 november 2015, *AR Updates 2015-1181* – niet verplicht.
Rb. Midden-Nederland, 2 december 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:8495* – niet verplicht.
Rb. Zeeland-West-Brabant, 22 december 2015, *AR Updates 2015-1302* – niet verplicht.
Rb. Zeeland-West-Brabant, 3 februari 2016, *AR Updates 2016-0250* – niet verplicht.
Rb. Zeeland-West-Brabant, 11 maart 2016, *ECLI:NL:RBZWB:2016:1637* – niet verplicht.
Rb. Limburg, 23 mei 2016, *ECLI:NL:RBLIM:2016:434* – niet verplicht.
Rb. Limburg, 1 augustus 2016, *ECLI:NL:RBLIM:2016:6805* – niet verplicht.
Rb. Limburg, 31 augustus 2016, *ECLI:NL:RBLIM:2016:7608* – niet verplicht.
Rb. Limburg, 5 december 2016, *ECLI:NL:RBLIM:2016:10510* – niet verplicht.
Rb. Midden-Nederland, 15 februari 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:791* – niet verplicht.
Rb. Limburg, 2 augustus 2017, *ECLI:NL:RBLIM:2017:7394* – niet verplicht.
Rb. Noord-Nederland, 16 november 2017, *ECLI:NL:RBNNE:2017:5003* – niet verplicht.
Hof Arnhem-Leeuwarden, 27 juli 2016, *ECLI:NL:GHARL:2016:6140* – niet verplicht.
Hof Den Haag, 14 oktober 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:3036* – niet verplicht.
Scheidsgerecht Gezondheidszorg, 27 december 2018, *AR Updates 2019-0065* – wel verplicht.
Rb. Overijssel, 21 maart 2019, *ECLI:NL:RBOVE:2019:1021* – niet verplicht.
Rb. Den Haag, 28 maart 2019, *AR Updates 2019-0333* – wel verplicht.
Rb. Limburg, 2 april 2019, *ECLI:NL:RBLIM:2019:3068* – wel verplicht.
Rb. Overijssel 11 april 2019, *ECLI:NL:RBOVE:2019:1471* – niet verplicht.

7 Scheidsgerecht Gezondheidszorg, 27 december 2018, *AR Updates 2019–0065.*

8 M.L.G. Otto, 'Slapend dienstverband of slapende werknemers: goed werkgeverschap als doorbraak van de impasse?', *TRA* 2016/93.

9 O. van de Kind, annotatie in *AR Updates* bij 2019-0065.

10 Rb. Den Haag, 28 maart 2019, *AR Updates 2019-0333.*

3. Prejudiciële vragen

De rechtbank Limburg (kantonrechter Roermond) heeft, met aanjager prof. mr. S. F. Sagel, bij kort geding vonnis van 10 april 2019 prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad over deze slapende dienstverbanden.[11] De vragen gaan, kort gezegd, over de mogelijke gehoudenheid van een werkgever om een redelijk voorstel van een werknemer tot beëindiging van het dienstverband te accepteren.[12] De transitievergoeding is daarbij in het redelijke voorstel van de werknemer beperkt tot de transitievergoeding op grond van de compensatieregeling. Besseling[13] concludeerde dat slapende dienstverbanden tot het moment van ingang van de compensatieregeling (en wellicht nog wel in sommige situaties daarna ook) blijven bestaan en dat het lastig zal zijn voor werknemers om daar uit te komen met een transitievergoeding. Daar zullen op zijn minst, aldus Besseling, bijkomende omstandigheden voor nodig zijn. Dergelijke omstandigheden zouden die kunnen zijn in de zaak die nu naar de Hoge Raad is; ook die zijn immers schrijnend. Het betrof een monteur bij een kalksteenfabriek die als gevolg van zijn zware werk arbeidsongeschikt werd (rugklachten). Hij had forse schulden die hij niet kon aflossen en als gevolg van zijn deplorabele financiële situatie maakte hij gebruik van de voedselbank. Daarnaast verzorgde hij zijn ernstig zieke echtgenote. Diverse malen verzocht hij om beëindiging van het dienstverband en de transitievergoeding waarop door de werkgever steeds afwijzend werd gereageerd. Verhulp[14] nam een voorschot en vindt dat op de werkgever hoe dan ook geen verplichting rust de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Voor een dergelijke verplichting bestaan, aldus Verhulp, weinig goede juridische argumenten en het past niet goed in het wettelijk stelsel.

4. Ongewenst

De minister vond dat de situatie die ontstond rond die slapende dienstverbanden ongewenst was. Hij noemde het weliswaar onfatsoenlijk dat werkgevers hun langdurig zieke werknemers in dienst hielden om geen transitievergoeding te hoeven betalen[15] maar had ook begrip voor de bezwaren van werkgevers tegen deze extra lasten. Dit heeft geleid tot de invoering van de Wet van 11 juli 2018.[16] Aan de wet werd artikel 7:673e BW toegevoegd en op 26 februari 2019 werd de Regeling compensatie transitievergoeding in de Staatscourant gepubliceerd.[17] De gedachte was dat met deze regeling voor werkgevers niets meer in de weg staat aan het beëindigen van arbeidsovereenkomsten van langdurig arbeidsongeschikten. Bij de plenaire behandeling in de TK op 31 januari 2019 zei de minister:

> "Ik ben het met de heer Van Weyenberg eens dat het van groot belang is dat die slapende dienstverbanden zo snel mogelijk worden beëindigd. De compensatieregeling neemt belemmeringen voor werkgevers weg."

De minister deed aldus een oproep maar sprak – nog steeds – niet over een verplichting.

5. De Compensatiewet

Op 11 juli 2018 is, als gezegd, de Compensatiewet gepubliceerd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de beoogde datum van in werking treden 1 april 2020 is, maar het besluit daartoe is nog niet gepubliceerd. De compensatieregeling transitievergoeding ('compensatieregeling') is, zo is het verwoord, gericht op het bevorderen van de totstandkoming van bestendige arbeidsrelaties. De cumulatie van financiële verplichtingen voor een werkgever bij langdurige ziekte van een werknemer kunnen deze bestendige arbeidsrelaties in de weg staan. Het kabinet heeft om die reden gemeend een regeling te moeten introduceren die betrekking heeft op het verminderen van de kosten die gemoeid zijn met de transitievergoeding bij het einde van het dienstverband na langdurige arbeidsongeschiktheid, zonder dat de rechten van werknemers worden aangetast.[18] Kritische geluiden van de Raad van State[19] – onder meer dat de cumulatie van kosten voor zieke werknemers daarmee niet vervalt – zijn door de regering terzijde geschoven.

In de memorie van toelichting zijn de contouren van de compensatieregeling als volgt weergegeven: werkgevers komen in aanmerking voor compensatie ongeacht de wijze waarop de beëindiging van de arbeidsovereenkomst plaatsvindt. Dat betekent dat de compensatieregeling zowel betrekking heeft op het niet verlengen van tijdelijke arbeidsovereenkomsten, waarbij de werknemer bij het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst arbeidsongeschikt is (en dus in de regel recht heeft op ziekengeld op grond van de Ziektewet (ZW)), als op arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde of bepaalde tijd die vanwege het niet langer kunnen verrichten van de bedongen arbeid na ommekomst van de periode gedurende welke het opzegverbod bij ziekte van de werknemer geldt, worden opgezegd, ontbonden of sprake is van een beëindiging met wederzijds goedvinden.[20]

11 Rb. Limburg 10 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3331.
12 Een omgekeerde '**Stoof**-Mammoet' situatie – door prof. mr. S.F. Sagel tijdens een lezing bij VAAN daarom de '**Foots**' benadering genoemd.
13 P.J.B.M. Besseling, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door compensatieregeling?', *TAP* 2019/3.
14 E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?', *TRA* 2019/37.
15 Aanhangsel Handelingen *Kamerstukken II* 2016/17, 1328.
16 *Stb.* 2018, 234, *Kamerstuk* 34699. Deze wet houdt meer in dan alleen een compensatie van transitievergoeding bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. De compensatie geldt ook onder omstandigheden bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden maar daar gaat dit artikel niet over.
17 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2019, nr. 2019-0000023811, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid (Regeling compensatie transitievergoeding), *Stcrt.* 2019, 10547.
18 *Kamerstukken* 2016/17, 34669, nr. 3.
19 *Kamerstukken* 2016/17, 34669, nr.4.
20 *Kamerstukken* 2016/17, 34669 nr. 3.

Overige voorwaarden voor compensatie zijn:

- De compensatie bedraagt niet meer dan het bedrag aan transitievergoeding verschuldigd na de wachttijd voor de WIA (104 weken). De opzegtermijn mag dus niet worden meegenomen in de berekening van het bedrag aan transitievergoeding waarvoor compensatie wordt gevraagd. In de praktijk zou dit in voorkomend geval kunnen betekenen dat (bij een langere opzegtermijn) twee berekeningen moeten worden gemaakt.
- Een eventuele verlengde wachttijd (loonsanctieperiode) telt niet mee in de berekening.
- De werkgever moet kunnen aantonen welke transitie- en inzetbaarheidskosten hij eventueel heeft gemaakt en dat voldaan is aan de voorwaarden om deze kosten op de transitievergoeding in mindering te brengen[21] (artikel 7:673 lid 6 BW). De gemaakte kosten komen ook voor compensatie in aanmerking.
- De compensatie kan niet hoger zijn dan het bedrag aan loon dat de werkgever gedurende het tijdvak waarin hij loon bij ziekte moest doorbetalen aan de werknemer heeft betaald (exclusief werkgeverslasten). In dit kader kan de eventuele aanspraak op een Ziektewetuitkering uit hoofde van een no-riskpolis (artikel 29b ZW) een rol spelen.
- Als sprake is van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten bij dezelfde werkgever die meetellen bij de berekening van de transitievergoeding en een werknemer tijdens die contracten (al dan niet deels) ziek is geweest, tellen die perioden mee voor het bepalen van het bedrag aan loon dat tijdens ziekte is betaald.
- Indien sprake is van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten bij verschillende elkaar opvolgende werkgevers telt alleen het loon tijdens ziekte mee dat betaald is door de werkgever die een transitievergoeding verschuldigd is.
- De compensatieregeling geldt voor transitievergoedingen die op of ná 1 juli 2015 zijn betaald. Indien het einde van de periode van twee jaar ziekte vóór 1 juli 2015 lag bestaat geen recht op compensatie.[22]

6. Regeling compensatie transitievergoeding[23] ('de Regeling')

In de Regeling – en de daarbij behorende Toelichting – zijn de regels opgenomen die worden gesteld aan de aanvraag voor compensatie. De aanvraag voor compensatie[24] voor betaalde transitievergoedingen door de werkgever op of na 1 april 2020 moet uiterlijk zes maanden na betaling van de volledige (transitie)vergoeding worden aangevraagd. Als moment van betaling is het moment bepalend dat de vergoeding is afgeschreven van de rekening van de werkgever. Als een werkgever conform artikel 7:673c lid 2 BW de transitievergoeding in termijnen heeft betaald dan kan hij een aanvraag voor compensatie indienen na de laatste betaling. Bij de aanvraag moeten de volgende gegevens worden overgelegd:

- De arbeidsovereenkomst.
- Stukken waaruit blijkt dat de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid is beëindigd (beschikking kantonrechter, opzeggingsbrief na verkregen toestemming UWV, vaststellingsovereenkomst)[25]. Indien sprake is van het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst zal een verklaring moeten worden overlegd van de werkgever dat de werknemer ziek was op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigde, de periode van ziekte en de naam van de bedrijfsarts.
- Loonstroken van de werknemer, waaruit de hoogte van het door de werkgever betaalde loon kan worden afgeleid.
- De gegevens die gebruikt zijn om de hoogte van de transitievergoeding te berekenen.
- Bewijs van betaling (bijv. bankafschriften) daarvan moeten overleggen bij de aanvraag. De aanvraag voor vóór 1 april 2020 betaalde transitievergoedingen moeten uiterlijk op 30 september 2020 bij het UWV zijn ingediend.

De verstrekking van (gezondheids-)gegevens van een oud-werknemer door de werkgever aan het UWV dient in overeenstemming te zijn met de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: 'AVG').[26] Op basis van artikel 54 lid 1 onder a SUWI heeft de werkgever een wettelijke verplichting om deze gegevens aan het UWV te verstrekken (artikel 6 lid 1 onder c AVG). Uit artikel 9 lid 2 onder b AVG volgt dat het algemene verbod om gezondheidsgegevens te verwerken niet van toepassing is, indien de verwerking noodzakelijk is met het oog op de uitvoering van verplichtingen en de uitoefening van specifieke rechten van de verwerkingsverantwoordelijke op het gebied van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht. In artikel 30 lid 1 onder a van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming is gebruikgemaakt van deze mogelijkheid. Gelet op genoemde bepaling is het verbod om gezondheidsgegevens te verwerken niet van toepassing indien de verwerking geschiedt door werkgevers en voor zover de verwerking noodzakelijk is voor een goede uitvoering van wettelijke voorschriften die voorzien in aanspraken die af-

21 Besluit van 23 april 2015, houdende regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder kosten in mindering gebracht mogen worden op de transitievergoeding (Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding).

22 Bericht Rijksoverheid 16 mei 2019, https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ontslag/compensatie-transitievergoeding-na-2-jaar-ziekte.

23 Zie noot 3.

24 Het UWV zal op grond van artikel 4:4 Awb een formulier hiervoor ontwikkelen, aanvraag zal elektronisch plaatsvinden. Zie verder artikel 4:5 Awb voor verdere voorwaarden.

25 Te overwegen valt om in de vaststellingsovereenkomst met de langdurig zieke werknemer een artikel op te nemen waarin het bedrag aan transitievergoeding wordt opgenomen berekend per de datum waarop de 104 weken eindigt (naast de verschuldigde en door de werkgever te betalen transitievergoeding per de einddatum van de arbeidsovereenkomst), de wijze waarop deze is berekend en of dit bedrag hoger is dan het betaalde loon gedurende de twee jaar ziekte, met bijbehorende bewijsstukken. Dit zal de afhandeling van door werkgever in te dienen verzoeken op basis van de compensatieregeling bij het UWV mogelijk versnellen.

26 Zie de Toelichting bij de Regeling, *Stcrt.* 2019, 10547, p. 3.

hankelijk zijn van de gezondheidstoestand van de betrokkene.[27]

Ook bij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zoals aan de orde was in de beschikking van de Hoge Raad van 14 september 2018[28], kan aanspraak worden gemaakt op compensatie.[29] Bij een structurele en substantiële vermindering van de arbeidsduur na twee jaar ziekte moet een gedeeltelijke transitievergoeding worden betaald. Bedacht moet worden dat van een gedeeltelijke beëindiging alleen dan sprake zal zijn als werkgever en werknemer schriftelijke afspraken maken dat het in het kader van de re-integratie door de werknemer verrichte passende werk door partijen als nieuw bedongen werk wordt gekwalificeerd. Indien het passende werk de kwalificatie behoudt van passend werk is immers geen sprake van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In dit laatste geval zal de werkgever bij een eventuele latere opzegging of ontbinding om een andere ontslagreden alsnog de volledige transitievergoeding verschuldigd zijn over het volledige loon, maar zal hij geen aanspraak meer hebben op compensatie omdat de beëindiging dan niet meer een gevolg is van langdurige arbeidsongeschiktheid en ook niet meer voldaan wordt aan de termijn voor indienen van het verzoek (6 maanden na betaling, zie hierna). Anderzijds loopt de werkgever een deel van de compensatie 'mis' indien slechts een gedeeltelijke transitievergoeding wordt betaald, terwijl de gemaakte (loon)kosten in het kader van de (ziekte)begeleiding wel op de gehele periode van 104 weken zien. Hier lijkt een prikkel te kunnen ontstaan voor werkgevers om de arbeidsovereenkomst met de werknemer met wederzijds goedvinden (volledig) te beëindigen teneinde in aanmerking te komen voor de volledige compensatie, waarna partijen (al dan niet na een tussenpoos) eventueel weer een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan voor het 'nieuw bedongen werk'. Dit is in elk geval niet de bedoeling van de Compensatieregeling. De vraag is of het UWV in dergelijke gevallen aan de hand van de stukken die de werkgever dient te overleggen zal kunnen vaststellen dat deze volledige beëindiging een 'opzetje' is, omdat bij de werkgever wel passend werk voor de werknemer beschikbaar is, dat de werkgever ook uit hoofde van zijn re-integratieverplichtingen aan de werknemer moet aanbieden en de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer ook moet aanvaarden.

7. Wet Arbeidsmarkt in balans ('Wab')

7.1 *Compensatie uitsluitend als sprake is van twee jaar ziekte*

In de memorie van toelichting van het wetsvoorstel Wab[30] staat dat voor tijdelijke contracten in de Compensatiewet geen minimum is gesteld aan de lengte van de arbeidsovereenkomst of de periode van loondoorbetaling bij ziekte om aanspraak te kunnen maken op compensatie, omdat onder het huidige recht pas na een dienstverband van minimaal twee jaar recht op transitievergoeding ontstaat. Voor vaste contracten geldt dat recht op compensatie bestaat na ommekomst van het opzegverbod bij ziekte. Na in werking treden van de Wab ontstaat echter recht op de transitievergoeding vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst. Op grond van de Compensatiewet heeft de werkgever ook recht op compensatie van de transitievergoeding in situaties waarin een tijdelijk contract van rechtswege eindigt en de werknemer vlak daarvoor ziek is geworden. Omdat het in die gevallen meestal gaat om een relatief korte periode van loondoorbetaling, een klein bedrag aan transitievergoeding dat gecompenseerd zou moeten worden en een mogelijk groot aantal gevallen waarin recht zou ontstaan op compensatie van dergelijke kleine bedragen, is de regeling in die zin aangepast dat dat compensatie van de transitievergoeding in alle gevallen alleen plaats kan vinden als sprake is van twee jaar ziekte van de werknemer.[31] Dit betekent dat de door werkgevers te betalen transitievergoeding aan zieke werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die van rechtswege eindigt niet (meer) zal worden gecompenseerd, maar ook de betaalde transitievergoeding na beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd na een periode van arbeidsongeschiktheid korter dan twee jaar niet voor compensatie in aanmerking komt. De vraag is of hier niet een incentive ligt voor werkgevers om dan maar de periode van twee jaar 'vol' te maken, teneinde aanspraak te kunnen maken op de compensatieregeling. Dit zal er mogelijk toe kunnen leiden dat in gevallen van langer durende ziekte met als primaire oorzaak een arbeidsconflict, de bereidheid van werkgevers om tot een regeling te komen (al dan niet in het kader van een mediation), waarbij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt gecombineerd met een hersteld melding, zal afnemen. Dergelijke afspraken zijn dan immers minder interessant voor werkgevers, omdat zij de aanspraak op compensatie mislopen.

7.2 *Overgangsrecht*

Om te voorkomen dat een werkgever die een transitievergoeding heeft betaald aan een werknemer die minder dan twee jaar ziek is geweest die berekend is volgens het huidige recht, geen compensatie zou krijgen omdat hij dit pas na inwerkingtreding van het toegevoegde artikel 7:673e BW

27 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2019, nr. 2019-0000023811, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid (Regeling compensatie transitievergoeding), *Stcrt.* 2019, 10547.

28 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*x/Kolom*).

29 Zie de toelichting bij de Regeling compensatie transitievergoeding, *Stcrt.* 2019, 10547.

30 *Kamerstukken* 2018/19, 35074, nr. 3.

31 De samentelregel die in artikel 670 lid 1 BW is opgenomen is van overeenkomstige toepassing op deze periode van twee jaar, *Kamerstukken* 2018/19, 35074, nr. 10.

kan aanvragen, is in het overgangsrecht[32] geregeld dat artikel 7:673e BW niet geldt ten aanzien van arbeidsovereenkomsten die van rechtswege zijn geëindigd voor het tijdstip van inwerkingtreding van die wijziging.[33] De hier beschreven situatie zal zich naar verwachting niet vaak voordoen, nu onder het huidige recht een referteperiode van twee jaar geldt voor het betalen van transitievergoeding.[34]
Voorts is in het overgangsrecht een regeling getroffen voor de gevallen waarin de periode van 104 weken van ziekte eindigt vóór in werking treden van het gewijzigde artikel 7:673 BW, maar de arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld vanwege de in acht te nemen opzegtermijn) pas daarna eindigt. De hoogte van de te compenseren transitievergoeding is gemaximeerd op het bedrag aan transitievergoeding dat verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst na 104 weken ziekte. Als de arbeidsovereenkomst langer dan 10 jaar heeft geduurd, is de transitievergoeding die de werkgever na 104 weken zou moeten betalen mogelijk hoger dan de transitievergoeding die betaald moeten worden op de einddatum. Op grond van het overgangsrecht moet in deze gevallen de te compenseren transitievergoeding ook worden berekend aan de hand van het gewijzigde artikel 7:673 BW.[35] Het kan in die situatie mogelijk aantrekkelijk zijn voor een werknemer om afstand te doen van de opzegtermijn om alsnog in aanmerking te komen voor de hogere transitievergoeding. Het is de vraag hoe het UWV hiermee zal omgaan.

7.3 *Vervroegde IVA*

Ook bij een vervroegde IVA-toekenning aan de werknemer[36] heeft de werkgever pas aanspraak op vergoeding van de betaalde transitievergoeding na beëindiging van de arbeidsovereenkomst na twee jaar. In de praktijk worden dergelijke arbeidsovereenkomsten nogal eens eerder met wederzijds goedvinden beëindigd, waarbij een eventuele compensatie wordt betaald voor gemiste suppletie(s) op het loon. Ernstig zieke werknemers wensen immers soms in een laatste fase de banden met hun werkgever af te snijden, bijvoorbeeld om eerder aanspraak te kunnen maken op een eindafrekening en de transitievergoeding. Die mogelijkheid lijkt met de gewijzigde compensatieregeling niet meer opportuun voor de werkgever.

8. Beslist niet eenvoudiger

Met de Wwz, de Regeling, de Wab en de daarbij behorende overgangsregeling, wordt de discussie rondom het (al dan niet) beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer er tot nu toe niet eenvoudiger op. Het belang van strategische afwegingen met daarbij behorende financiële gevolgen voor betrokken partijen is een feit. Werkgevers en werknemers kunnen reikhalzend gaan uitkijken naar het verlossende woord van de Hoge Raad over de slapende dienstverbanden naar aanleiding van de prejudiciële vragen, maar of daarmee alle onzekerheden zijn weggenomen is de vraag. Ook is het spannend hoe het UWV verdere invulling en uitvoering gaat geven aan de compensatieregeling.

32 *Kamerstukken* 35074, artikel XIII Overgangsrecht compensatie transitievergoeding.
33 De vraag of werkgevers gecompenseerd worden voor 'oude' slapers (die voor 1 juli 2015 al 2 jaar ziek waren en die dus geen recht hadden op transitievergoeding) met wie de arbeidsovereenkomst na 1 juli is of wordt beëindigd is niet aan de orde geweest.
34 *Kamerstukken* 35074, nr. 3.
35 *Kamerstukken* 35074, artikel XIII Overgangsrecht compensatie transitievergoeding.
36 Artikel 23 lid 6 WIA.

R.F. Kötter[1]

De proeftijd: past, present, future

ArbeidsRecht 2019/16

Uitspraken over proeftijd(ontslag) zijn dun gezaaid. Toch trekken ze telkens weer onze aandacht. De proeftijd heeft in het arbeidsrecht immers een status aparte, waardoor de rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd omwille van de contractsvrijheid zwak is en nauwelijks in de wet is geregeld. In dit artikel zal in het kort worden ingegaan op de geschiedenis van het proeftijdbeding, de relevante rechtspraak over de laatste tien jaar tot op heden en de recente voorstellen tot verlenging van de proeftijd zoals deze in de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) zijn uitgewerkt. Bij de bespreking van de rechtspraak over de afgelopen tien jaar zal allereerst worden ingegaan op de vorm- en geldigheidsaspecten van de proeftijd. Daarna zullen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens (en voorafgaand aan) de proeftijd en de materiële toetsing van het proeftijdontslag aan bod komen.

1. Geschiedenis in een nutshell

De eerste wettelijke regeling met betrekking tot de proeftijd werd in 1907 ingevoerd.[2] Destijds was uit onderzoek gebleken dat sommige omringende landen trachtten om de wettelijke voorschriften rond de opzeggingstermijnen te ontlopen door steeds een *'proeftijd'* te doen voortduren.[3] De wetgever wilde aan deze praktijk paal en perk stellen.[4]

Of de wetgever van 1907 een daadwerkelijke proefneming voor ogen heeft gestaan, kunnen we niet uit de wetsgeschiedenis achterhalen.[5]

In 1953 is de tekst van artikel 1639n (*oud) BW* op een belangrijk punt gewijzigd waardoor partijen reeds voor de aanvang van de proeftijd zouden kunnen opzeggen:

> "Indien een proeftijd is bedongen, is ieder der partijen, zolang die tijd niet is verstreken, bevoegd om de dienstbetrekking onmiddellijk te doen eindigen... (et cetera)."

Bij de wetswijziging van 1996 werd de proeftijd in twee wetsartikelen geregeld, namelijk in artikel 7:652 BW, waarin de meer formele (geldigheids)vereisten waaraan een proeftijd moet voldoen zijn geformuleerd, en in artikel 7:676 BW, waarin bepalingen over de materiële aspecten omtrent de proeftijd zijn opgenomen. Bij wetswijziging van 1998 werd in de tekst van artikel 7:652 BW verankerd dat een proeftijd op straffe van nietigheid schriftelijk dient te worden aangegaan. Tevens werd een gedifferentieerde maximumtermijn ingevoerd, gekoppeld aan de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst.[6]

2. De rechtspraak gedurende het laatste decennium

2.1 *Vorm- en geldigheidsaspecten*

Bij de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 werd op straffe van nietigheid voorgeschreven dat de proeftijd schriftelijk moet worden overeengekomen.[7] Uit een arrest van de Hoge Raad van 9 februari 1990 kan worden afgeleid dat, omdat een proeftijd voor de werknemer verstrekkende gevolgen heeft, de eis van schriftelijkheid is ingegeven door het doel de werknemer ervan te doordringen dat het aangaan van een proeftijdbeding van wezenlijk belang is voor zijn rechtspositie.[8]

De proeftijd behoeft niet direct bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst te worden overeengekomen. Het is ook toegestaan om een proeftijd korte tijd na het aangaan van de arbeidsovereenkomst aan te gaan.[9] Dit aspect kwam aan de orde in een zaak die werd beoordeeld door de Kantonrechter Wageningen in een uitspraak van 19 december 2012.[10] In dit geval werd de arbeidsovereenkomst met een proeftijdbeding pas schriftelijk overeengekomen toen de werknemer al bijna twee maanden bij de werkgever werkzaam was. Kort daarna werd de arbeidsovereenkomst door de werkgever met een beroep op de proeftijd beëindigd. De kantonrechter overwoog dat deze omstandigheid niet impliceert dat tussen partijen geen proeftijd is overeengekomen. In de motivering van dit standpunt baseerde de kantonrechter zich op artikel 7:652 lid 2 en 3 BW. De kantonrechter benadrukte dat de in lid 3 opgenomen eis dat de proeftijd bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst moet worden overeengekomen, niet terugslaat op de in lid 2 opgenomen eis van het schriftelijk aangaan van de proeftijd. Deze motivering sluit aan bij de motivering van het Hof 's-Gravenhage in het arrest van 5 maart 2004.[11] Voorts overwoog de kantonrechter dat naar zijn voorlopig oordeel uit het oogpunt van rechtsbescherming en rechtszekerheid de proeftijd dan vóór of kort na de aanvang van de feitelijke werkzaamheden ook mondeling had moeten worden aangegaan. De kantonrechter achtte voorshands niet aan-

1 Mr. dr. R.F. (Robin) Kötter is advocaat te Wierden.
2 Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.
3 Memorie van toelichting o.a. op artikel 1639I *(oud)* BW.
4 Memorie van toelichting op artikel 1639I *(oud)* BW, A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 59.
5 D. Christe, 'Aantekeningen bij de proeftijd van art .1639n BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v.
6 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.
7 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.
8 HR 9 februari 1990, *NJ* 1991/146 (*Visser/Ohler).*
9 Hof 's-Gravenhage 5 maart 2004, *LJN* AO8998, *Vidi.* Anders: Ktr. Heerlen 6 juni 2001, *JAR* 2001/135 (*Odrossly/SteakhouseEldorado).* In diezelfde zin ook: Ktr. Amersfoort 7 november 2008, *LJN* BG8859.
10 Ktr. Wageningen (vzr.) 19 december 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY7040).
11 Hof 's-Gravenhage 5 maart 2004, *LJN* AO8998, *Vidi.* Anders: Ktr. Heerlen 6 juni 2001, *JAR* 2001/135 (*Odrossly/SteakhouseEldorado*). In diezelfde zin ook: Ktr. Amersfoort 7 november 2008, *LJN* BG8859).

nemelijk dat aan die voorwaarde was voldaan en oordeelde dat geen sprake was van een rechtsgeldig proeftijdontslag.

Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in een arrest van 24 april 2012,[12] in een situatie waarin de arbeidsovereenkomst feitelijk eerder was aangevangen dan schriftelijk was overeengekomen, het proeftijdontslag nietig. Dit oordeel sluit naadloos aan op de jurisprudentie over het ingangsmoment van de proeftijd.[13]

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in een arrest van 3 februari 2015 in een zaak waarin in de arbeidsovereenkomst van 9 maanden in strijd met artikel 7:652 BW een proeftijd was overeengekomen voor twee maanden en proeftijdontslag in de tweede maand van de proeftijd was gevolgd, het proeftijdontslag in strijd met de wet, nu de proeftijd niet binnen een maand na het aangaan van de arbeidsovereenkomst schriftelijk was overeengekomen. In dit geval was de arbeidsovereenkomst ruim zeven weken na aanvang van de feitelijke werkzaamheden door de werknemer ondertekend.[14]

Uit de rechtspraak blijkt bij herhaling dat het schriftelijkheidsvereiste voor het proeftijdbeding streng wordt toegepast. Zo oordeelde het Hof Leeuwarden dat met een niet door de werknemer ondertekende brief van de werkgever, waarin werd aangegeven dat een proeftijd geldt, niet aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan.[15] Het hof motiveerde het schriftelijkheidsvereiste onder meer door te wijzen op het belang van de werknemer om niet onvoorbereid en onverwacht te worden geconfronteerd met het verlies van zijn arbeidsplaats.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in een arrest van 3 februari 2015 dat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:652 lid 1 BW met zich meebrengt dat er ten minste enige schriftelijke neerslag van het proeftijdbeding aanwezig moet zijn. Het ging in dit geval om een proeftijdbeding dat uitsluitend in een incorporatiebeding was opgenomen.[16]

Tot slot. In een situatie die leidde tot een uitspraak van de Kantonrechter Limburg van 13 september 2018 ging de werkgever er ten onrechte van uit dat hij de arbeidsovereenkomst tijdens de wettelijk bepaalde proeftijd had opgezegd. Niet gebleken was evenwel dat tussen partijen een proeftijd was overeengekomen. Het gevolg daarvan was dat de vordering van werknemer tot loondoorbetaling werd toegewezen.[17]

12 Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW4246.
13 Zie o.a. Rechtbank Breda 16 juni 1992, *Prg* 1992/3760 en Hof 's-Hertogenbosch 16 april 1991, *NJ* 1992/812 (*Reinders Beheer B.V./Ebbens c.s.*). Zie ook Hof 's-Gravenhage 19 december 2003, *LJN* AO3524 (*Avelingen Groep).*
14 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:715.
15 Hof Leeuwarden 13 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8236.
16 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:715. In dezelfde zin Hof Leeuwarden 17 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH9781.
17 Rechtbank Limburg 13 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8709.

2.2 *Het opnieuw overeenkomen van een proeftijd*

De wet (artikel 7:652 lid 7 BW) staat in beginsel niet toe dat tussen dezelfde partijen een nieuwe proeftijd wordt aangegaan. Een uitzondering op deze regel is toegestaan in het geval duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden worden gevergd waarover de vorige arbeidsovereenkomst geen of onvoldoende inzicht heeft gegeven.[18]

De Kantonrechter Roermond oordeelde in 2010 over een kwestie waarin de werkgeefster met een zelfstandig kok een nieuwe arbeidsovereenkomst met proeftijd was aangegaan voor de functie van kok productie. De kantonrechter oordeelde dat het proeftijdbeding in de nieuw overeengekomen arbeidsovereenkomst niet geldig was omdat werkgeefster gelet op haar ervaringen met werkgeefster sinds 2004 voor het aangaan van de nieuwe arbeidsovereenkomst in 2008 zicht moet hebben gehad op de (on)mogelijkheden van werknemer om onder leiding te kunnen werken.[19]

De Kantonrechter Leeuwarden bepaalde in 2011 dat een proeftijdbeding nietig was in een situatie waarin door de werknemer een arbeidsovereenkomst was gesloten met een werkgever die redelijkerwijs geacht moest worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn.[20]

De Rechtbank Midden-Nederland oordeelde in een uitspraak van 11 januari 2019 dat een proeftijd na een uitzendovereenkomst nietig was omdat partijen reeds voorafgaand aan de proeftijd ervaring met elkaar hadden opgedaan.[21]

2.3 *Duur van de proeftijd*

In een uitspraak van de Kantonrechter Wageningen van 1 november 2010 deed zich de vraag voor of verkorting van de duur van de arbeidsovereenkomst een niet toegelaten verlenging van de proeftijd tot gevolg had.[22] In dit geval was in eerste instantie een arbeidsovereenkomst voor twaalf maanden overeengekomen met een proeftijd voor een maand. Twee dagen voor het aflopen van de proeftijd is werkgever met werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst voor zes maanden aangegaan om binnen die periode het functioneren van werknemer te kunnen beoordelen. De kantonrechter oordeelde dat deze tweede arbeidsovereenkomst in feite fungeerde als een langere proeftijd. Die was volgens de kantonrechter in strijd met de ratio van artikel 7:652 BW. In een zaak die eerder dat jaar werd beoordeeld door de Kantonrechter Eindhoven werd het door de werkgever omzetten van een arbeidsovereenkomst voor onbe-

18 Dit is uitgemaakt in HR 14 september 1984, *NJ* 1985/244 (*Hardchroom/Yigit).* Zie in dezelfde zin Ktr. Tiel 13 mei 2009, *JAR* 2009/175.
19 Ktr. Roermond 28 juli 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BN3625.
20 Ktr. Leeuwarden 11 januari 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BP1638. Zie ook HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema*). Zie voorts Rechtbank Zwolle-Lelystad 25 november 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BK6649, waarin in geval van indiensttreding bij een doorstartende vennootschap na faillissement van de werkgever de opvolgend werkgever niet redelijkerwijs werd geacht ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn.
21 Rechtbank Midden-Nederland 11 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:211.
22 Ktr. Wageningen (vzr.) 1 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4467.

paalde tijd na afloop van de proeftijd in een tijdelijk contract niet als misbruik van de opzegging tijdens de proeftijd aangemerkt. In de motivering van de uitspraak legde de kantonrechter vooral de nadruk op de omstandigheid dat het initiatief voor een tweede kans van werknemer was uitgegaan en zijn voormalig leidinggevende alleen daarom pogingen had ondernomen om werknemer aan het werk te houden.[23] Hieruit volgt dat veel zal afhangen van de concrete omstandigheden.

2.4 *De materiële toetsing van proeftijdontslag*

In de lagere rechtspraak treffen we zo nu en dan uitspraken aan waarin de proeftijdontslag bevoegdheid in geval van een vermoeden van verboden onderscheid werd getoetst op misbruik van bevoegdheid. In een door de Kantonrechter Enschede bij voorlopige voorziening gewezen uitspraak werd het dienstverband door werkgever korte tijd na de aanvang van de arbeidsovereenkomst opgezegd nadat de werknemer, een junior projectleider, door een herseninfarct was getroffen. De kantonrechter kwalificeerde het herseninfarct en de gevolgen daarvan als een handicap in de zin van de wet WGBH/CZ. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter zou de werkgever niet slagen in het tegenbewijs van het vermoeden van ongelijke behandeling als bedoeld in artikel 10 lid 1 WGBH/CZ. De vordering tot doorbetaling van salaris voor de periode totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zou zijn geëindigd te vermeerderen met de wettelijke rente en de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW werd dan ook toegewezen.[24]

In veel situaties is de werkgever evenwel in staat om het tegenbewijs van het vermoeden van ongelijke behandeling als bedoeld in artikel 10 lid 1 WGBH/CZ te leveren. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 17 september 2010.[25] In deze kwestie stond voor de kantonrechter vast dat de redenen op grond waarvan werkneemster zich had ziek gemeld, niet waren terug te voeren op een handicap of chronische ziekte.

2.5 *Opzegging voor aanvang proeftijd*

Sinds een wetswijziging in 1953 is duidelijk dat een arbeidsovereenkomst reeds voor de feitelijke aanvang van het dienstverband met een beroep op de proeftijd kan worden beëindigd.[26]

In een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 9 november 2010 speelde de vraag of een werknemer die voor aanvang van de arbeidsovereenkomst met een proeftijd ontslag neemt tot schadevergoeding verplicht is. Het hof overwoog dat niets was gesteld of gebleken op grond waarvan sprake zou zijn van een nietig of vernietigbaar proeftijdontslag. Derhalve was er sprake van een rechtsgeldige opzegging en kon geen aanspraak worden gemaakt op de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:680 lid 1 BW. Evenmin werd door het hof aangenomen dat hier sprake was van misbruik van recht door de werknemer, van een onrechtmatige daad of van schending van het beginsel van goed werknemerschap.[27]

In de situatie die heeft geleid tot een uitspraak van de Kantonrechter Arnhem van 20 december 2018 werd de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een proeftijd voor de duur van één maand door werkgeefster voorafgaand aan de ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst beëindigd.[28] De kantonrechter nam onder de specifieke omstandigheden van het geval aan dat de werkgeefster schadeplichtig was en veroordeelde de werkgeefster tot betaling van een schadevergoeding aan de werkneemster gelijk aan één maandsalaris. Hierbij speelde voor de kantonrechter een rol dat de werkgeefster de werkneemster had medegedeeld dat zij haar dienstverband met haar oude werkgever *'met een gerust hart'* kon opzeggen en van werkgeefster in de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht dat zij werkneemster in redelijkheid de tijd zou hebben gegeven om haar geschiktheid voor de functie te bewijzen, alvorens zich een oordeel te vormen omtrent haar functioneren. De kantonrechter oordeelde daarom dat de werkgeefster in het proces voorafgaand aan haar besluit om de arbeidsovereenkomst met de werkneemster op te zeggen, had gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap.

2.6 *Proeftijdontslag en eisen van goed werknemerschap*

Een werknemer nam ontslag tijdens de proeftijd en de kwestie kwam zelfs tot aan de Hoge Raad. In deze zaak had de werknemer een door hem namens de werkgever gevoerd acquisitiegesprek met een klant gebruikt als sollicitatiegesprek en vervolgens het dienstverband met zijn werkgever met onmiddellijke ingang opgezegd om bij die klant in dienst te treden. De werkgever verzocht om een vergoeding van zijn onkosten en de schade, die zou bestaan uit het mislopen van de klant. Dit verzoek werd door de kantonrechter afgewezen. De vordering tot vergoeding van de schade uit misgelopen omzet werd door de kantonrechter daarentegen toegewezen. Het hof wees in hoger beroep echter ook deze vordering af, omdat de klant niet de bedoeling had gehad om een partij als de werkgever een opdracht te gunnen. Het cassatieberoep werd door de Hoge Raad verworpen met toepassing van artikel 81 RO.[29]

23 Ktr. Eindhoven 6 mei 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN6214.
24 Ktr. Enschede 13 november 2007, *JAR* 2007/92.
25 Rechtbank Amsterdam 17 september 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO2998. Zie ook Rechtbank Limburg 27 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9190. Zie in geval van opzegging tijdens de proeftijd in geval van zwangerschap: Ktr. 's-Hertogenbosch 22 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:420.
26 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619, *Handelingen II*, 20 februari 1953, p. 2371 r.k. en 2372 I.K.
27 Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BO4338.
28 Ktr. Arnhem 20 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5741. Eerder oordeelde ook de Rechtbank Midden-Nederland dat een werkgever die de arbeidsovereenkomst met een werknemer voor aanvang van het dienstverband had opgezegd, schadeplichtig was, Rechtbank Midden-Nederland 8 juni 2011, 699800 UC Expl 10-10174 DJ/4066.
29 HR 12 december 2008, *LJN* BG1213 (*Bezo/Consult B.V.)*

2.7 *Proeftijdontslag en eisen van goed werkgeverschap*

Een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever tijdens de proeftijd wordt in de rechtspraak slechts sporadisch in strijd met de eisen van goed werkgeverschap geacht. Deze terughoudende toetsing van de opzeggingsbevoegdheid tijdens de proeftijd ligt ook voor de hand om daarmee de werkgever de benodigde ruimte te geven om te kunnen beoordelen of de werknemer qua capaciteit en/of karakter geschikt is voor de door hem uit te oefenen functie. De kantonrechter nam in een concrete situatie als vaststaand aan dat de verstandhouding tussen partijen was verslechterd nadat werkneemster was medegedeeld dat zij op een bepaalde afdeling zou worden geplaatst. Onder die omstandigheden oordeelde de kantonrechter het ontslag binnen de proeftijd niet onrechtmatig of in strijd met de eisen van goed werkgeverschap, aangezien met het gegeven ontslag niet was getreden buiten het doel van de overeengekomen proeftijd.[30] De vraag is evenwel of de proeftijd dit door de kantonrechter veronderstelde doel heeft.[31]

De Kantonrechter Amersfoort deed op 18 november 2009 een interessante uitspraak in een kwestie waarin de werknemer na zijn ontslag aan het eind van de proeftijd schadevergoeding vorderde omdat de werkgever niet als goed werkgever zou hebben gehandeld. De kantonrechter oordeelde dat voor schadeplichtigheid op grond van artikel 7:611 BW in een geval als dit, pas grond is, indien de werkgever vanwege de onevenredigheid tussen de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot de uitoefening van de (ontslag)bevoegdheid had kunnen komen.[32] Deze terughoudende toets komt volgens de kantonrechter overeen met die welke in artikel 3:13 lid 2 BW wordt voorgeschreven ter bepaling of van het daar als derde genoemde geval van misbruik van bevoegdheid sprake is. Het oordeel van de kantonrechter sluit aan bij de mening van Bouwens en Duk inhoudende dat een vergaande materiële toetsing van de opzegging tijdens de proeftijd in strijd is met het gesloten stelsel van het ontslagrecht.[33] In de literatuur en rechtspraak wordt over dit aspect evenwel tot op heden verschillend gedacht.[34]

De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd op de derde dag na indiensttreding van een werknemer niet in strijd was met de eisen van goed werkgeverschap. De kantonrechter overwoog hierbij onder meer dat de schending van artikel 7:611 BW eruit kan bestaan dat de werkgever de werknemer, die voor de nieuwe arbeidsovereenkomst een dienstverband van een aantal jaren heeft opgezegd, onvoldoende kans geeft om zich in de arbeidsovereenkomst te bewijzen en/of zich onvoldoende afvraagt of hij wel behoefte heeft aan de functie, waarin de nieuwe werknemer is aangesteld. Deze situatie deed zich hier volgens de kantonrechter echter niet voor.[35]

2.8 *Nietig proeftijdontslag/schadevergoeding*

In de zaak die heeft geleid tot een uitspraak van de Kantonrechter Zwolle van 23 december 2016 bleek uit de arbeidsovereenkomst dat geen proeftijd was overeengekomen. Evenmin was komen vast te staan dat de werknemer schriftelijk met de beëindiging van zijn dienstverband had ingestemd. De kantonrechter wees een vergoeding toe op grond van artikel 7:681 BW en kende tevens de looncompensatie op grond van artikel 7:672 lid 10 BW toe.[36]

Het Hof 's-Hertogenbosch zag in een geval van een nietig proeftijdontslag waarbij de werknemer inmiddels ander werk had gevonden, aanleiding om de loonvordering met gebruikmaking van artikel 7:677 lid 4 BW te matigen tot het in geld vastgestelde loon voor drie maanden.[37]

2.9 *Proeftijdontslag en studiekostenbeding*

Het Hof Arnhem oordeelde op 8 maart 2011 over de vraag of een studiekostenbeding in strijd is met de strekking van de proeftijd. De werknemer had in dit geval zijn arbeidsovereenkomst vanwege zijn privé-situatie kort na aanvang van het dienstverband in de proeftijd opgezegd. Het hof was van oordeel dat de toepassing van het studiekostenbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was.[38] Hoe de rechterlijke afweging in een concreet geval zal uitpakken, hangt sterk af van de omstandigheden van het concrete geval. Daarbij speelt een rol van wie het initiatief tot opzegging is uitgegaan en om welke reden tijdens de proeftijd werd opgezegd.[39]

3. De wet arbeidsmarkt in balans (Wab)

Het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans[40] heeft al veel discussie teweeggebracht en inkt laten vloeien.[41] Het conceptwetsvoorstel bood aanvankelijk de mogelijkheid om in geval direct een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden aangegaan, een proeftijd voor vijf maanden overeen te komen. Indien direct een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van minimaal twee jaar

30 Ktr. Den Helder 8 mei 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BD2823.
31 R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd*, diss. UL, Deventer: Kluwer 2010, p. 253-254.
32 Ktr. Amersfoort 18 november 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK3087.
33 Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2011, p. 379.
34 Zie: E.J. Molemans & C.J. Loonstra, 'Proeftijdbeding: stand van zaken 2003-2008 (1) Formele aspecten', *ArbeidsRecht* 2008/45. Voor toetsing van proeftijdontslag aan de eisen van goed werkgeverschap zijn E.G. van Arkel, P.A. Boontje & C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003, II en G.J.J. Heerma van Voss, *Asser 7-V*: Bijzondere overeenkomsten; arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst,* Deventer: Kluwer 2008, nr. 370. Van der Kind sluit zich aan bij de opvatting van Bouwens en Duk, O. van der Kind, *TRA* 2009/37.
35 Ktr. Amsterdam 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6698.
36 Ktr. Zwolle 23 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5144.
37 Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:537. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:715. In die situatie passeerde het hof het beroep op loonmatiging omdat werkgeefster haar stelling op dit punt onvoldoende had onderbouwd.
38 Hof Arnhem 8 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1355.
39 R.F. Kötter, 'Terugbetaling van studiekosten na proeftijdontslag? Een dure les?', *ArbeidsRecht* 2008/2 (p. 11).
40 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 4.
41 S.S.M. Peters, 'Proeftijd XL: complexiteit die niet (ver)leidt tot meer vastigheid', *TRA* 2018/70.

zou worden aangegaan, zou een proeftijd voor drie maanden kunnen worden overeengekomen. De Tweede Kamer verzette zich echter tegen een verlenging van de proeftijd, omdat dit de kans op misbruik oproept. Op 5 februari 2019 heeft de Tweede Kamer het Wetsvoorstel Wab aangenomen. Het – nader gewijzigd – amendement van GroenLinks kamerlid Smeulders om de proeftijdbepalingen niet te wijzigen, is daarbij tevens aangenomen.[42]

4. Proeftijd blijft van ijzer

Uit de rechtspraak over de proeftijd uit het afgelopen decennium volgt dat rechters uit het oogpunt van rechtsbescherming van de proeftijdwerknemer niet aan de daaraan gestelde vorm- en geldigheidsvereisten willen tornen. Voor wat betreft de mogelijkheid om de opzegging van de arbeidsovereenkomst inhoudelijk te toetsen op basis van de eisen van goedwerkgeverschap, kan voorzichtig uit de rechtspraak worden afgeleid dat rechters gaandeweg het hierover door Bouwens en Duk ingenomen standpunt volgen; terughoudend omgaan met materiële toetsing. Voor de gevolgen van een nietig proeftijdontslag en het vaststellen van schadevergoeding zoeken rechters steeds vaker aansluiting bij de mogelijkheid tot het toekennen van gefixeerde schadevergoeding.

42 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 38.

Ontwerpbesluit van

tot wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met afwijking van artikel 8a van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs voor werknemers met een beperking

Op de voordracht van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van datum openlaten, nr. nr. invullen;

Gelet op artikel 8a, negende en tiende lid, van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [niet invullen],

HEBBEN GOEDGEVONDEN EN VERSTAAN:

Artikel I

Na hoofdstuk 1 van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs wordt een hoofdstuk ingevoegd, luidende:

Hoofdstuk 1a. Bepalingen gelijke behandeling ter beschikking gestelde arbeidskrachten

Afwijken van het payrollregime voor mensen met een arbeidsbeperking

Artikel 1a:2

Bij collectieve arbeidsovereenkomst kan ten aanzien van de arbeidskracht die werkzaam is in een dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wet sociale werkvoorziening, worden afgeweken van artikel 8a van de wet.

Artikel II

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2020.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

Nota van toelichting

Algemeen

I Inleiding: Doelstelling en beleidskeuze

Dit besluit zorgt ervoor dat voor werknemers die werkzaam zijn in een dienstbetrekking als bedoeld in de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) en van daaruit gedetacheerd worden, de cao Wsw toegepast kan blijven worden, ook als zij gekwalificeerd worden als payrollwerknemers in de zin van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).

Met de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) zijn maatregelen getroffen om te voorkomen dat er bij payroll wordt geconcurreerd op arbeidsvoorwaarden. Daarom is in de wet opgenomen dat payrollwerknemers recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die bij de inlener gelden, met uitzondering van pensioen, waarbij payrollwerknemers recht krijgen op een adequate pensioenregeling. Hierdoor wordt voorkomen dat payrollwerknemers tegen mindere arbeidsvoorwaarden werkzaam zijn. Het kabinet vindt het belangrijk dat voor iedereen, dus ook voor mensen die alleen met ondersteuning de arbeidsmarkt betreden, het beginsel van gelijke beloning geldt voor hetzelfde werk op dezelfde werkvloer.

Tegelijkertijd zijn juist kwetsbare werknemers, zoals werknemers uit de sociale werkvoorziening, gebaat bij een stabiel inkomen. Toepassing van het payrollregime leidt mogelijk tot een sterkere inkomensfluctuatie wanneer er werkzaamheden worden verricht voor verschillende inleners. Dit kan onwenselijk zijn, omdat werknemers hierdoor in financiële problemen kunnen komen (bijvoorbeeld vanwege niet tijdige aanpassing toeslagen met toeslagschulden als gevolg). Ook zekerheid van werk is belangrijk voor deze groep. De sociale werkvoorziening speelt hierin een belangrijke rol. De werknemer heeft zekerheid van werk en inkomen en kan terugvallen op de zekerheid van de sociale werkvoorziening als de detachering onverhoopt niet goed loopt. Daarnaast moet voorkomen worden dat detacheringen uit de sociale werkvoorziening lastiger worden als gevolg van het payrollregime. Dit regime is aan de orde zijn wanneer sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten waarbij de detachering niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en er sprake is van exclusieve terbeschikkingstelling. Deze detacheringen stimuleren regulier werk voor deze werknemers. Dit biedt (meer) zelfstandigheid, geeft een gevoel van eigenwaarde en brengt een sociaal netwerk met zich mee. Maar ook vanuit economisch oogpunt is het van belang dat mensen met een arbeidsbeperking - met ondersteuning - kunnen werken.

Alles afwegende meent de regering dat voor deze werknemers gebruik moet worden gemaakt van de mogelijkheid dat bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat niet het payrollregime van arbeidsvoorwaarden (artikel 8a van de Waadi in het wetsvoorstel) gevolgd hoeft te worden voor mensen werkzaam in een Wsw-dienstbetrekking of die behoren tot een bepaalde categorie arbeidsbeperkten als bedoeld in de Wet financiering sociale verzekeringen (banenafspraak) en de doelgroep beschut werk (artikel 10b, eerste lid, van de Participatiewet). Dit heeft tot gevolg dat voor deze werknemers nadere regels gesteld kunnen worden, mede om te bepalen welk

arbeidsvoorwaardelijk regime dan wel van toepassing is (het regime in artikel 8 Waadi of een ander arbeidsvoorwaardelijk regime).

Nu worden werknemers die vanuit de sociale werkvoorziening worden gedetacheerd al beloond conform de Wsw cao, en niet conform de beloning die geldt bij de inlener. Deze cao Wsw wordt dus gezien als een afwijking van het gelijk loonvoorschrift van artikel 8 Waadi, op grond van het derde lid van dat artikel, waarin is bepaald dat bij cao mag worden afgeweken. Bij dit besluit wordt vastgesteld dat voor mensen in een Wsw-dienstbetrekking bij cao afgeweken kan worden van artikel 8a Waadi. Dit voldoet naar het oordeel van de regering aan de doelstellingen die eerder bij de wet genoemd zijn, te weten de doelstellingen van zekerheid van werk, de doorstroom naar regulier werk en duurzame plaatsingen. Met een dienstbetrekking bij de sociale werkvoorziening hebben werknemers de zekerheid van het sociale werkbedrijf, terwijl met de verplichting dat er sprake moet zijn van een cao het werknemersbelang voldoende geborgd is (zoals de cao Wsw).

Voorgesteld wordt om bij dit besluit de huidige groep Wsw-gedetacheerden uit te zonderen van het payrollregime. Deze werknemers hebben in plaats daarvan recht op arbeidsvoorwaarden van de cao SW.

Voor de doelgroep banenafspraak en nieuw beschut werk wordt tot nader order niet gekozen voor opname in dit besluit omdat er geen cao is die de arbeidsvoorwaarden van de doelgroepen banenafspraak en nieuw beschut regelt. De arbeidsvoorwaarden van deze werknemers zijn in geval van payrolling geregeld conform de Wet arbeidsmarkt in balans. Aanname hierbij is dat gezien het geringe(re) verschil in arbeidsvoorwaarden tussen de verschillende sectoren in het begin van de schalen van de cao's dit vooralsnog niet tot complicaties hoeft te leiden.

Er zal een monitor worden opgezet wat de gevolgen zijn van payrolling op de doelgroep banenafspraak. Samen met sociale partners en de VNG zal het ministerie van SZW deze monitor de komende periode uitwerken. Hierbij zullen de uitgangspunten die genoemd zijn bij de totstandkoming van de behandeling van voorstel van Wet arbeidsmarkt in balans leidend zijn, te weten: de doelstellingen van gelijke behandeling, inkomensstabiliteit, zekerheid van werk, de doorstroom naar regulier werk en duurzame plaatsingen.

De uitkomsten van de monitoring worden periodiek - voor het eerst voorjaar 2021 - besproken tussen het ministerie van SZW, de VNG en de Stichting van de Arbeid. Mocht daartoe aanleiding zijn, dan kan voor deze doelgroepen in de toekomst een uitzondering worden gemaakt bij algemene maatregel van bestuur.

II Verhouding tot hoger recht

Het staat de Nederlandse regering niet geheel vrij om een uitzondering op het payrollregime te bepalen, hierbij is zij namelijk gebonden aan de Uitzendrichtlijn (immers, het huidige artikel 8 Waadi is een implementatie van de Uitzendrichtlijn). Payrollkrachten zijn namelijk een bijzondere groep uitzendkrachten en vallen in dat kader onder de bescherming die de Uitzendrichtlijn hen biedt.

De Uitzendrichtlijn kent een beperkt aantal mogelijkheden om van het gelijk loonbeginsel af te wijken. De mogelijkheden komen in het kort neer op:
1. werknemers (van de huidige Wsw, doelgroep banenafspraak of nieuw beschut) onder het huidige uitzendarbeidsvoorwaardenregime (huidige artikel 8 Waadi) te laten vallen;

2. mogelijkheid tot afwijking van het payrollregime indien op de werknemer een apart arbeidsvoorwaardenregime (op een nader te bepalen acceptabel niveau) van toepassing waarbij sprake is van een contract voor onbepaalde tijd. Daarbij moet de werknemer tussen de opdrachten worden doorbetaald, er mag dus geen sprake zijn van een oproepcontract;
3. mogelijkheid tot afwijking van het payrollregime bij aparte cao (dus niet via artikel 8 Waadi), waarbij cao-partijen verantwoordelijk zijn voor het algemene beschermingsniveau van de doelgroep.

In dit geval is gekozen voor de derde mogelijkheid, waarbij Nederland, na raadpleging van de sociale partners, ervoor heeft gekozen de sociale partners betrokken bij de cao Wsw de mogelijkheid te bieden om de cao Wsw voort te zetten ook voor mensen uit de sociale werkvoorziening die gepayrolld worden.

III Gevolgen
Door de uitzondering die in dit Besluit is opgenomen kan een werkgever voor werknemers vanuit de sociale werkvoorziening de cao Wsw blijven toepassen. De bestaande situatie wordt hiermee gecontinueerd. Uit dit besluit vloeien daarom ook geen financiële gevolgen voort.

IV Uitvoering

Voor de huidige werknemers die in dienst zijn bij de sociale werkvoorziening kan de cao Wsw toegepast blijven worden. Dit betekent dat de sociale werkvoorzieningen werknemers kunnen blijven detacheren met toepassing van de huidige cao Wsw, zonder hierin een analyse te moeten maken of er sprake is van payrolling of van een andere detachering. De werknemers behouden hierdoor een stabiel inkomen op grond van de cao Wsw, ongeacht of en waar ze gedetacheerd worden. Er zijn geen gevolgen voor de regeldruk. De ATR heeft aangegeven zich in deze conclusie te kunnen vinden.

V Toezicht en handhaving

De doelgroep van dit besluit is beperkt tot de groep werknemers die werkzaam is in een dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wet sociale werkvoorziening. Dit zal zichtbaar zijn in de arbeidsovereenkomst. Tevens is de (formele) werkgever verplicht om in de loonaangifte op te geven of er sprake is van een dienstbetrekking op grond van de Wet sociale werkvoorziening. Dit is namelijk relevant voor de door de werkgever verschuldigde premie. Daarnaast moeten gemeenten op grond van de Regeling uitvoering sociale werkvoorziening en begeleid werken per Wsw-werknemer registreren of er sprake is van detachering, en wordt per detachering tussen gemeente (of een namens de gemeente optredend Sociaalwerkvoorzieningsbedrijf) en inlenende organisatie een detacheringsovereenkomst afgesloten.

VI Monitoring en evaluatie

Zoals de regering reeds heeft aangegeven heeft zal de Wet arbeidsmarkt in balans vijf jaar na de inwerkingtreding worden geëvalueerd. Over het algemeen levert evalueren op een termijn van vijf jaar na inwerkingtreding van een wet een betrouwbaar beeld op van de effecten die met deze wet zijn beoogd.

Het UWV publiceert elk kwartaal een rapportage over de realisatie van de banenafspraak en beschut werk. In deze rapportage wordt ook onderscheid gemaakt tussen reguliere

banen (direct in dienst bij een werkgever) en banen waarbij sprake is van (WSW-)-detachering of uitzenden of payrolling. Aan het UWV is gevraagd hier bij de komende monitoring onderscheid te maken tussen deze die vormen. Dit is mogelijk, omdat de UWV deze trendrapportage baseert op de polisadministratie. Via de gegevensuitvraag loonaangifte waaraan de gegevens die in polisadministratie zijn opgenomen worden ontleend, dient een werkgever op te geven of er sprake is van een payrollwerknemer (code 82) of van een uitzendwerknemer (code 11). Eerder is geconstateerd dat de vulling van de zogenoemde 'code 82' achterblijft bij de marktverkenningen van de sector zelf. Het aantal payrollkrachten zal dus waarschijnlijk een onderschatting zijn.

Mede op basis van deze rapportage zal een monitor worden opgezet samen met VNG en sociale partners, zoals ook in paragraaf I is aangegeven.

VII Advies en consultatie

Dit voorstel is besproken met sociale partners in de regiegroep van de Stichting van de Arbeid en met de VNG en zij hebben aangegeven zich te kunnen vinden in deze uitzondering.

VIII Inwerkingtreding

Per 1 januari 2020 treden de maatregelen die betrekking hebben op de gelijke arbeidsvoorwaarden en rechtspositie van payrollwerknemers in werking, met uitzondering van de verplichting om een adequate pensioenregeling aan te bieden. Dat onderdeel treedt een jaar later, op 1 januari 2021 in werking. Dit besluit heeft dan ook een voorziene inwerkingtredingsdatum van 1 januari 2020.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

114. De wetgever en payrolling: waar staan we nu?

MR. A. BRIEJER

In april 2018 is in dit tijdschrift uitgebreid stilgestaan bij het fenomeen payrolling binnen het Nederlandse arbeidsrecht.[1] In het betreffende artikel is het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Waadi, mede aan de hand van diverse opvattingen in de literatuur en jurisprudentie over payrolling, besproken. Na verschijning van dat artikel heeft een aantal interessante ontwikkelingen plaatsgehad in relatie tot payrolling.

1. Inleiding

Minister Koolmees heeft op 7 november 2018 het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (WAB), met daarin onder andere voorstellen ten aanzien van payrolling, bij de Tweede Kamer ingediend. Ondanks de kritische noot van de Raad van State is de WAB vrijwel ongewijzigd op 5 februari 2019 door de Tweede Kamer aangenomen.[2] Het is nu aan de Eerste Kamer zich uit te laten over het wetsvoorstel.[3] Daags voordat de WAB werd aangenomen is het eerder besproken initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Waadi ingetrokken.[4] In dit artikel wordt stilgestaan bij deze ontwikkelingen.

2. De introductie van de payrollovereenkomst in het BW

Het kabinet heeft in april 2018 een start gemaakt met de uitvoering van hetgeen is overeengekomen in het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' door het conceptwetsvoorstel WAB in consultatie te brengen. De VAAN en de VvA hebben in dat kader de krachten gebundeld, hetgeen heeft geresulteerd in een op 4 mei 2018 ingediende kritische notitie.[5] Uiteindelijk is de WAB op 7 november 2018 door minister Koolmees ingediend bij de Tweede Kamer. Tegelijkertijd is door dezelfde minister de Commissie Regulering van werk ingesteld met als taak (uiterlijk 1 november 2019) advies uit te brengen over de toekomst van het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit.[6] Een van de onderwerpen waarover advies zal worden gegeven – naast bijvoorbeeld platformarbeid – betreft payrolling.
Op basis van de tekst van de WAB is het voorstel een nieuw artikel (7:692) in het Burgerlijk Wetboek (BW) op te nemen met daarin de volgende definitie van payrolling:
'De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van de vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.'
Op grond van de voorgestelde wettekst geldt op de payrollovereenkomst een regime vergelijkbaar met het 'standaard' arbeidsrecht. Het ex artikel 7:691 BW verlichte arbeidsrechtelijk regime is op grond van het wetsvoorstel uitdrukkelijk niet van toepassing op de arbeidsrelatie die valt onder de definitie van de payrollovereenkomst. Indien de formele werkgever geen actieve rol heeft gespeeld in het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt is er volgens de regering sprake van payrolling.[7] De overeenkomst tussen de formele werkgever en de derde is bepalend voor de vraag of hiervan sprake is.[8] Het wetsvoorstel probeert derhalve door de introductie van de payrollovereenkomst, met daaraan gekoppelde criteria, de arbeidsrelatie tussen partijen te duiden en daaraan het toepasselijke arbeidsrechtelijke regime te koppelen.

3. De allocatieve functie en payrolling

Op dit moment speelt de vraag of sprake is van een allocatieve functie bij de totstandkoming van een payrollovereenkomst geen rol van betekenis bij beoordeling van

1 A. Briejer, 'Euforie in de payrollsector na *Care4Care*, maar voor hoelang?', *TAP* 2018/2.
2 De zogenoemde 'proeftijd XL'-bepaling heeft het niet gehaald.
3 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, A.
4 *Kamerstukken II* 2018/19, 34837, nr. 11.
5 Zie de bijdrage van J.P.H. Zwemmer in: VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie WAB, onder redactie van A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, 'VAAN-VvA-WAB', *TAP* 2018/4.
6 *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, nr. 207 (Commissie-Borstlap).
7 Partijen kunnen aan de hand van indicaties bezien of sprake is van een allocatieve functie. De regering benoemt in de memorie van toelichting een aantal van die indicaties (*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40).
8 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 42.

de vraag of het verlichte arbeidsrechtelijk regime ex artikel 7:691 BW van toepassing is. Het wetsvoorstel brengt daarin verandering. Payrolling komt, als vorm van terbeschikkingstelling, onder de WAB niet meer te vallen onder voornoemd regime. De aard van de arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie is derhalve van doorslaggevende betekenis om te bepalen welk arbeidsrechtelijk regime toepasselijk is (de 'gewone' of de 'light' versie). Het voorstel tracht dit helder te krijgen door de introductie van de payrollovereenkomst in het BW. De regering heeft in dit kader de suggestie van de VAAN-VvA werkgroep dat de definitie van de uitzendovereenkomst zelf zou moeten worden aangepast door de allocatiefunctie op te nemen in deze definitie, maar geen specifiek regime moet worden getroffen voor payrolling, niet overgenomen. Dit zou volgens de regering tot rechtsonzekerheid leiden wat betreft de vraag of payrolling nog mogelijk blijft, nu er bij payrolling immers geen sprake is van een allocatiefunctie. Dit laatste valt te betwijfelen. Er zijn namelijk vormen van payrolling denkbaar waarbij (in enige mate) wel degelijk sprake is van een allocatiefunctie.[9] De regering meent verder dat, wanneer de suggestie wordt overgenomen, '*in dat geval de payrollwerkgever mogelijk niet meer als werkgever zal worden aangemerkt, maar zal de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt als werkgever in de zin van artikel 7:610 BW gekwalificeerd worden, nu deze immers feitelijk toezicht en leiding blijft uitvoeren.*'[10] Een van de vereisten om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW is dat sprake is van toezicht en leiding van de inlener. Wanneer hieraan en aan de overige in artikel 7:690 BW opgenomen vereisten is voldaan, wordt de deur naar het verlichte arbeidsrechtelijk regime van artikel 7:691 BW geopend. Gelet op het dwingendrechtelijk karakter van artikel 7:610 BW kan de inlenende partij altijd worden aangemerkt als de formele werkgever. Aanscherping van artikel 7:690 BW maakt dit niet anders. Daarentegen zou aanscherping er mijns inziens wel toe leiden dat eerder duidelijk is wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst. Door payrolling als *aparte* uitzendovereenkomst in het BW op te nemen, maakt de regering het in mijn optiek nodeloos ingewikkeld.

Het opnemen van de allocatiefunctie als vereiste in artikel 7:690 BW, conform de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van dat artikel, zou het mijns inziens minder complex maken. De Hoge Raad oordeelde in *Care4Care* anders, maar geeft tegelijkertijd aan dat voor zover de toepassing van artikel 7:691 BW bij payrolling zou leiden tot ongewenste situaties, het in de eerste plaats aan de wetgever is om hier grenzen aan te stellen.[11] Die grens kan de wetgever stellen door de allocatiefunctie in artikel 7:690 BW als constitutief vereiste op te nemen. Uit de toelichting op de WAB blijkt overigens dat de regering eenzelfde visie heeft als de wetgever destijds bij de introductie van de uitzendovereenkomst en het daaraan gekoppelde arbeidsrechtelijke regime: '*er is sprake van uitzenden als de uitzendwerkgever de allocatie functie heeft vervuld en de werkgeverstaken op zich neemt*'.[12] Anderzijds kan worden gesteld dat de huidige tekst een goede basis vormt voor de driehoeksrelatie in het algemeen. In het verlengde daarvan is het standpunt dat hoe specifieker de wettekst wordt geformuleerd, hoe eenvoudiger het zal zijn constructies op te tuigen die daar net buiten vallen, goed verdedigbaar. Laagland stelt voor de allocatiefunctie te koppelen aan de onderneming van de werkgever en niet aan de individuele driehoeksrelatie. Zij stelt voor op te nemen dat artikel 7:691 BW enkel geldt voor bedrijven die bijvoorbeeld meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis halen uit het actief samenbrengen van vraag en aanbod. Ook daar valt wel iets voor te zeggen, zij het, zo constateert Laagland, dat ook aan deze oplossing nadelen kleven.[13] Dit toont maar weer eens aan hoe complex het is payrolling vorm te geven. Het feit dat payrolling in de praktijk vele gezichten kent, maakt het er niet gemakkelijker op.

> Onder de WAB is het arbeidsrecht 'light' regime niet van toepassing op de payrollovereenkomst

Op basis van de voorgestelde wijziging van artikel 8a Waadi worden bedrijven, die zich met payrollen bezighouden, verplicht werknemers die zij ter beschikking hebben gesteld dezelfde arbeidsvoorwaarden te bieden als die zouden gelden als een payrollwerknemer rechtstreeks in dienst zou zijn bij de inlener. In dit kader benadrukt de regering dat payrolling als instrument om werkgevers te ontzorgen, mogelijk moet blijven. De negatieve gevolgen voor payrolling dienen echter wel ongedaan te worden gemaakt.[14]

4. Kritische noot van de Raad van State

De Afdeling advisering van de Raad van State ('de Afdeling') heeft zich kritisch uitgelaten over de in de WAB opgenomen voorstellen. Nu de Eerste Kamer de taak heeft te beoordelen of het wetsvoorstel rechtmatig, handhaafbaar en uitvoerbaar is, wordt hieronder ingegaan op die kritiek. De Afdeling concludeert dat de in het wetsvoorstel gehanteerde probleembeschrijving en probleemaanpak onvoldoende recht doen aan de fundamentele aard, brede effecten en concrete urgentie van de problematiek op de arbeidsmarkt.[15] In het op 11 oktober 2018 verschenen adviesrap-

9 Voor een overzicht van verschillende vormen van payrolling: Y.A.E. van Houte 'Uitzenden en payrolling; overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36 en ook: M. Tanja & J. den Hoed, 'De uitzendovereenkomst: een beperkende uitleg, met verruimde gevolgen', *TRA* 2017/15.

10 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 108.

11 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370, m.nt. E. Verhulp.

12 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 108.

13 F.G. Laagland, 'Payrolling: het initiatiefwetsvoorstel maar dan net iets anders', *TRA* 2018/75.

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 38.

15 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 10.

port laat de Afdeling zich ook kritisch uit over het deel van het wetsvoorstel dat ziet op payrolling. De Afdeling benadrukt dat het van belang is een adequaat en geschikt criterium te kiezen om uitzendwerk en payrolling af te bakenen. Het criterium '*geen allocatiefunctie en exclusieve ter beschikkingstelling*' leidt naar de mening van de Afdeling niet tot een geschikt onderscheid tussen beide vormen van terbeschikkingstelling. Daarbij wijst de Afdeling erop dat er tal van situaties denkbaar zijn waarin niet aan beide van de in het voorstel opgenomen criteria wordt voldaan, ook al is de terbeschikkingstelling louter gericht op het ontduiken van de arbeidsvoorwaarden van de uitzendwerkgever. En dat dient nu juist voorkomen te worden. Bij het onderscheiden van vormen van terbeschikkingstelling, zo stelt de Afdeling, spelen ook andere factoren een rol. Ter illustratie noemt de Afdeling de duur van de terbeschikkingstelling, de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de bij de uitvoering van de payrollovereenkomst door het payrollbedrijf geleverde inspanningen.

Payrolling als aparte uitzendovereenkomst in het BW opnemen maakt het ingewikkelder

Verder benadrukt de Afdeling dat de eis van het vervullen van een allocatieve functie geen eenduidige eis is. Het is niet altijd even duidelijk of sprake is van 'het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt' (de allocatieve functie). De Afdeling stelt dat het bijvoorbeeld mogelijk is de werving en selectie van uitzendwerknemers formeel door een uitzendonderneming te laten geschieden, terwijl de inlener als voormalig werkgever van deze werknemers (informeel) heeft laten weten dat bepaalde werknemers aangenomen moeten worden om aan de inlener ter beschikking gesteld te worden.
Terecht merkt de Afdeling op dat het omzeilen van de payrollovereenkomst voor een werknemer lastig aan de orde te stellen zal zijn, zeker indien hij in een afhankelijke positie verkeert. Zolang de werknemer (in rechte) niet aan de belt trekt, zal de werkgever in de regel slechts nakomen wat tussen partijen is afgesproken.[16] Tot slot uit de Afdeling kritiek op het voorstel om een adequaat pensioen toe te kennen aan payrollwerknemers die werkzaam zijn bij een onderneming of in een sector waarin werknemers in een vergelijkbare functie recht hebben op een pensioenregeling. Een van de kritiekpunten is dat door het voorstel het tot op heden geldende uitgangspunt in de Pensioenwet – het maken van afspraken over pensioen wordt in beginsel aan werkgevers en werknemers overgelaten – wordt doorbroken. Het voorstel beperkt in die zin dan ook de onderhandelingsvrijheid van de payrollwerkgever.[17]

5. Payrollregime versus uitzendregime

Minister Koolmees is het eens met de Afdeling dat de verschillende vormen van terbeschikkingstelling een grote variatie laten zien. Het onderscheid tussen payrolling en uitzending is dan ook niet altijd eenvoudig te trekken, aldus de minister. Naar aanleiding van deze constatering heeft de minister aanleiding gezien de memorie van toelichting aan te passen. In de toelichting zijn indicaties opgenomen waarmee kan worden bepaald of sprake is van een allocatieve functie van de werkgever en of er sprake is van (feitelijke) exclusieve terbeschikkingstelling.[18] Dit komt in mijn optiek de rechtszekerheid ten goede. Dankzij de in de toelichting (aanvullend) opgenomen indicaties zijn partijen beter in staat te beoordelen of het voorgestelde payrollregime (waarbij geen sprake is van een allocatieve functie) dan wel het uitzendregime (waarbij wél sprake is van een allocatieve functie) op de arbeidsrelatie van toepassing is c.q. zal zijn. Dit laat mijns inziens onverlet dat het meer voor de hand ligt om de in de memorie van toelichting opgenomen indicaties specifiek aan artikel 7:690 BW te koppelen. Dit is niet alleen in lijn met de wetsgeschiedenis, maar maakt het vele malen minder complex dan voorliggend wetsvoorstel. Het is daarnaast nog maar de vraag of ontwijking van toepasselijkheid van het payrollregime wordt tegengehouden door het wetsvoorstel. Volgens minister Koolmees zou duidelijkheid over de aard van de arbeidsrelatie ervoor moeten zorgen dat de werkgever zelf het toepasselijke regime volgt. Hiermee zou moeten worden voorkomen dat de werknemer zich tot een rechter moet wenden teneinde aanspraken te effectueren.[19] Wellicht een te optimistisch standpunt; kwaadwillende werkgevers zullen naar alle waarschijnlijkheid blijven zoeken naar constructies om het payrollregime te ontwijken.

6. Een adequate pensioenvoorziening voor de payrollwerknemer

Het deel van de WAB dat ziet op payrolling, vertoont bijzonder veel gelijkenissen met het eerder in dit tijdschrift besproken initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Waadi.[20] Op basis van beide wetsvoorstellen wordt payrolling aangepakt door deze vorm van terbeschikkingstelling aan te merken als een bijzondere vorm van uitzending, zonder dat gebruik kan worden gemaakt van het ex artikel 7:691 BW verlichte arbeidsrechtelijke regime. Het grootste verschil is dat de WAB in dit kader een geheel nieuw type uitzendovereenkomst in het BW introduceert, namelijk de payrollovereenkomst. Op een paar kleine onderdelen is een afwijking zichtbaar. Op basis van de WAB heeft de payroll-

16 In mijn onder voetnoot 1 aangehaalde artikel over payrolling werd ook al verwezen naar het gemaakte onderscheid tussen de uitzendwerknemer en de payrollwerknemer. Dit staat mijns inziens haaks op de strekking van de Uitzendrichtlijn.

17 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 22-24.

18 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40.

19 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 21.

20 *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 2.

werknemer recht op een *adequate* pensioenregeling, het inmiddels ingetrokken initiatiefwetsvoorstel sprak over een *gelijkwaardige* pensioenregeling. Het komt er kort gezegd op neer dat de payrollwerknemer onder de WAB (onder voorwaarden) aanspraak heeft op een adequaat pensioen waarbij, als niet wordt aangesloten bij de pensioenregeling van de inlener, de payrollwerkgever ten minste moet voldoen aan de voorwaarden die bij algemene maatregel van bestuur worden gesteld. Tijdens de behandeling van de WAB in de Tweede Kamer is een motie aangenomen waarin de Kamer de regering verzoekt de doelstelling van 'geen concurrentie op pensioenkosten' (als een belangrijke arbeidsvoorwaarde) leidend te laten zijn bij de uitwerking van de algemene maatregel van bestuur en te zorgen dat een payrollwerkgever bij de adequate pensioenregeling verplicht is om ten minste de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland af te dragen, zorg te dragen voor een ouderdoms- en nabestaandenpensioen en geen wachttijd te hanteren.[21] In reactie op deze motie heeft minister Koolmees op 15 februari 2019 een ontwerpbesluit, waarin de voorwaarden voor een adequate pensioenregeling voor payrollwerknemers zijn opgenomen, ingediend.[22]

7. Ontwerpbesluit

In het ontwerpbesluit wordt toegelicht dat een payrollwerkgever de verplichting heeft om te voorzien in een adequate pensioenregeling voor payrollwerknemers indien werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener recht hebben op deelname in een pensioenregeling. Voorts geldt die verplichting indien de inlener geen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst heeft, maar werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de inlener werkzaam is, recht hebben op een pensioenregeling. Indien geen sprake is van een van de hiervoor genoemde situaties, dan geldt er derhalve géén verplichting tot het treffen van een adequate pensioenregeling voor de payrollwerknemers. Dit lijkt mij overigens, gelet op de reikwijdte van het wetsvoorstel op dit punt, een uitzonderingssituatie. Wanneer de verplichting geldt, heeft de payrollwerkgever in feite twee opties: basispensioenregeling van de inlener of het afsluiten van een adequate pensioenregeling. Aan beide opties zitten de nodige haken en ogen. Een payrollwerkgever kan verplicht, op basis van de werkingssfeer, zijn aangesloten bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener. In dat geval zal geen sprake zijn van (praktische) bezwaren. Die verplichting bestond immers al. Wanneer een payrollwerkgever niet verplicht is aangesloten, is het aan de payrollwerkgever om te verkennen of vrijwillige aansluiting bij de pensioenuitvoerder mogelijk is.[23] Het is evident dat dit een (kostbare) administratieve last voor de payrollwerkgever met zich brengt. Die last wordt zwaarder wanneer aansluiting bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener (op basis van de Pensioenwet) niet mogelijk is (of daar niet voor is gekozen). In dat geval is de payrollwerkgever verplicht zelf een adequate basispensioenregeling voor de payrollwerknemer af te sluiten.

Zoals reeds toegelicht moet een dergelijke pensioenregeling voldoen aan een aantal voorwaarden. Die voorwaarden – opbouw van een ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen, geen wachttijd of drempelperiode als bedoeld in artikel 14 lid 2 Pensioenwet en een collectieve werkgeverspremie gebaseerd op de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland – zijn nader geconcretiseerd in het ontwerpbesluit. De in het ontwerpbesluit genoemde suggestie, dat sociale partners in de payrollbranche ervoor kunnen kiezen een pensioenregeling voor de gehele bedrijfstak payrollwerknemers vorm te geven zou mijns inziens moeten bijdragen aan een vermindering van de regeldruk voor de payrollwerkgever. Voor de payrollwerkgever die nog niet verplicht is aangesloten bij een pensioenregeling lijkt het treffen van één uniforme pensioenregeling voor alle payrollwerknemers de aangewezen (meest praktische en waarschijnlijk minst kostbare) route om aan de voorgestelde verplichting te voldoen.

8. Tot slot

De beoogde inwerkingtreding van de WAB is 1 januari 2020. Dit lijkt het antwoord te zijn op de vraag hoe lang nog sprake is van euforie in de payrollsector na *Care4Care*. Wanneer het wetsvoorstel door de Eerste Kamer wordt aangenomen – hetgeen ik aannemelijk acht – zal dit een zware tegenslag zijn voor de payrollbranche. Het euforische gevoel na *Care4Care* zal plaatsmaken voor bezinning over een nieuwe modus operandi. Payrolling blijft mogelijk als instrument om werkgevers te ontzorgen. De vraag is tegen welke prijs. Het ligt voor de hand dat vooral de kleine payrollwerkgever wordt getroffen wegens een toename aan regeldruk en niet in de laatste plaats vanwege de voorgestelde (kostbare) verplichting zorg te dragen voor een adequate pensioenregeling voor de payrollwerknemer. Het lijkt er dan ook op dat straks, onder de voorgestelde wetgeving, alleen de grote payrollwerkgevers kunnen profiteren van de door de wetgever geboden mogelijkheid om het formele werkgeverschap te outsourcen.

Over de auteur

Mr. A. Briejer
Advocaat bij Florent te Amsterdam.

21 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 44.
22 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 64 (het ontwerpbesluit is als bijlage bij dit kamerstuk opgenomen).
23 Ontwerpbesluit, p. 6.

Beste *TAP*-lezer,

Het arbeidsrecht blijft voortdurend in beweging en *TAP* volgt deze ontwikkelingen op de voet. Toch zijn er zo nu en dan wijzigingen op komst die speciale aandacht verdienen. Toen het wetsvoorstel voor de Wet Werk en Zekerheid (Wwz) eind 2013 openbaar werd, vonden we een aantal auteurs bereid om in de kerstperiode direct commentaar te leveren op het wetsvoorstel in de vorm van een themanummer Wwz (*TAP* 2014/1). Op dit moment is opnieuw sprake van een belangrijke wetgevingsoperatie: de wetgever heeft het concept wetsvoorstel voor de Wet Arbeidsmarkt in Balans (Wab) ter consultatie openbaar gemaakt. De Wab wijzigt het arbeidsrecht en flexrecht en, in zekere zin, repareert de Wwz op onderdelen die daar volgens de wetgever behoefte aan hebben.

Vanuit verschillende invalshoeken is inmiddels commentaar geleverd op de Wab (zie https://www.internet-consultatie.nl/arbeidsmarkt_in_balans/reacties/). De consultatie is inmiddels gesloten. Als service aan de TAP-lezer leek het ons nuttig om in dit speciale themanummer het gezamenlijke commentaar vanuit de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) op te nemen, tezamen met de geconsolideerde tekst van de wettelijke bepalingen die met de Wab aangepast zouden worden. We richten ons op dit commentaar omdat in deze twee verenigingen veel praktijkbeoefenaren – de doelgroep van *TAP* – vertegenwoordigd zijn en de betrokken auteurs die het commentaar geschreven hebben afkomstig zijn uit zowel de advocatuur als de wetenschap.

Wij verwachten op een later moment, zeker zodra een definitief wetsvoorstel met aangepaste toelichting beschikbaar komt, in *TAP* nader aandacht te besteden aan de Wab. Voor nu hopen de lezer alvast 'up to speed' te brengen met wat de Wab ons waarschijnlijk gaat brengen en de gevolgen daarvan voor de praktijk.

Het volgende *TAP*-nummer, na deze special, zal weer op de gebruikelijk leest geschoeid zijn en de reeds geplande artikelen zullen daarin terugkomen.

Met vriendelijke groet,

De redactie

Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk is een uitgave van Sdu Uitgevers bv en verschijnt 8 per jaar. Naast dit tijdschrift ontvangen abonnees wekelijks per e-mail nieuws op het gebied van arbeidsrecht. Zie www.sdu.nl voor de kosten van een abonnement op TAP. Toegang tot TAP via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google). Bij het aanmelden als abonnee ontvangt u eenmalig een verzamelband voor de lopende jaargang.

Redactie
mr. dr. J.H. Bennaars
prof. mr. A.R. Houweling
mr. dr. J.P. Quist
mr. dr. A.G. Veldman
mr. P.G. Vestering
mr. W.J.J. Wetzels

Redactiesecretaris
mr. N.M. Wolters

Vaste medewerkers
mr. L. Brouwer, mr. M.E.J. van den Brand, mr. F.M. Dekker, mr. B. Filippo, mr. E.G. Hoorn, mr. A. Huigen, mr. S. van IJsendoorn, mr. B.C.L. Kanen, mr. D. Maats, mr. H.J. Maks, mr. M.M.E.C. Meulenbroeks, mr. E.C.A. Pronk, mr. E.M.B. van der Schalk, mr. E. de Wind, mr. K. van Zanten-van Breugel

Vakredactie Sdu
mr. P.A. Hogewind-Wolters
e-mail: arbeidsrecht@sdu.nl

Uitgever
Ph.A. van Borselen
Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag

Ontwerp en vormgeving
(M/V) ontwerp, www.mv-ontwerp.nl

ISSN 1876-7230

©Sdu Uitgevers 2018.
Alle rechten voorbehouden.
Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk in enige vorm.

Abonnementen en -administratie
Prijswijzigingen voorbehouden. Abonnementen kunnen worden opgegeven bij: Sdu Klantenservice o.v.v. titel tijdschrift. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag; tel: (070) 378 98 80 fax: (070) 378 97 83; e-mail: sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. De auteur verklaart zich ermee bekend dat door aanbieding van een artikel de exploitatierechten worden overgedragen aan de uitgever.
Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

Advertentieacquisitie
Sdu
Prinses Beatrixlaan 116
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
tel: (070) 3780350
E-mail: sdu.adverteren@sdu.nl
www.sduadverteren.nl

Citeertitel: TAP jaartal/artikelnummer, bijvoorbeeld: 2018/23

Stapp. Sdu Tijdschriften App
mvw media voor vak & wetenschap

148. VAAN – VvA – Wab – Algemene inleiding

PROF. MR. A.R. (RUBEN) HOUWELING EN MR. M.J.M.T. (MAX) KEULAERDS

Op het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (Wwz) hebben de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) indertijd separaat input gegeven, waaraan tijdens de parlementaire behandeling aandacht is besteed. In 2016 hebben VAAN en VvA de Wwz gezamenlijk geëvalueerd.[1]
Deze notitie bevat commentaar van VAAN en VvA op het concept wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) en de Memorie van Toelichting.
Achtereenvolgens komen de navolgende onderwerpen aan de orde:

- de maatregelen rond flexibele arbeid (payrolling, bijzondere bedingen, oproepovereenkomst, ketenregeling);
- de aanpassingen van het ontslagrecht (cumulatiegrond en bijbehorende vergoeding, transitievergoeding);
- de WW-premiedifferentiatie.

De notitie sluit af met een schematische samenvatting en heeft een aantal bijlagen. Eén van de bijlagen is een geconsolideerde wettekst van Titel 10, Boek 7 BW, zoals deze komt te luiden na ongewijzigde inwerkingtreding van de Wab en wetsvoorstel 34 699.[2]
Deze notitie bevat juridisch-technisch commentaar op de Wab, aan de hand van de doelstellingen van de Wwz en de Wab. Daarnaast worden onderwerpsgewijs en hierna enige opmerkingen met een iets breder karakter gemaakt. Tevens zijn per onderwerp enkele suggesties voor aanpassing van de wettekst opgenomen.
Mede uit bovenvermelde evaluatie blijkt dat sommige doelstellingen van de Wwz door die wet zijn gerealiseerd en andere niet. Zo zijn de doelstellingen het stelsel eerlijker en minder kostbaar voor werkgevers te maken bereikt. Veel van de doelstellingen van de Wwz zijn tijdens en na de parlementaire behandeling ervan samengevat met het breed gedragen "flex minder flex, vast minder vast" maken. Dit is door de Wwz onvoldoende gerealiseerd. De Wab beoogt dat doel alsnog te bereiken.

De Wab bevat een aantal maatregelen over onderwerpen die al tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz en daarna aan de orde zijn geweest.
Zo is tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz in de Eerste Kamer de motie Backer c.s.[3] aangenomen. Hiermee werd de vrees geuit dat de ontbindingsprocedure door het limitatieve grondenstelsel van de Wwz zou worden bemoeilijkt. Deze vrees bleek terecht. Zo toonde onderzoek van de niet-gepubliceerde rechtspraak in het kader van bovenvermelde evaluatie aan dat vóór de Wwz gemiddeld één op de tien ontbindingsverzoeken werd afgewezen, terwijl dit onder de Wwz gemiddeld vier op de tien ontbindingsverzoeken is. Uit datzelfde onderzoek bleek dat van ontbindingsverzoeken op de d-grond (disfunctioneren) zelfs ongeveer 80% wordt afgewezen. Recent – als bijlage bij deze notitie gevoegd – onderzoek van de gepubliceerde rechtspraak toont aan dat rechters inmiddels zelfs nog iets strenger toetsen.
Wij ondersteunen derhalve dat de Wab de cumulatiegrond introduceert. Die draagt hoogstwaarschijnlijk bij aan de doelstelling dat "vast minder vast" dient te worden.
Datzelfde positieve oordeel geldt voor het terugbrengen van de duur van de ketenregeling van twee naar de oorspronkelijke drie jaar. Al tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz werd getwijfeld aan het effect van het verkorten van de ketenregeling. Diezelfde twijfel blijkt uit enkele tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz ingediende amendementen en moties.[4] Van door VAAN en VvA hierover in het kader van de evaluatie van de Wwz geënquêteerden gaf 90% aan dat werkgevers door de verkorting van de duur van de ketenregeling eerder afscheid van een tijdelijke arbeidskracht nemen.
Daarnaast bevat de Wab ten opzichte van de Wwz een aantal nieuwe maatregelen die flex en vast meer in balans beogen te brengen. Een deel van die maatregelen lijkt hieraan bij te dragen en voor een ander deel lijkt dat kwestieus. Wij verwijzen daartoe naar het hiernavolgend onder-

1 A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds, P. Kruit (red.), VAAN-VvA Evaluatieonderzoek Wwz 2016, Den Haag Bju 2016.
2 Wet transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid.
3 Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, nr. F.
4 Zie o.a. Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 26 (amendement Heerma) en Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 73 (motie Heerma en Voortman). Hiermee werd de regering verzocht de ketenregeling terug te brengen naar de oorspronkelijke drie jaar.

werpsgewijs commentaar. Uit dit commentaar blijkt dat de voorstellen met betrekking tot de oproepovereenkomst en WW-premiedifferentiatie per saldo bijdragen aan realisatie van de doelstellingen van de Wwz en de Wab. Ten aanzien van de voorstellen met betrekking tot de proeftijd wordt dit evenwel ernstig betwijfeld. De voorstellen met betrekking tot payrolling passen weliswaar binnen de doelstellingen van de Wwz en de Wab maar zijn onvoldoende scherp en duidelijk afgebakend en benadelen daardoor (ook) de uitzendsector.

De Wab is derhalve deels te beschouwen als reparatie van de Wwz. Na deze reparatie zullen echter scheurtjes zichtbaar blijven. Zo is, bijvoorbeeld, lastig uit te leggen waarom bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de ene redelijke grond de transitievergoeding verschuldigd is en bij ontbinding op de andere redelijke grond maximaal 150% daarvan. Ook lijkt de door de Wwz beoogde vereenvoudiging van het ontslagrecht verder uit het zicht te raken. Het is aan werkgevers en werknemers immers waarschijnlijk niet gemakkelijk duidelijk te maken waarom bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de cumulatiegrond drie verschillende vergoedingen kunnen worden toegekend. Voorts is de vraag of de verlenging van de ketentermijn ertoe zal leiden dat flex uiteindelijk overgaat in vast. Terecht wordt hierover in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat het effect van het aanpassen van de ketenbepaling op de doorstroom naar vast werk onduidelijk is. Evenmin kan worden voorspeld in hoeverre werkgevers, ondanks de Wab, zullen uitwijken naar andere vormen van werk zoals ZZP-constructies. Dit laatste kan pas worden beoordeeld na kennisname van het wetsvoorstel dat hierover in voorbereiding is.

Daarnaast verdient aandacht dat de Wab de Wwz op onderdelen niet wijzigt, waar dit wel gewenst is. Wij noemen art. 7:683 BW als voorbeeld. De Wab wijzigt dit artikel niet. De Wwz beoogde het ontslagrecht te vereenvoudigen en te dejuridiseren. De regeling voor het hoger beroep in artikel 7:683 BW maakt het ontslagrecht daarentegen complex. Met name het feit dat de sanctie na een onterecht ontslag op staande voet wijzigt van vernietiging van het ontslag in eerste aanleg naar herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep maakt het systeem ingewikkeld (artikel 7:683 lid 3 BW), zeker wanneer de werkgever ook nog eens voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt. Dekker heeft laten zien dat de combinatie van een procedure over het ontslag op staande voet en een voorwaardelijke ontbindingsprocedure[5] tot diverse scenario's kan leiden met ieder eigen complicaties.[6] Dat zoveel scenario's mogelijk zijn, komt door de regeling van artikel 7:683 BW. Het is veelzeggend dat de eerste twee uitspraken van de Hoge Raad over de Wwz dit thema betroffen.[7]

Het wordt voorts als onrechtvaardig ervaren dat de appelrechter, wanneer hij in afwijking van de kantonrechter oordeelt dat een werknemer terecht op staande voet is ontslagen, de uitspraak van de kantonrechter niet mag vernietigen, maar een nieuwe einddatum voor de arbeidsovereenkomst moet bepalen (artikel 7:683 lid 6 BW). Gevolg van deze regel is dat de werkgever loon moet betalen over de periode tussen het ontslag op staande voet en de door het hof te bepalen einddatum, hoewel hij de werknemer op goede grond op staande voet heeft ontslagen. Hierover is op dit moment overigens een cassatieprocedure bij de Hoge Raad aanhangig. De regel dat de appelrechter de uitspraak in eerste aanleg niet mag vernietigen indien hij meent dat die uitspraak onjuist is, is bovendien niet gebruikelijk in het burgerlijk procesrecht. De Wab zou kunnen worden gebruikt om ook artikel 7:683 BW te wijzigen.[8]

Voor andere voorbeelden van onderdelen van de Wwz, die de Wab naar ons oordeel ten onrechte niet wijzigt, verwijzen wij kortheidshalve naar het voorstel van VAAN van 2 juni 2014.[9] Dat voorstel bepleitte – naast de introductie van een restgrond – een terugkeer naar het systematisch onderscheid tussen opzegging en ontbinding, vereenvoudiging van het sanctiestelsel en terugkeer naar het stelsel van buitengerechtelijke vernietiging van de opzegging door de werknemer. Deze voorstellen dragen – binnen de doelstellingen van de Wwz en de Wab – naar ons oordeel nog steeds bij aan vereenvoudiging van het ontslagrecht en dejuridisering.

Bij dit alles zijn wij ons ervan bewust dat het doorvoeren van wijzigingen als de onderhavige, onder andere vanwege het ontbreken van een sociaal akkoord, niet eenvoudig is. Het is positief dat het belangrijke onderwerp 'arbeid' niettemin de noodzakelijke aandacht van de wetgever heeft.

Tegelijkertijd zijn wij van mening dat de Wab een vorm van symptoombestrijding is. De gang van zaken rondom de Wwz en de Wet DBA toont aan dat ons huidige bestel van arbeidsrechtelijke bescherming en sociaalverzekeringsrechtelijke vangnetregelingen (inclusief de fiscale behandeling van arbeid en onderneming) aan grondige herziening toe is. Anders dan de Wwz en de Wet DBA, en naast de Wab, zou moeten worden gestreefd naar grondige herziening op termijn van het gehele stelsel. Dat gaat uiteraard niet over één nacht ijs. Gelijk aan bijvoorbeeld grote herzieningsprojecten als "Modernisering Wetboek van Strafvordering", bevelen wij aan een staatscommissie in het leven te roepen met als opdracht een toekomstbestendige wettelijke regeling van arbeid en inkomenszekerheid te ontwerpen. De diversiteit op de arbeidsmarkt, technologische ontwikkelingen/ robotisering/platformisering, verschillen tussen "haves en have nots", internationale concurrentie, noodzaak van permanente scholing en weerbaarheid op de arbeidsmarkt,

5 De Hoge Raad heeft in de Mediant-beschikking geoordeeld dat deze twee procedures zoveel mogelijk tegelijkertijd moeten worden behandeld (HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998).

6 F.M. Dekker, 'Voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep in zeven scenario's', TAP 2017/214.

7 Waarbij de Hoge Raad de eerste uitspraak (HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998) in de tweede uitspraak alweer ten dele heeft moeten corrigeren (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571).

8 A.R. Houweling, 'Rechtspreken wat krom is: recht op loon na een 'Kleine Diko'-ontslag op staande voet', ArbeidsRecht 2018/7.

9 Voorstel voor een vereenvoudigd ontslagrecht bij invoering Wet werk en zekerheid van VAAN d.d. 2 juni 2014. De minister van SZW heeft met zijn brief van 10 juni 2014 op dit voorstel gereageerd (Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, nr. G).

vragen immers om een nieuwe en integrale visie op 'arbeid' (inclusief ZZP). Uiteraard zijn VAAN en VvA bereid aan de gedachtenvorming over een dergelijk stelsel een bijdrage te leveren.
Voor dit moment volstaan wij evenwel met deze in korte tijd geschreven notitie over de Wab.
Deze notitie is onder eindredactie van ondergetekenden totstandgekomen op basis van bijdragen van mr. dr. L. (Lucy) van den Berg, mr. P.J.B.M. (Pascal) Besselink, mr. P.A. (Petra) Charbon, mr. F.M. (Frank) Dekker, prof. mr. J.H. (Zef) Even, mr. dr. D.M.A. (Vivian) Bij de Vaate, prof. mr. L.G. (Leonard) Verburg, mr. P. (Paul) Vestering en mr. dr. J.P.H. (Johan) Zwemmer.

Rotterdam/Den Haag, 4 mei 2018

Namens de VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab

Over de auteurs

Prof. mr. A.R. (Ruben) Houweling
Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Mr. M.J.M.T. (Max) Keulaerds
Advocaat te Den Haag.

149. VAAN – VvA – Wab – Payrolling

MR. DR. J.P.H. (JOHAN) ZWEMMER

1. Inleiding tot de introductie van wetgeving ter regulering van payrolling in het BW en in de Waadi

De regering stelt voor in een nieuw in te voegen artikel 7:692 BW de volgende definitie op te nemen van de payrollovereenkomst:
"De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen."
Indien sprake is van een payrollovereenkomst is het zogenoemde verlichte ontslagregime bij uitzending op grond van artikel 7:691 BW niet van toepassing en geldt op grond van het voorgestelde artikel 7:692a BW een regime dat vergelijkbaar is met de op een gewone arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde regels. Op grond van het voorgestelde artikel 8a Waadi heeft de payrollwerknemer (en de intra-concern gedetacheerde werknemer[1]) recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de uiteindelijke inlener dan wel (als die er niet zijn) als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin die uiteindelijke inlener actief is.

1.2 Achtergrond en doel wettelijke regeling

Met de voorgestelde wetgeving ter regulering van payrolling in het BW wordt beoogd het 'ontzorgende' karakter voor werkgevers van payrolling te behouden zonder dat daarop het verlichte ontslagregime bij uitzending als opgenomen in artikel 7:691 BW van toepassing is.[2] Met het voorgestelde artikel 8a Waadi wordt beoogd concurrentie op arbeidsvoorwaarden bij payrolling (en intra-concern detachering) te voorkomen. De regering ziet payrolling als een middel om kleine werkgevers te ontlasten in de administratieve verplichtingen die aan het werkgeverschap verbonden zijn.[3] Over de keuze voor het opnemen van een definitie van de payrollovereenkomst als bijzondere arbeids-/uitzendovereenkomst in het BW merkt de regering op dat het wijzigen van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW in die zin dat daarin zou worden opgenomen dat de ter beschikking stellende werkgever een zogenoemde actieve allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, ertoe zou leiden dat de 'ontzorgende functie' die payrolling heeft – en die de regering wil behouden – niet langer kan worden vervuld, althans niet in zijn huidige vorm.[4]
Bij de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst (en het daaraan gekoppelde artikel 7:692a BW) hebben wij enkele algemene observaties en aanbevelingen die verband houden met het systeem van het arbeidsrecht als opgenomen in Titel 10, Boek 7 BW alsmede enkele observaties en aanbevelingen bij de voorgestelde tekst van artikel 7:692 BW.

2. De payrollovereenkomst als bijzondere arbeids-/uitzendovereenkomst in het BW getoetst

2.1 Inleiding

In het voorgestelde artikel 7:692 BW wordt de allocatiefunctie – en daarmee de onderneming van de werkgever – weggeschreven uit de definitie van de payrollovereenkomst als bijzondere arbeids-/uitzendovereenkomst. Daarmee

1 Ook de door een zogenoemde personeels-BV intra-concern gedetacheerde werknemer gaat onder het bereik van de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst vallen. Op p. 51 (zie ook p. 112) van de cpt. MvT wordt hierover meegedeeld dat "het payrollingregime onverkort op personeelsmaatschappijen, die binnen de eigen groep uitzenden, van toepassing is."

2 Zie cpt. MvT Wab, p. 18.

3 Zie cpt. MvT Wab, p. 21 en 48. Het payrollbedrijf heeft de specialistische administratieve kennis in huis om bijvoorbeeld de cao verplichtingen die gelden bij de opdrachtgever goed toe te passen, te zorgen voor de juiste en tijdige loonbetaling en verantwoordelijk te zijn voor de re-integratieverplichtingen, ook de administratieve verplichtingen.

4 Zie cpt. MvT Wab, p. 47.

wordt in het Burgerlijk Wetboek een arbeidsovereenkomst geïntroduceerd waarin het element van de gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer ontbreekt. Dit gezagselement onderscheidt de arbeidsovereenkomst van andere (bijzondere) overeenkomsten, zoals de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) en de overeenkomst van aanneming van werk (artikel 7:750 BW). Het in artikel 7:692 BW voorgestelde werkgeverschap van het payrollbedrijf (enkel) op basis van de door hem met de payrollwerknemer gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst en de met de opdrachtgever gemaakte afspraken is ons inziens niet verenigbaar met het systeem van Titel 10, Boek 7 BW. Bovendien zullen de 'goede' payrollbedrijven lijden onder de voorgestelde regulering van de payroll-overeenkomst in artikel 7:692 en 7:692a BW omdat (i) de 'kwaden' de ruim voorhanden mazen in de voorgestelde definitie zullen opzoeken en (ii) ondernemers alternatieven zullen zoeken in nog niet gereguleerde driehoeksrelaties als contracting of 'ZZP-constructies'.[5] Hierna zetten wij uiteen dat de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW de rechter voldoende beoordelingsruimte geeft om een nieuwe werkgeversvorm en arbeidsovereenkomst als aan de orde bij payrolling als arbeidsovereenkomst aan te merken en daarbij kunnen criteria worden gehanteerd die zekerheid geven aan payrollbedrijven, hun opdrachtgevers en aan payrollwerknemers.[6] In combinatie met een aanscherping van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW én het voorgestelde artikel 8a Waadi wordt naar onze mening tegemoetgekomen aan de wens van de regering om de ontzorgende functie die payrolling heeft te behouden en concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen.

2.2 De werkgever in Titel 10, Boek 7 BW

De werkgever en de werknemer dienen de in Titel 10, Boek 7 BW neergelegde regels en voorschriften als partijen bij de arbeidsovereenkomst jegens elkaar in acht te nemen. Aan het door de werknemer 'in dienst' – dat wil zeggen onder het gezag – van de werkgever verrichten van de arbeid ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht en deze in die hoedanigheid de vruchten plukt van de door de werknemer verrichte arbeid. In deze situatie komt het economische resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid voor rekening en risico van de werkgever. Dit economische risico brengt mee dat de werkgever gezag dient te hebben over de arbeid en de arbeid daarom in dienst van de werkgever dient te worden verricht. De gezagsverhouding kan daarmee worden aangemerkt als het tegenwicht van het voor risico en rekening van de werkgever komen van het economische resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid. Omdat de werkgever de door de werknemer in zijn onderneming verrichte arbeid te gelde maakt ('vermarkt') en de werkgever de rekening betaalt wanneer dit niet lukt (omdat het door hem aan de werknemer betaalde loon niet in verhouding staat tot de opbrengst van de arbeid) dient hij aanwijzingen te kunnen geven over de wijze waarop de arbeid wordt verricht. Op grond van dit economische risico van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst is het element "in dienst" wezenlijk voor de arbeidsovereenkomst. Daarin onderscheidt de arbeidsovereenkomst zich van de overeenkomst van aanneming van werk en van de overeenkomst van opdracht, waarbij het economische resultaat van de op basis van de overeenkomst verrichte werkzaamheden (ook) voor risico en rekening van de aannemer of opdrachtnemer kan komen. In veel bepalingen in Titel 10, Boek 7 BW en in arbeidswetgeving buiten het BW is de daarin neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming gekoppeld aan het (civielrechtelijke) werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Deze arbeidsrechtelijke bescherming heeft niet het daarmee beoogde effect wanneer de werkgever niet dezelfde is of blijft als die eigenaar of exploitant van de onderneming. Wij noemen in dit kader bijvoorbeeld de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW (recht op tewerkstelling van de werknemer), de re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:658a BW en 7:660a BW, overgang van onderneming (artikel 7:662 e.v. BW) en de toepassing van de Wfw, de Wazo en de Wmco.

2.3 Het werkgeverschap van het uitzendbureau en artikel 7:690 BW

De invoering van artikel 7:690 BW, waarin de arbeidsovereenkomst (ex artikel 7:610 lid 1 BW) tussen de werknemer en het uitzendbureau wordt geduid als een uitzendovereenkomst indien wordt voldaan aan de elementen uit dit artikel, vormde geen breuk met dit stelsel. Binnen de uitzendovereenkomst is het gezagselement verdeeld over de rechtsverhouding van de werknemer met het uitzendbureau én diens feitelijke relatie met de derde(n) aan wie hij door het uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld. Reeds in arresten uit 1977, 1980 en 1988[7] oordeelde de Hoge Raad dat bij uitzending of detachering door uitzendbureaus of detacheerbedrijven sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau of detacheerbedrijf wanneer de arbeidskracht op grond van de door hem gemaakte afspraken met de uitzender of detacheerder verplicht was arbeid te verrichten onder het gezag van door het uitzendbureau of uitleenbedrijf aan te wijzen derden. In deze situatie werd de feitelijke gezagsverhouding door de uitzender of detacheerder aan de derden gedelegeerd, zo volgt uit deze arresten. Het uitzendbureau of het detacheerbedrijf trad voor zichzelf op bij de werving en selectie van de werknemer en de derde had geen beslissende inspraak

5 Zie in dit verband ook het advies van de Raad van State naar aanleiding van een initiatiefwetsvoorstel van drie oppositiepartijen met betrekking tot de regulering van payrolling (Kamerstukken II 2017/18, 34 837, 4).

6 Passages zijn (deels) ontleend aan de dissertatie van J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap, Deventer: Kluwer 2012 en diverse artikelen van zijn hand over dit onderwerp.

7 HR 14 oktober 1977, NJ 1978/31, HR 23 mei 1980, NJ 1980/633 m.nt. Stein en HR 18 november 1988, NJ 1989/344.

bij welke werknemer door de uitzender of detacheerder bij hem werd tewerkgesteld. Het ging hier dus om uitzendbureaus of detacheerbedrijven die een actieve allocatiefunctie vervulden op de arbeidsmarkt en daarvan hun onderneming hadden gemaakt. Bij de totstandkoming van artikel 7:690 BW – dat is bedoeld als toegangspoort naar het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW – is verschillende malen benadrukt dat dit met terbeschikkingstelling 'in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever' werd bedoeld het door de werkgever op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt.[8] Deze allocatiefunctie is destijds, eind jaren '90, echter niet met zoveel woorden uitgeschreven in de tekst van artikel 7:690 BW.

In het Care4Care-arrest[9] en in het Leerorkest-arrest[10] heeft de Hoge Raad in weerwil van het bovenstaande, voornamelijk onder verwijzing naar de tekst van artikel 7:690 BW, geoordeeld dat in artikel 7:690 BW niet een beperkende allocatiefunctie moet worden gelezen. In het Care4Care-arrest heeft de Hoge Raad niet overwogen dat het feit dat het payrollbedrijf en de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan, betekent dat daarmee vaststaat dat tussen hen een arbeidsovereenkomst (ex artikel 7:610 lid 1 BW) tot stand is gekomen (waarbij het payrollbedrijf dan op grond van artikel 7:690 BW kwalificeert als een werkgever die zijn werknemer ter beschikking stelt in het kader van een uitzendovereenkomst). Artikel 7:690 BW is namelijk, evenals artikel 7:610 BW, van dwingend recht.[11] Partijen kunnen niet contractueel afspreken dat bij payrolling sprake is van een arbeidsovereenkomst (ex artikel 7:610 lid 1 BW) met het payrollbedrijf en, in het verlengde daarvan, een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.

2.4 Het werkgeverschap van het payrollbedrijf en het behoud van de ontzorgende functie van payrolling: onze aanbevelingen

Het bovenstaande neemt niet weg dat op grond van artikel 7:610 lid 1 BW sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer. De definitie van artikel 7:610 lid 1 BW geeft de rechter veel beoordelingsruimte om een nieuwe werkgeversvorm en arbeidsovereenkomst als aan de orde bij payrolling als arbeidsovereenkomst aan te merken. Dat gebeurde eind jaren '70 en begin jaren '80 bij de kwalificatie van toen nieuwe arbeidsrelaties als uitzending en detachering (zie de hiervoor aangehaalde arresten van de HR uit die jaren). Bovendien heeft de Hoge Raad sinds 1997 in een reeks arresten[12] bevestigd en in verschillende situaties uitgewerkt wanneer en op welke wijze de door partijen gemaakte contractuele afspraken een rol spelen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. In de situatie waarin het payrollbedrijf bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de werknemer van meet[13] af aan niet uitsluitend als 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever fungeerde en deze overeenkomst niet uitsluitend dient ter omzeiling van aan de arbeidsovereenkomst verbonden juridische/financiële verplichtingen kan de rechter het payrollbedrijf aanmerken als werkgever van de payrollwerknemer.[14] Daar heeft de rechter artikel 7:690 BW – of het voorgestelde 7:692 – niet voor nodig. Omdat payrolling in vele vormen en gedaanten voorkomt, is de rechter zo goed in staat wezen en schijn van elkaar te onderscheiden bij de kwalificatie van payrolling. Daar heeft de rechter geen definitie van de payrollovereenkomst voor nodig (gehad). De lagere rechtspraak met betrekking tot payrolling in de afgelopen jaren heeft reeds een zuiverende werking gehad op de payrollbranche omdat rechters hier in uiteenlopende situaties beoordeelden wanneer payrollconstructies wel en niet standhielden. Daarbij ging wel een verstorende werking uit van de ondui-

8 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. B, p. 9 en 12, Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33 en Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 15-16. Zie over het bovenstaande nader de reeds aangehaalde dissertatie: Pluraliteit van werkgeverschap, Deventer: Kluwer 2012.

9 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (Care 4 Care Human Resources B.V./Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten 'StiPP').

10 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757.

11 HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276 (Logidex).

12 Zie o.a. HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers), HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 (Van der Male B.V./Den Hoedt), HR 14 april 2006, NJ 2007/447 (Beurspromovendi/UvA), HR 10 december 2004, NJ 2005/239 (Diosynth B.V./Groot-van Veen), HR 15 december 2006, NJ 2007/448 (Van Houdts/BBO International), HR 13 juli 2007, NJ 2007/449, m.nt. Verhulp (STR/PGGM), HR 25 maart 2011, NJ 2011/594, m.nt. Verhulp, JAR 2011/109, m.nt. Loonstra en AR Updates 2011-0232, m.nt. Zwemmer ('De Gouden Kooi') en meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever in een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie: HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling en JAR 2015/277, m.nt. De Jong (Logidex).

13 Hier is derhalve geen sprake van een situatie als aan de orde in het ABN AMRO/Malhi (HR 5 april 2002, NJ 2003, 124) omdat de werknemer hier als uitzendkracht bij de opdrachtgever binnenkwam en de uitzendkracht na verloop van tijd steeds meer als een eigen werknemer van de opdrachtgever werd behandeld/ingezet.

14 Zie in relatie met de kwalificatie van de payrollovereenkomst als arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer met name HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 (Van der Male B.V./Den Hoedt), HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM) en HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276 (Logidex).

delijkheid over de al dan niet vereiste aanwezigheid van een allocatiefunctie.[15]

Daarnaast zullen – zoals hierna aan de orde komt in onze observaties bij de tekst van het voorgestelde artikel 7:692 BW – de 'goede' payrollbedrijven lijden onder de voorgestelde regulering van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 en 7:692a BW omdat (i) de 'kwaden' de ruim voorhanden mazen in de voorgestelde definitie zullen opzoeken en (ii) ondernemers alternatieven zullen zoeken in nog niet gereguleerde driehoeksrelaties als contracting of 'ZZP-constructies'. Zie in dit verband ook het recente advies van de Raad van State naar aanleiding van een initiatiefwetsvoorstel van drie oppositiepartijen met betrekking tot de regulering van payrolling.[16]

Wanneer is nu sprake van een payrollovereenkomst waarbij het payrollbedrijf niet van meet af aan niet uitsluitend als (i) 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever fungeert en (ii) deze overeenkomst niet uitsluitend dient ter omzeiling van aan de arbeidsovereenkomst verbonden juridische/financiële verplichtingen?

- Ten aanzien van het eerste element geldt naar onze mening op grond van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van Hoge Raad dat de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben, wil hij kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever in de zin van Titel 10, Boek 7 BW. Daarvoor kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de ondernemingsactiviteiten van de contractuele werkgever en naar op wiens initiatief de overeenkomst tussen de werknemer en de contractuele werkgever tot stand kwam. Bij payrolling zou kunnen worden aangenomen dat het werkgeverschap van het payrollbedrijf voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft om hem te kwalificeren als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW van de payrollwerknemer wanneer het payrollbedrijf zorgdraagt voor, en knowhow te creëert op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de payrollwerknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer.
- Het tweede element manifesteert zich op dit moment met name in de verminderde ontslagbescherming van de payrollwerknemer als gevolg van de door de Hoge Raad in het Care4Care-arrest gesanctioneerde toepassing van het flexibele uitzendontslagrecht op payrolling, maar deze strekt zich ook uit tot (andere) voorschriften in Titel 10, Boek 7 BW en in publiekrechtelijke arbeidswetgeving waarin wordt aangesloten bij het civielrechtelijke werkgeversbegrip. Van spanning met het cao-recht is sprake omdat het payrollbedrijf slechts verplicht is de in een bedrijfstak of onderneming toepasselijke cao toe te passen op de onderdelen waar de ABU-cao – de uitzend-cao – hem daartoe verplicht. Daardoor kunnen payrollwerknemers geen beroep doen op de voor de feitelijke werkgever geldende bedrijfstak-cao en de daarin gemaakte afspraken die specifiek betrekking hebben op het werken in een onderneming als die van de feitelijke werkgever (zoals voorzieningen op het gebied van vakantiedagen, pensioen, kinderopvang en scholing). Payrollwerknemers verkeren hier dus in eenzelfde positie als uitzendkrachten, met dien verstande dat dit niet wordt gerechtvaardigd door het feit dat zij werkzaam zijn in de 'eigen' op allocatie van arbeidskrachten gerichte onderneming van de contractuele werkgever en een beroep op de inlenersbeloning voor hen veelal geen zin zal hebben. Aan deze aspecten wordt als hiervoor opgemerkt voor een aanzienlijk deel tegemoetgekomen met het voorgestelde artikel 8a Waadi, maar ook dan is de arbeidsrechtelijke positie van de payrollwerknemer op het gebied van arbeidsvoorwaarden nog steeds niet dezelfde als die welke hij had gehad wanneer hij direct in dienst zou zijn van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij werkzaam is. Wij noemden in dat kader reeds de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW (recht op tewerkstelling van de werknemer), de re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:658a BW en 7:660a BW, overgang van onderneming (artikel 7:662 e.v. BW) en de toepassing van de Wfw, de Wazo en de Wmco. Indien het payrollbedrijf voldoet aan de omschrijving die hiervoor bij het eerste element is gegeven – en dus zorgdraagt voor, en knowhow te creëert op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de payrollwerknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer – hoeft dit laatste echter niet in de weg te staan aan de kwalificatie van het payrollbedrijf als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW.

De voorgestelde complexe regeling van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 en 7:692a zou overbodig zijn wanneer de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 in die zin wordt aangescherpt dat duidelijk is dat dit artikel – en daarmee het daaraan gekoppelde verlichte

15 Zie over de arbeidsrechtelijke kwalificatie van payrolling: Ktr. Groningen 15 december 2009, JAR 2010/27, Hof Leeuwarden 23 maart 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL9881, JAR 2010/107, Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861, JAR 2012/284, Ktr. Rotterdam 21 december 2012, JAR 2013/46, Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, JAR 2013/95, Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178, JAR 2013/144, Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, JAR 2013/193, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, JAR 2013/252, Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, JAR 2014/95, Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340, JAR 2014/123, Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, JAR 2014/248, Rb. Limburg (ktr. Maastricht) 4 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1829, RAR 2015/81, Ktr. Assen 1 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205, JAR 2015/142, Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3820, RAR 2016/52, Ktr. Assen 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692, RAR 2016/141, Rechtbank Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6699, AR Updates 2016-0899, Ktr. Rotterdam 30 december 2016, AR Updates 2017-0021, Ktr. Assen 19 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4888, RAR 2018/48, Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, JAR 2017/267, Ktr. Amsterdam 19 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:420, JAR 2018/57.

16 Kamerstukken II 2017/18, 34 837, nr. 4.

ontslagregime ex artikel 7:691 BW – uitsluitend van toepassing is op arbeidsrechtelijke driehoeks-relaties waarbij het beroep of bedrijf van de ter beschikking stellende werkgever is gericht op het op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt. Naar onze mening zou dan kunnen worden volstaan met de volgende aanscherping van de definitie van artikel 7:690 BW[17]:

"De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever, dat is gericht op het op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt, ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde."

Ook de Raad van State lijkt deze oplossing te verkiezen boven de voorgestelde regulering van payrolling in het BW. In zijn hiervoor aangehaalde advies deelt hij hierover mee dat een aanscherping van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW *"beter inpasbaar* [zal] *zijn in het bestaande wettelijke stelsel en op minder praktische bezwaren* [zal] *stuiten*[18]."

3. De voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 BW getoetst

3.1 Inleiding

Naast de in de vorige paragraaf genoemde observaties en aanbevelingen naar aanleiding van het voorgestelde artikel 7:692 (en 7:692a) BW in relatie tot het systeem van het arbeidsrecht als opgenomen in Titel 10, Boek 7 BW, hebben wij het volgende commentaar bij de voorgestelde tekst van artikel 7:692 BW.

3.2 De voorgestelde definitie in artikel 7:692 BW biedt een onvoldoende scherp en duidelijk criterium en benadeelt de uitzendsector

In het voorgestelde artikel 7:692 BW is de payrollovereenkomst gedefinieerd als de uitzendovereenkomst waarbij de overeenkomst van opdracht tussen uitzendwerkgever en de inlener op basis waarvan de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan de inlener niet tot stand kwam in het kader van een door de uitzendwerkgever op de arbeidsmarkt verrichte actieve allocatiefunctie. Op deze uitzendovereenkomst is niet het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW van toepassing, maar het met de gewone arbeidsovereenkomst vergelijkbare regime van het voorgestelde artikel 7:692a BW.

Het onderscheid tussen de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst en de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst zit nu in de woorden: *"waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen."*

Dit leidt er volgens de regering toe *"dat het lichter arbeidsrechtelijk regime behouden blijft voor uitzendwerkgevers, die immers een actieve rol vervullen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (van in de regel werk van tijdelijke aard). Dit betekent dat als de uitzendwerkgever een actieve rol vervult in de werving van uitzendkrachten (bijvoorbeeld door middel van de mogelijkheid van inschrijving als werkzoekende) en actief inleners werft (al dan niet via internet), waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever de uitzendkrachten vervolgens (na actieve bemiddeling) ter beschikking stellen aan inleners, wel van het huidige uitzendregime gebruik kan worden gemaakt. In dat geval vervult de uitzendwerkgever namelijk zelf een actieve rol en niet de opdrachtgever met wie hij een overeenkomst heeft of een derde in opdracht van die opdrachtgever."*[19]

Gelet hierop biedt de in de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 BW opgenomen omschrijving onvoldoende scherpte en duidelijkheid bij de afbakening van de payrollovereenkomst van de uitzendovereenkomst.[20] Payrollbedrijven vervullen met het door hen aangeboden juridische werkgeverschap immers ook een functie in het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Ten aanzien van het vereiste dat de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen merken wij op dat dit – gelet op het dwingendrechtelijke karakter van het voorgestelde artikel 7:692 BW geen rol zou mogen spelen bij het onderscheid tussen de uitzend- en de payrollovereenkomst. Hiermee zou namelijk aan het payrollbedrijf en diens opdrachtgever worden gelaten of sprake is van een uitzend- of payrollovereenkomst. Ook wanneer eenzijdige herplaatsing van de werknemer door het payrollbedrijf bij een andere opdrachtgever niet de bedoeling is, kan de opdrachtgever deze toestemming immers op papier geven aan het payrollbedrijf, maar kan het payrollbedrijf toezeggen – al dan niet in een side letter of 'gentleman's agreement' – hiervan nooit gebruik maken. Zeker bij intraconcern detachering, dat ook onder het bereik van de voor-

17 Zie ook de bijdrage van J.P.H. Zwemmer, 'Artikel 7:690 BW' in F.Q. van de Pol e.a. (red.), Vijftig weeffouten in het BW, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

18 Kamerstukken II 2017/18, 34 837, nr. 4.

19 Cpt. MvT p. 49. Zie ook cpt. MvT Wab, p. 43

20 Dat de cpt. MvT Wab hierover meer duidelijk is, biedt geen zekerheid. Wij wijzen hierbij op het eerder genoemde Care4Care-arrest waarin de Hoge Raad op grond van de tekst van de wet en onder verwijzing naar een uit de context gehaalde passage uit de wetsgeschiedenis tot een geheel ander oordeel kwam over de uitleg van de wet dan wat een kleine twintig jaar eerder was beoogd door de wetgever (en sociale partners).

gestelde definitie in artikel 7:692 BW gaat vallen[21], zal dit snel aan de orde kunnen zijn. Daarin wordt in deze specifieke situatie echter voorzien met artikel 7:691 lid 6 BW en lid 7 van het voorgestelde artikel 8a Waadi. (Onvoorzien) gevolg van het voorgestelde artikel 8a lid 7 voor intraconcern detachering kan onder andere zijn dat ook een binnen een internationaal concern naar Nederland (intraconcern) gedetacheerde buitenlandse expat vanaf dag één recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers van de Nederlandse groepsmaatschappij werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie. Daarmee zou de voorgestelde wetgeving kunnen leiden tot complicaties voor internationaal opererende concerns. De voorgestelde regeling zou hiermee ons inziens haar doel voorbij schieten. Wij volstaan hier voor nu met de vraag of de regering zich hiervan bewust is.

Een ander punt van kritiek bij de voorgestelde definitie in artikel 7:692 BW is dat per individuele arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer ter beschikking wordt gesteld van een derde om onder toezicht en leiding van de derde arbeid te verrichten moet worden vastgesteld of sprake is van een uitzend- of payrollovereenkomst. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het feit dat een deel van de uitzendkrachten die door uitzendbureaus ter beschikking worden gesteld aan derden door deze derden zelf wordt aangebracht bij de uitzendbureaus. Deze 'payrollwerknemers' zijn in dienst van een uitzendbureau dat een actieve allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Toch zijn deze door de derde aangebrachte uitzendkrachten, payrollwerknemers op grond van het voorgestelde artikel 7:692 BW. Dit sluit niet aan bij de wijze waarop de regering de toepasselijkheid van het verlichte ontslagregime beschrijft in de hiervoor geciteerde passage uit de concept memorie van toelichting. Omdat deze 'payrollwerknemers' in dienst zijn van een uitzendwerkgever met een actieve allocatiefunctie op de arbeidsmarkt zou ook op hen het verlichte ontslagregime bij uitzending van toepassing moeten zijn.[22] Ook voor hen betekent einde inleenopdracht niet automatisch einde arbeidsovereenkomst omdat zij in dienst zijn van een uitzendwerkgever die een actieve allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Met het voorgestelde artikel 7:692 BW wordt hieraan geen recht gedaan en wordt de uitzendsector benadeeld. Daardoor komt de allocatiefunctie die uitzendwerkgevers vervullen op de arbeidsmarkt en die de aanleiding vormde voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 en 7:691 BW onder druk te staan.

3.3 Het werkgeverschap van het payrollbedrijf en het behoud van de ontzorgende functie van payrolling: onze aanbevelingen

Gelet op de in paragraaf 1.4 hiervoor genoemde argumenten pleiten wij voor de daar door ons aanbevolen aanscherping van de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendover-eenkomst waarmee duidelijk wordt gemaakt dat de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW – en het daaraan gekoppelde verlichte ontslagregime ex artikel 7:691 BW – uitsluitend van toepassing is op arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties waarbij het beroep of bedrijf van de ter beschikking stellende werkgever is gericht op het op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt. Daarmee wordt de nu voorgestelde complexe regeling van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 en 7:692a BW overbodig en voorkomen dat de uitzendsector hiermee wordt benadeeld. Doordat binnen de door ons voorgestelde oplossing uitsluitend de formulering van het reeds bestaande artikel 7:690 BW wordt aangescherpt in lijn met de wetsgeschiedenis bij dit artikel – en in lijn met de wijze waarop de regering de toepasselijkheid van het verlichte ontslagregime beschrijft in de hiervoor geciteerde passage uit de concept memorie van toelichting – wordt het risico beperkt dat de 'goede' payrollbedrijven lijden onder een dergelijke regulering omdat de 'kwaden' de hiervoor beschreven mazen in de voorgestelde definitie zullen opzoeken en ondernemers alternatieven zullen zoeken in nog niet gereguleerde driehoeksrelaties als contracting of 'ZZP-constructies'. Dat de door de regering voorgestelde definitie is gebaseerd op de in de Ontslagregeling opgenomen omschrijving van payrolling die op haar beurt weer is gebaseerd op de omschrijving van payrolling in de voormalige Beleidsregels ontslagtaak van het UWV betekent – anders dan de regering opmerkt[23] – niet dat deze omschrijving zich voor het doel van dit concept wetsvoorstel heeft bewezen als scherp en duidelijk criterium om uitzending – als omschreven in de concept memorie van toelichting (zie de hiervoor geciteerde passage) – te onderscheiden van payrolling. Daarbij wijzen wij er ook op dat de door het UWV gehanteerde omschrijving van payrolling alleen relevant is bij een verzoek om toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een payrollwerknemer en deze (daardoor) tot nog toe in de praktijk van geringe betekenis is geweest/niet is 'getest'. Dat laatste geldt eveneens voor de in de voormalige payroll-cao opgenomen omschrijving van payrolling nu in deze cao eveneens een verlicht ontslagregime was opgenomen in vergelijking met het op gewone werknemers van toepassing zijnde ontslagrecht.

21 Op p. 51 van de cpt. MvT Wab wordt meegedeeld dat "het payrollingregime onverkort op personeelsmaatschappijen, die binnen de eigen groep uitzenden, van toepassing is." Wij sluiten niet uit dat ook andere vormen van intra-concern detachering dan door een personeels-BV onder het bereik van de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst zullen vallen. In de cpt. MvT Wab wordt dit niet met zoveel woorden bevestigd maar op p. 112 van de cpt. MvT Wab wordt in relatie met "uitzendovereenkomsten binnen een concern" wel opgemerkt dat het voorgestelde artikel 7:692a WB – en daarmee dus ook artikel 7:692 WB – zowel van toepassing is "op de payrollovereenkomst tussen verschillende ondernemingen, als binnen een onderneming."

22 Daarbij zou door sociale partners bijvoorbeeld in de ABU-cao de afspraak kunnen worden gemaakt dat de omvang van de totale loonsom van deze door de opdrachtgever van de uitzendwerkgever zelf aangebrachte uitzendkrachten (al dan niet onder de noemer van doorlening of 'back office payrolling') minder dan 50% van het totale premieplichtig loon op jaarbasis van de uitzendwerkgever bedraagt.

23 Cpt. MvT Wab, p. 48/49.

Alvorens over te gaan tot het opnemen van het vereiste van een actieve allocatiefunctie in de definitie van artikel 7:690 BW zou in lijn met wat de Raad van State hierover opmerkt in zijn eerder genoemde advies – en om draagvlak te creëren – aan sociale partners in de uitzendsector de vraag kunnen worden voorgelegd om "*scherpte en duidelijkheid te bieden inzake het criterium van de 'allocatieve functie' en inzichtelijk te maken in welke situaties een dergelijke functie al dan niet aanwezig wordt geacht*.[24]" Gelet op het feit dat in 1996 voor sociale partners nog duidelijk[25] was wat onder de door uitzendwerkgevers op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie moest worden volstaan – zie de STAR nota Flexibiliteit en zekerheid 1996 waarnaar ook in de concept memorie van toelichting bij het concept wetsvoorstel wordt verwezen – zou dit op korte termijn tot een voor alle partijen acceptabel criterium moeten kunnen leiden.

Over de auteur

Mr. dr. J.P.H. (Johan) Zwemmer
Advocaat te Amsterdam en universitair docent Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

24 Kamerstukken II 2017/18, 34 837, nr. 4.

25 Zie hierover ook de bijdrage van J.P.H. Zwemmer, 'Artikel 7:690 BW' in F.Q. van de Pol e.a. (red.), Vijftig weeffouten in het BW, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

150. VAAN – VvA – Wab – Bijzondere bedingen

MR. P.A. (PETRA) CHARBON

1. Inleiding tot aanpassing artikel 7:652 en 7:653 BW

1.1. Eén van de doelstellingen van de Wwz is flexibele werknemers meer zekerheid bieden (eerder een vast contract). Dat blijkt in de praktijk niet voldoende uit te pakken. Met de Wab wordt daarom (onder meer) beoogd het voor werkgevers aantrekkelijker te maken een vast contract aan te gaan. In dat verband wordt als knelpunt gememoreerd dat het voor werkgevers een belemmering kan zijn werknemers bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst meteen een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden, omdat nog niet of niet voldoende duidelijk is of de werknemer geschikt is voor de arbeid. Met een langere proeftijd wordt, aldus de Memorie van Toelichting, het direct aangaan van een contract voor onbepaalde tijd of een contract voor bepaalde tijd van twee jaar of langer, aantrekkelijker gemaakt voor werkgevers. Om die reden wordt het mogelijk gemaakt in bepaalde gevallen een langere proeftijd (dan thans mogelijk is) overeen te komen. Het gaat dan om een proeftijd van – maximaal – vijf maanden bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als deze de eerste arbeidsovereenkomst is tussen partijen. Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van twee jaar of langer mag een proeftijd van ten hoogste drie maanden worden overeengekomen indien partijen niet eerder een arbeidsovereenkomst hebben gesloten. In verband met deze beoogde wijzigingen is voorzien in de situatie dat een concurrentiebeding is overeengekomen. Wanneer wordt opgezegd tijdens de proeftijd in een contract voor onbepaalde tijd, kan de werkgever alleen een beroep doen op een dergelijk beding als dat noodzakelijk is vanwege zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelangen en de werkgever dit gemotiveerd en schriftelijk aan de werknemer laat weten.

2. De wijzigingen van artikel 7:652 en 7:653 BW getoetst

Artikel 7:652 BW

2.1. Een proeftijd van langer dan twee maanden (en zeker wanneer het om vijf maanden zal gaan) is een majeure wijziging van de huidige regeling. Wij hebben bedenkingen bij de vraag of een dergelijke ingrijpende verandering zal leiden tot het bereiken van het beoogde doel. Bovendien is de kans op (verdere) juridisering aanwezig (hetgeen niet past bij één van de doelstellingen van de Wwz). De belemmeringen die werkgevers voelen bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst om meteen een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden, worden immers niet reeds bij aanvang van een contract ervaren. De knellende band wordt veeleer pas verderop in de arbeidsovereenkomst gevoeld. Die wordt niet uitsluitend veroorzaakt door de arbeidsrechtelijke (ontslag)bescherming van werknemers (zoals ook is vermeld in de Memorie van Toelichting) maar zeker ook door de – inmiddels ook breed erkende – zware (financiele en administratieve) lasten die op werkgevers drukken bij (langere) arbeidsongeschiktheid van werknemers. Beide problemen knellen beduidend minder wanneer gewerkt wordt met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Onze verwachting is daarom dat werkgevers (zeker nu de ketenregeling weer wordt uitgebreid in duur!) de voorkeur zullen (blijven) geven aan (de veel grotere voordelen van de flexibiliteit van) een bepaalde tijdcontract (en verlengingen daarvan). Denkbaar is (daarom) ook dat de werkgever opzegt in de (langere) proeftijd en dan alsnog tijdelijke contracten gaat sluiten. Wij verwachten dan ook dat de langere proeftijden, waarin het wetsvoorstel voorziet, het gesignaleerde knelpunt – dus – niet zullen wegnemen. Een kleine mondelinge enquête onder een aantal MKB-ondernemers bevestigde dit.

2.2 Daar komt nog het volgende bij. Het doel van de proeftijd ('proefneming', 'vergissingen herstellen') verschiet met zo'n ingrijpende verlenging van kleur. Het doel wordt nu immers mede een gemakkelijkere 'way out' hetgeen werknemers, meer dan nodig (en niet in lijn met de Wwz), een

langere periode van onzekerheid geeft. Doordat de proeftijd veel langer duurt is bovendien de kans op complicaties (en juridisering) in die periode groter. Partijen bevinden zich immers een beduidend langere tijd in een onzekere situatie waarin het vooruitzicht op bestendigheid verder weg is. Dat zal een bepaalde dynamiek met zich brengen waarin – eerder – misverstanden (kunnen) ontstaan, een werknemer zich onzeker voelt en een werkgever minder snel zal investeren. Werkgevers zullen mogelijk 'slordiger' gaan selecteren omdat er 'toch vijf maanden zijn om te toetsen'.

2.3 Er kunnen complicaties ontstaan waarin de wet niet voorziet. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat de functie van de werknemer al gedurende de proeftijd wisselt (veel te zien bij start-ups). Wanneer in een dergelijk geval geen proeftijd is overeengekomen van vijf maanden maar van bijvoorbeeld twee of drie maanden (de proeftijd mag immers ten hoogste vijf maanden duren), is de werkgever dan gerechtigd om er alsnog twee maanden aan te plakken als proeftijd voor de nieuwe functie? Er wordt in dat geval immers geen nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten (in die situatie voorziet lid 7) en de maximum termijn van vijf maanden wordt niet overschreden.

2.4 Verder voorziet het wetsvoorstel (via aanpassing van artikel 7:668a lid 2 BW) erin dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die wordt opgezegd in de proeftijd, ook meetelt voor de "keten". Dat is thans niet het geval en leidt daardoor tot een 'achteruitgang' (minder lange keten) voor werkgevers in vergelijking met hoe het nu is. Dat zou dus 'contraproductief' kunnen werken ten aanzien van het beoogde doel om werknemers meteen een onbepaalde tijd contract te geven.

2.5 Al met al ontstaat door de Wab een, naar onze mening onwenselijke, situatie waarin in plaats van 'twee smaken' (één of twee maanden proeftijd) vier verschillende proeftijden gaan gelden:

- één maand (bepaalde tijd vanaf zes maanden tot twee jaar)
- drie maanden (bepaalde tijd vanaf twee jaar)
- vijf maanden (arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd)
- twee maanden (in geval nieuwe proeftijd bij opvolgend contract met wezenlijk andere vaardigheden).

Dit stelsel van vergaand gedifferentieerde proeftijden, draagt op voorhand niet bij aan de eenvoud. Bovendien is het wat vreemd dat de 'periode van wederzijdse kennismaking en toetsing van vaardigheden en eigenschappen' kennelijk per contractstype zou moeten verschillen. Is het niet merkwaardig dat de persoon die op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de functie van afdelingshoofd bekleedt, vijf maanden 'beproefd' kan en mag worden, terwijl dezelfde persoon voor dezelfde functie bij een jaarcontract maar een maand 'beproefd' wordt. Dit doet vermoeden, zoals hierboven ook in 2.2 vermeld, dat het karakter van de proeftijd meer zal worden dan alleen wederzijdse kennisneming, zoals door de Hoge Raad herhaaldelijk is bevestigd. Daardoor ontstaat mogelijk het risico dat de langere proeftijdperiode getoetst zal worden aan bijvoorbeeld artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap).

Artikel 7:653 BW

2.6 Het voorstel om de regeling van het concurrentiebeding aan te passen, zodanig dat bij de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd alleen door de werkgever een beroep op een concurrentiebeding kan worden gedaan als dat noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen en de werkgever dit gemotiveerd en schriftelijk aan de werknemer meedeelt, is op zich verstandig. Ook dit is – juridisch technisch in ieder geval – echter een achteruitgang/verzwaring voor de werkgever omdat deze beperking nu niet geldt bij een opzegging in de proeftijd van een onbepaalde tijd contract en zal dus contraproductief kunnen werken t.a.v. het beoogde doel. Een belangrijke toevoeging zou (vanuit het oogpunt van zekerheid en duidelijkheid voor de werknemer) hoe dan ook moeten zijn dat de werkgever de mededeling onverwijld na de opzegging (door werkgever of werknemer) aan de werknemer moet laten weten. Denkbaar is dat aan artikel 7:653 lid 5 BW wordt toegevoegd dat dit binnen (bijvoorbeeld) vijf werkdagen na de opzegging dient te gebeuren om iedere discussie over de vraag wat 'onverwijld' is te voorkomen.

2.7 Vermeldenswaard want zorgelijk is ook het volgende. Door deze verandering ontstaat een onwenselijke (gecompliceerde) situatie m.b.t. de motiveringsplicht bij het concurrentiebeding. Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt een motiveringsplicht bij aanvang. Bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (die doorloopt) geldt geen motiveringsplicht en bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die in de proeftijd wordt opgezegd, geldt de motiveringsplicht aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Beter en verdedigbaar zou zijn één lijn te trekken: in alle gevallen vooraf motiveren of in alle gevallen achteraf maar in ieder geval geen verschillen.

2.8 Wij maken van de gelegenheid gebruik nog het volgende op te merken. Bij de totstandkoming van de Wwz werd aangekondigd de SER advies te vragen om de regeling van het concurrentiebeding integraal te herzien.[1] Wij herhalen deze oproep tot – spoedige – modernisering van de concurrentiebedingregeling.[2]

2.9 Verder is de toevoeging van het woordje "elektronisch" in lid 5 van artikel 7:653 BW opmerkelijk. Zie daarover hetgeen hierover bij artikel 7:628a BW is overwogen.

1 Kamerstukken 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 18: "Het wetsvoorstel brengt geen verandering in de regels voor het aangaan van een concurrentiebeding in contracten voor onbepaalde tijd. Gezien het feit dat ook daar lichtvaardig en oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding kan voorkomen, is het kabinet voornemens om in de toekomst samen met sociale partners te bezien of ook een bredere aanpassing van de wettelijke regeling voor het concurrentiebeding wenselijk is. Dit voornemen om advies te vragen aan de SER is bij brief van 17 september 2013 aan de Tweede Kamer medegedeeld."

2 Vgl. ook A.R. Houweling (red.), Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke Themata (zesde druk), Den Haag: Boom uitgevers 2018, hoofdstuk 7.

3. De wijzigingen van artikelen 7:652 en 7:653 BW; de wettekst aangepast

3.1 Zouden, ondanks onze serieuze bedenkingen of met de aanpassingen het beoogde doel bereikt wordt, deze onderdelen van het wetsvoorstel gehandhaafd blijven dan doen wij de volgende suggesties voor aanpassing van de artikelen 7:652 en 7:653 BW. De aanpassingen en aandachtspunten zijn zichtbaar in 'vet' en/of 'highlight'.

3.2 Artikel 7:652 BW

1. Indien partijen een proeftijd overeenkomen, is deze voor beide partijen gelijk.
2. De proeftijd wordt schriftelijk overeengekomen.
3. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste vijf maanden.
4. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste:
    a. een maand, indien de overeenkomst is aangegaan voor langer dan zes maanden **maar** korter dan twee jaren;
    b. drie maanden, indien de overeenkomst is aangegaan voor twee jaren of langer.
5. Bij het aangaan van een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en dezelfde werkgever die duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist dan de vorige arbeidsovereenkomst bedraagt de proeftijd, in afwijking van de leden 3 en 4, onderdeel b, ten hoogste twee maanden.
6. Indien het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op een kalenderdatum is gesteld, kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste een maand.
7. Er kan geen proeftijd worden overeengekomen indien de arbeidsovereenkomst:
    a. is aangegaan voor ten hoogste zes maanden;
    b. een opvolgende arbeidsovereenkomst betreft tussen een werknemer en dezelfde werkgever, tenzij die **overeenkomst** duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist dan de vorige arbeidsovereenkomst; of
    c. een opvolgende arbeidsovereenkomst betreft tussen een werknemer en een andere werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van de vorige werkgever te zijn.
8. Van de leden **4**, onderdeel a, en 6, kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.
9. Elk beding in strijd met dit artikel is nietig.

3.3 Artikel 7:653 BW

1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien:
    a. de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan; en
    b. de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.
2. In afwijking van lid 1, aanhef, en onderdeel a, kan een beding als bedoeld in lid 1 worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.
3. De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 en lid 2:
    a. geheel vernietigen indien het beding, bedoeld in lid 2, niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen; of
    b. geheel of gedeeltelijk vernietigen indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.
4. Aan een beding als bedoeld in lid 1 of lid 2 kan de werkgever geen rechten ontlenen, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
5. Aan een beding als bedoeld in lid 1 kan de werkgever geen rechten ontlenen indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd wordt opgezegd, tenzij het noodzakelijk is de werknemer aan het beding te houden vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen en de werkgever dit schriftelijk of elektronisch (**zie opmerking in 2.9**) en gemotiveerd aan de werknemer mededeelt. **De werkgever dient deze mededeling uiterlijk op de vijfde werkdag na de opzegging te doen.**
6. Indien een beding als bedoeld in lid 1 of lid 2 de werknemer in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn, kan de rechter steeds bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen. De rechter stelt de hoogte van deze vergoeding met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid vast. De vergoeding is niet verschuldigd, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Over de auteur

Mr. P.A. (Petra) Charbon
Advocaat te Amsterdam.

151. VAAN – VvA – Wab – Oproepovereenkomst

MR. P.J.B.M. (PASCAL) BESSELINK

1. Inleiding tot de wijziging van de oproepovereenkomst

1.1 Wwz – oproepovereenkomst
De Wwz beoogde de positie van werknemers die werkzaam zijn op basis van een oproepovereenkomst (nulurencontract of een min-maxcontract) te versterken. Dit is onder andere gebeurd door te regelen dat de uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht (7:628 BW) niet langer ongeclausuleerd bij cao kan worden verlengd, maar alleen als de werkzaamheden in bij de cao te bepalen functies incidenteel van aard zijn.

1.2 Wab – toelichting wijzigingen met betrekking tot de oproepovereenkomst
De regering heeft (mede) daarom nieuwe voorstellen gedaan de positie van oproepkrachten te versterken. Hieronder valt het toevoegen van zeven nieuwe leden aan artikel 7:628a BW, waarvan de belangrijkste zijn:

Artikel 7:628a lid 2 BW
Voorgesteld wordt om te regelen dat ingeval van onzekerheid over de omvang van de arbeid (doordat de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgelegd) de werkgever de werknemer minstens vier dagen van te voren moet oproepen, anders hoeft de werknemer geen gehoor te geven aan deze oproep.

Artikel 7:628a lid 3 BW
Hier wordt voorgesteld dat wanneer de oproep binnen vier dagen voor aanvang van de werkzaamheden wordt ingetrokken, de werknemer recht heeft op loonbetaling over de periode waarvoor hij aanvankelijk opgeroepen is.

Artikel 7:628a lid 4 BW
De termijn van vier dagen kan bij cao of regeling worden verkort met dien verstande dat de termijn nooit korter mag zijn dan een dag.

Artikel 7:628a lid 5 BW
In dit artikellid wordt geregeld dat de werkgever jaarlijks in de 13e maand een aanbod doet voor vaste uren bij alle contracten waarin de gegarandeerde arbeidsomvang niet of niet eenduidig is overeengekomen waarbij de aangeboden gemiddelde arbeidsduur gebaseerd is op de gemiddelde gewerkte arbeidsduur in de voorgaande 12 maanden en, als de werkgever geen aanbod doet, de werknemer recht heeft op niet-genoten loon vanaf de uiterlijke datum waarop de werkgever het aanbod had moeten doen.

Artikel 7:672 lid 5 BW
Voorts wordt aan artikel 7:672 BW een nieuw lid 5 toegevoegd inhoudende dat indien de omvang van de arbeid niet is vast gelegd, de door de werknemer in acht te nemen opzegtermijn, in afwijking van lid 4 (een maand opzegtermijn), de termijn, bedoeld in artikel 7:628a lid 2 BW (vier dagen) en 7:628a lid 4 BW (korter dan vier dagen maar ten minste een dag) bedraagt. Van dit artikellid kan schriftelijk noch bij cao of regeling worden afgeweken. Bovendien is lid 1 van artikel 7:672 BW niet van toepassing.

De oproepovereenkomst: doelstellingen van de Wwz en Wab getoetst

De doelstelling van de Wwz om de positie van oproepkrachten te versterken lijkt niet te zijn behaald. Uit cijfers van het CBS blijkt namelijk dat het aantal werknemers dat werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst zonder vaste uren of een oproepcontract juist sterk is gegroeid.[1]
De doelstelling van de Wab oproepkrachten meer zekerheid over de te werken uren en dagen te geven lijkt met invoering van de nieuwe bepalingen behaald te kunnen worden. Op diverse onderdelen wordt de oproepkracht namelijk meer zekerheid geboden. Ten eerste zal de werkgever voortaan, op grond van artikel 7:628a lid 2 BW, ten minste vier dagen van te voren aan de werknemer moeten laten weten of hij arbeid moet verrichten. Voorts wordt de werkgever, op grond van artikel 7:628a lid 3 BW, verplicht om, als hij

1 Zie cpt. MvT Wab, pagina 30 en 31.

de oproep binnen vier dagen voor aanvang van het tijdstip van de arbeid 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.

Omdat de oproepkracht, zeker wanneer deze (nog) werkzaam is op basis van een oproep-overeenkomst voor bepaalde tijd, afhankelijk is van zijn werkgever valt te betwijfelen of de oproepkracht (veel) gebruik zal maken van de voorgestelde wettelijke mogelijkheden zoals vermeld in artikel 7:628a lid 3, 5 en 7 BW. Inroepen van deze rechten zou immers kunnen betekenen dat de werkgever besluit de oproepkracht vervolgens niet meer of minder op te roepen dan wel de oproepovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege te laten eindigen en niet te verlengen of om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Door de werkgever te verplichten de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht schriftelijk of elektronisch aan de werknemer bekend te maken, de oproep om arbeid te verrichten schriftelijk of elektronisch in te laten trekken en schriftelijk of elektronisch een aanbod te laten doen voor een arbeidsomvang die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de voorafgaande periode van 12 maanden wordt de bewijspositie van de werknemer versterkt. Daarmee wordt invulling gegevens aan een van de doelstellingen van de Wab, het bieden van meer zekerheid aan flexibele werknemers.

Ook wordt met invoering van een nieuw lid 5 in artikel 7:672 BW, waarin wordt bepaald dat indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd de door de werknemer in acht te nemen opzegtermijn, in afwijking van artikel 7:672 lid 4 BW (opzegtermijn van een maand), de termijn bedoeld in artikel 7:628a lid 2 BW (vier dagen) en 7:628a lid 4 BW (een termijn van korter dan vier dagen maar niet korter dan een dag als dit bij cao of regeling is bepaald), invulling gegeven aan de doelstelling "het bieden van meer zekerheid aan flexibele werknemers" van de Wab. De werknemer kan daardoor immers sneller een arbeidsovereenkomst elders aangaan (waar de arbeidsomvang wel is vastgelegd) waardoor hij meer inkomenszekerheid heeft.

3. De oproepovereenkomst: de wettekst getoetst

Artikel 7:628a lid 1 BW

In artikel 7:628a lid 1 BW wordt geen wijziging doorgevoerd. Dit roept de vraag op of gelet op hetgeen door de Hoge Raad is overwogen in zijn arrest van 3 mei 2013[2] in sommige situaties aanspraak kan ontstaan op een dubbele beloning over bepaalde tijdvakken. In r.o. 3.5 van voornoemd arrest heeft de Hoge Raad erop gewezen dat de tekst van artikel 7:628a BW zich niet tegen dubbele beloning verzet en dat een dubbele beloning ook strookt met de beschermende strekking van de bepaling: aldus wordt bevorderd dat de werkgever het werk zodanig inricht dat de werknemer niet meer malen per dag voor telkens een korte periode wordt opgeroepen, dan wel dat de werknemer wordt gecompenseerd voor de daarmee gepaard gaande onzekerheid. Volgens de Hoge Raad blijkt uit de gekozen systematiek dat de wetgever de gedachte dat de werknemer in die situaties meer loon ontvangt dan de (duur van de) arbeidsprestatie rechtvaardigt, heeft aanvaard. Als de regering deze lijn van de Hoge Raad nog steeds volgt is het aan te bevelen dit tijdens de parlementaire behandeling aan de orde te laten komen.

Artikel 7:628a lid 2-8 BW

In de Memorie van Toelichting worden onder oproepcontracten verstaan zowel een voorovereenkomst als een arbeidsovereenkomst 'met uitgestelde prestatieplicht'. De regering richt zich bij het onderwerp oproepovereenkomsten op de arbeidsovereenkomst 'met uitgestelde prestatieplicht' en onderverdeelt de categorie oproepcontracten weer in zogenoemde nulurencontracten en min-maxcontracten. Beide soorten contracten worden vervolgens in de Memorie van Toelichting gelijkgesteld met arbeidsovereenkomsten 'waarvan de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vast gelegd'. Voor nulurencontracten is dat duidelijk, maar de vraag is of dit ook geldt voor min-maxcontracten. Oftewel zijn min-maxcontracten daadwerkelijk contracten 'waarvan de omvang van de arbeid niet of eenduidig is vast gelegd'?

Op pagina 32 van de Memorie van Toelichting staat dat bij het bepalen van de omvang van de arbeid bij het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW bij een min/max-contract enkele rechters slechts de minimaal overeengekomen te werken uren gebruiken als rechtsvermoeden. Verwezen wordt naar een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden[3]. Dat is echter niet hetgeen de wetgever voor ogen heeft gehad bij de invoering van het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang met de Wet flexibiliteit en zekerheid zo staat in de Memorie van Toelichting van de Wab.

De rechtspraak lijkt echter een benadering te hanteren die niet zozeer als standaard uitgaat van de minimaal overeengekomen te werken uren als rechtsvermoeden maar vaker waarbij afhankelijk van de min-max uitslag de flexbepalingen van artikel 7:610b BW en 7:628a BW wel of juist niet van toepassing zijn.

In de rechtspraak wordt al snel aangenomen dat de omvang van de arbeid eenduidig is vastgelegd. Zo oordeelde het Hof 's-Gravenhage[4], waarin het ging om een arbeidsovereenkomst voor minimaal 5 en maximaal 40 uur per week, dat, indien de werkgever de werknemer over een langere periode structureel (veel) meer inzet dan het minimum aantal uren, zoals overeengekomen in een min-maxcontract, goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW met zich

2 HR 3 mei 2013, JAR 2013/140.

3 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015, JIN 2015/146.

4 Hof 's-Gravenhage 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3943.

mee kan brengen dat de omvang van het overeengekomen minimum aantal uren wordt verhoogd. Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre het aantal minimum arbeidsuren in een concreet geval moet worden verhoogd, dient rekening te worden gehouden met de specifieke aard van het min-maxcontract.
In voornoemd arrest overwoog het Hof dat van een eenduidige vastlegging sprake was. Als de regering deze opvatting ook is toegedaan, wat is dan feitelijk de reikwijdte van deze nieuwe bepalingen?
Vraag is of de regering beoogt min-maxcontracten daadwerkelijk in alle gevallen gelijk te stellen met arbeidsovereenkomsten 'waarvan de omvang niet of niet eenduidig is vastgelegd' en dus in alle gevallen bij min-maxcontracten werkgevers te verplichten steeds als de arbeidsovereenkomst 12 maanden heeft geduurd binnen een maand schriftelijk of elektronisch een aanbod te doen voor een arbeidsomvang die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in die voorafgaande 12 maanden.
Andere vraag luidt of als wordt beoogd min-maxcontracten in alle gevallen gelijk te stellen met arbeidsovereenkomsten 'waarvan de omvang niet of niet eenduidig is vastgelegd' de aanbieding van de arbeids*omvang* niet onder artikel 7:610b BW dient te worden gebracht, daar waar de loonaanspraak in artikel 7:628a BW thuis hoort.

Artikel 7:628a lid 2 BW
In dit nieuwe artikellid wordt voorgesteld om ingeval van onzekerheid over de omvang van de arbeid (doordat de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgelegd) de werkgever de werknemer ten minste vier dagen van te voren schriftelijk of elektronisch moet oproepen. Als de oproep niet binnen deze periode plaatsvindt mag de werknemer de oproep weigeren.
In dit nieuwe artikellid wordt (overigens net zoals in artikel 7:653 lid 5 BW nieuw) de "*elektronische bekendmaking*" geïntroduceerd. Boek 7.10 BW hanteert thans nog grotendeels (enkel) het begrip schriftelijk (zie artikel 7:652 lid 2 BW, 7:653 lid 1 sub b. BW, 7:654 lid 1 BW, 7:668 lid 1 BW, 7:669 lid 4 BW, 7:670b BW, 7:671 BW, 7:672 BW, 7:676 BW). Alleen in artikel 7:655 lid 1, 8 en 9 BW wordt momenteel (naast de schriftelijkheid) ook gesproken *elektronische* opgave. Artikel 7:655 lid 1, 8 en 9 BW zijn per 1 juli 2010 (*Stb*. 2010, 205, 206) aangepast in het kader van de lastenverlichting voor burgers en bedrijven en daarmee is het mogelijk gemaakt om de opgave van de gegevens ook elektronisch te verstrekken.
In de meeste artikelen (zowel in de huidige Boek 7.10 BW als in de Wab) wordt (enkel) het begrip schriftelijkheid gehanteerd. Vraag is of het een bewuste keuze is om in artikel 7:628a lid 2 BW (en ook artikel 7:653 lid 5 BW) naast de schriftelijkheid de elektronische bekendmaking als wijze van bekendmaking te introduceren. En hoe verhoudt de elektronische opgave zich tot de eis van schriftelijkheid zoals gehanteerd in de meest bepalingen in Boek 7.10 BW? Wat wordt exact onder elektronische kennisgeving verstaan (e-mail, sms, WhatsApp)? Is voortaan alles per elektronische kennisgeving mogelijk? Worden hier eisen aan gesteld? Geldt er een waarborgfunctie en mag een werknemer die niet over de moderne communicatiemiddelen zoals e-mail, sms of WhatsApp beschikt toch eisen dat de kennisgeving schriftelijk geschiedt?
Met het invoeren van de terminologie "schriftelijk of elektronisch" in Boek 7.10 BW, wordt door de regering – vanwege de 'of elektronisch' – een tegenstelling tussen beiden geïntroduceerd. De Hoge Raad heeft onder meer in het City Tax-arrest[5] overwogen dat gelijke bepalingen/termen binnen eenzelfde titel of afdeling op eenzelfde wijze moeten worden uitgelegd. Met de introductie van 'schriftelijk of elektronisch' lijkt voor bepalingen waar thans de voorwaarde enkel 'schriftelijk' is, een elektronische kennisgeving/mededeling uitgesloten. De rechtspraak wijst bij verschillende bepalingen evenwel op een andere ontwikkeling. Zo is de aanzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heel goed mogelijk bij WhatsApp.[6]
Indien geen wijziging van deze jurisprudentie is beoogd, dan verdient het aanbeveling het onderscheid 'schriftelijk' en 'schriftelijk of elektronisch' te heroverwegen. Daar waar 'schriftelijkheid' enkel dient als bewijsfunctie van een bepaalde (feitelijke) handeling, ligt toevoeging van 'elektronisch' voor de hand. Daar waar schriftelijkheid een zekere 'waarborgfunctie' vervult, zijn wellicht strengere eisen aan het vormvoorschrift gerechtvaardigd. Ons inziens past het bij de maatschappelijke ontwikkeling om 'schriftelijk' ruim uit te leggen (dus ook digitaal). De waarborgfunctie dient op andere wijzen tot uitdrukking te komen (bijvoorbeeld door materiële voorwaarden te stellen zoals beperking in duur, omvang of compensatie voor duur van beperking in geval van een concurrentiebeding). Ook zou men deze waarborg in de vorm van handeling kunnen lezen. Kennisgeving, mededeling en melding, kunnen steeds elektronisch, terwijl 'overeenkomen' wellicht een zwaardere toetsing vereist.
De regering hanteert het uitgangspunt dat de werkgever de werknemer ten minste vier dagen van te voren moet oproepen, anders hoeft de werknemer geen gehoor te geven aan deze oproep. De voorgestelde termijn van vier dagen sluit aan bij een bestaande termijn in (artikel 4:2 lid 2 jo. lid 3 van) de Arbeidstijdenwet. Dit artikel hanteert overigens de begrippen "meedelen" en "bekend maken" zonder daar de eis van schriftelijkheid hieraan te verbinden[7]. Evenmin wordt gesteld dat die bekendmaking elektronisch dient/mag plaats vinden. De introductie van de elektronische bekendmaking in artikel 7:628a BW lijkt daarmee (op dit punt) dan ook niet te zijn gebaseerd op (artikel 4:2 van) de Arbeidstijdenwet.

5 Hoge Raad 14 oktober 2005, JAR /271
6 Rechtbank Amsterdam 10 juni 2015, JAR 2015/173
7 Op cpt. MvT Wab, p. 34 staat dat dat de voorgestelde termijn aansluit bij een reeds bestaande termijn in de Arbeidstijdenwet. Vraag is waarom dit dan, ten overvloede, ook nog in het Burgerlijk Wetboek zou moeten worden geregeld.

Artikel 7:628a lid 3 BW
In de eerste plaats is denkbaar dat dit voorstel in de praktijk zal leiden tot het oproepen voor korte(re) periodes (korter dan beoogd, c.q. korter dan anders het geval zou zijn) om zo het risico van forsere aanspraken in te dammen. In die zin kan het voorstel dus contraproductief uitpakken. In de tweede plaats zal lang niet altijd duidelijk zijn voor welke periode wordt opgeroepen. Onduidelijkheid over de omvang van het aantal afgezegde uren vertaalt zich in disputen over de omvang van de vergoedingsplicht en dat is onwenselijk. Een derde punt betreft het volgende. Als een werkgever plotseling wordt geconfronteerd met het wegvallen van een stevige klus, kan het aantal afgezegde uren substantieel zijn. Het spreekt niet aan dat als dit vier dagen of langer tevoren gebeurt, de werkgever gewoon het aanbod kan intrekken, terwijl als dit korter tevoren gebeurt en de werkgever geen ander werk voorhanden heeft, de werkgever gehouden zou zijn bij intrekken het volle pond te betalen zonder dat daar werk tegenover staat. Een vierde punt betreft de omstandigheid dat het voorstel niet regelt wat rechtens is als de werkgever na het intrekken alsnog ander werk voor de werknemer vindt voorafgaand aan of tijdens de periode van de afgezegde uren: moet de werknemer dan alsnog aanvaarden op straffe van verlies van de aanspraak over de eerder afgezegde uren (of een navenant deel daarvan) en zo neen: geeft dit dan in de visie van de wetgever een redelijke balans? Mag bij het verlies van een klus kort voor de start de werkgever in plaats van intrekken de werknemer andere passende werkzaamheden laten verrichten en/of uitlenen aan een derde, bijvoorbeeld een arbeidspool of een speler in de uitzendwereld? Wat is rechtens als na het intrekken de werkgever alsnog het werk wederom aanbiedt (bijvoorbeeld omdat hij door een herschikking van taken alsnog in staat is het werk geheel of ten dele voor de oproepkracht te bestemmen)? Wat is voorts rechtens als de werkgever het aanbod niet intrekt, maar het aanbod geheel of ten dele wijzigt of voor een deel intrekt? Wat is de aard van de aanspraak die de werknemer geldend kan maken: gaat het om loon waarop bijvoorbeeld de regeling van de wettelijke verhoging van artikel 7:625 BW van toepassing en alle overige wetsbepalingen omtrent loon of gaat het om een schadevergoeding ter hoogte van het loon over de afgezegde uren waarop de wetsbepalingen omtrent loon niet van toepassing zijn? De sanctie treft daarnaast de opdrachtgever die in redelijkheid kon menen dat sprake was van een opdrachtovereenkomst en van de rechter te horen krijgt dat het ging om een arbeidsovereenkomst. De toelichting geeft er geen blijk zich te realiseren dat dit aan de orde kan zijn.
In dit artikellid wordt ook gesproken over elektronisch intrekken. Vragen die ook hier luiden zijn wat hieronder exact wordt verstaan, of en zo ja, welke eisen aan een dergelijke elektronische intrekking worden gesteld, of er een waarborgfunctie geldt en een werknemer die niet over e-mail, sms of WhatsApp beschikt mag eisen de intrekking dan schriftelijk plaats vindt.
Op pagina 35 Memorie van Toelichting staat dat de regeling los staat van de regelingen uit artikel 7:628 BW. Vraag is echter hoe artikel 7:628a BW zich verhoudt tot artikel 7:628 lid 5 BW. Is artikel 7:628a BW een lex specialis of leidt uitsluiting van de loonbetaling op grond van artikel 7:628 BW tot verval van aanspraak op loon ex artikel 7:628a BW?

Artikel 7:628a lid 5 BW
Uit de redactie van dit artikellid blijkt niet duidelijk of de verplichting tot het doen van een aanbod voor de arbeidsomvang ook geldt indien een arbeidsovereenkomst is aangegaan voor exact twaalf maanden. Indien dat het geval is, is te voorspellen of werkgevers er basis van deze nieuwe regels toe zullen overgaan met oproepkrachten slechts een jaarcontract te sluiten en die oproepkrachten pas na verloop van zes maanden en een dag (zie ook het nieuwe lid 6) weer opnieuw in te zetten? En welke mogelijke negatieve consequenties zou dit kunnen hebben voor de WW?
Aanbevolen wordt om in de tekst van de bepaling of in de toelichting expliciet aan te geven dat met deze bepaling niet bedoeld wordt te verplichten tot het doen van een aanbod tot continuering van de contractuele relatie in enige vorm. Het gaat er om zeker te stellen dat het doel is binnen de bestaande contractuele relatie de arbeidsomvang te normeren en niet te dwingen tot het aangaan van een nieuwe oproepovereenkomst of een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.

Artikel 7:628a lid 7 BW
In dit nieuwe artikellid wordt verwezen naar 'het aantal uren', bedoeld in lid 5. In lid 5 wordt echter niet gesproken over 'uren' maar over 'omvang van de arbeid'. Aanbevolen wordt dit te wijzigen.
En ook hier is, net als bij lid 3, de vraag wat de aard is van de aanspraak ('loon' of een sanctie op het niet nakomen van een verplichting). Voorts lijkt de toelichting op pagina 104/105 van de Memorie van Toelichting op twee gedachten te hinken. Enerzijds lijkt het te gaan om een sanctie wegens het ten onrechte niet doen van een aanbod en is dan dus niet relevant of de werknemer vervolgens wel voor de werkgever in de beoogde omvang werkzaamheden heeft kunnen verrichten (in welk geval dus de werknemer dubbelop betaald krijgt: eenmaal vanwege het ontbreken van het aanbod en eenmaal vanwege het werken). Anderzijds spreekt de toelichting aan het slot van de eerste alinea op pagina 105 Memorie van Toelichting over 'misgelopen loon'. Dat wekt de indruk dat als behalve het aanbod niets aan gewerkte uren is misgelopen, niets extra behoeft te worden betaald. Een verduidelijking is op zijn plaats. Het voorstel doet voorts te kort aan de gedachte dat eventuele sancties in balans behoren te zijn met het 'vergrijp'. Bij dubbelop moeten betalen mag aan een toelichting hoge eisen worden gesteld, zeker ook nu in het voorstel sprake is van een sanctie die zowel de werkgever treft die per abuis geen aanbod deed of dat per abuis niet in de voorgeschreven vorm deed als de werkgever die opzettelijk de werk-

nemer in het ongewisse liet. De sanctie treft daarnaast de opdrachtgever die in redelijkheid kon menen dat sprake was van een opdrachtovereenkomst en van de rechter te horen krijgt dat het ging om een arbeidsovereenkomst. De toelichting geeft er geen blijk zich te realiseren dat dit aan de orde kan zijn.

Artikel 7:628a lid 8 BW
Dit afsluitende artikellid bepaalt dat van artikel 7:628a BW niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Vraag is of een afwijking bij cao of regeling van de verplichting om schriftelijk of elektronisch ten minste vier dagen van te voren de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht aan de werknemer bekend te maken en de oproep om arbeid te verrichten schriftelijk of elektronisch in te trekken wél mogelijk is. Artikel 7:628a lid 4 BW bepaalt evenwel slechts dat bij cao of regeling de termijn van vier dagen kan worden verkort (mits de termijn niet korter is dan een dag), maar de vraag is of bij cao of regeling ook afgeweken kan worden van de wijze van mede delen (dus niet schriftelijk of elektronisch), uiteraard mits geen sprake is van een afwijking ten nadele van de werknemer.
Omdat dit artikellid strijdig is met lid 4 wordt aanbevolen aan lid 8 toe te voegen: **"behoudens het bepaalde in lid 4"**.

Artikel 7:672 lid 5 BW
De door de werknemer in acht te nemen opzegtermijn bedraagt, indien de omvang van de arbeid niet is vast gelegd, de termijn bedoeld in artikel 7:628a lid 2 en 4 BW, zo bepaalt dit nieuwe artikellid. Vraag is of deze afwijkende opzegtermijn voor de werknemer ook geldt als sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse opzegmogelijkheid. Aangezien het nieuwe artikellid ter bescherming van de werknemer wordt geïntroduceerd lijkt dit wel het geval.

4. Eventuele alternatieven voor de wettekst / toelichting / vragen

Artikel 7:628a lid 1 BW
In het commentaar en aanbevelingen van de werkgroep ontslagrecht Vereniging voor Arbeidsrecht van 11 februari 2014 is in de bijdrage van E.C. Fenema en E.T. Visser de vraag opgeworpen of de mogelijkheid van dubbele betaling een bewuste keuze is van de wetgever en dat, als dit het geval is, aan te bevelen is dit tijdens de parlementaire behandeling aan de orde te stellen. Als dat niet zo is, dan zou de suggestie van A-G Timmerman in r.o. 6.6 bij het arrest van de Hoge Raad (HR 3 mei 2013, *JAR* 2013/140 m.nt. J.P.H. Zwemmer) gevolgd kunnen worden gevolgd door aan artikel 7:628a BW toe te voegen: **"tenzij het voorgaande tot een dubbele betaling leidt."** Als alternatieve tekst wordt voorgesteld:
"Een herhaalde oproep die valt binnen de periode genoemd in lid 1, leidt niet tot een nieuwe loonaanspraak van ten minste drie uur."
Omdat tijdens de parlementaire behandeling niet op voornoemd commentaar en aanbeveling is ingegaan, maar het issue nog wel actueel is, wordt aanbevolen om alsnog op dit punt in te gaan.

Artikel 7:628 lid 2, 3 en 5 BW
Het begrip "elektronisch"
Aanbevolen wordt om toe te lichten wat exact onder dit begrip wordt verstaan en of, als de werknemer (in de uitzonderlijke situatie) niet beschikt over digitale communicatiemiddelen van de werkgever mag eisen dat bekendmaking, intrekking en/of het doen van een aanbod schriftelijk zal plaats vinden.

Artikel 7:628a lid 7 BW
Aanbevolen wordt de zinssnede **"… het aantal uren, bedoeld in lid 5"** te wijzigen in **"de gemiddelde omvang van de arbeid per maand, bedoeld in lid 5"**

Artikel 7:628a lid 8 BW
Aanbevolen wordt aan dit artikellid toe te voegen: **"… behoudens het bepaalde in lid 4."**

Artikel 7:672 lid 5 BW
Ervan uitgaande dat de in dit artikellid bepaalde voor de werknemer afwijkende opzegtermijn ook zal gelden in situaties waarin sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse opzegtermijn wordt aanbevolen de volgende zin aan dit artikellid toe te voegen: **"Dit artikel geldt ook in geval sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse opzegmogelijkheid."**

Over de auteurs
Mr. P.J.B.M. (Pascal) Besselink
Jurist te Arnhem.

152. VAAN – VvA – Wab – Ketenregeling

MR. P.J.B.M. (PASCAL) BESSELINK

1. Inleiding tot de wijziging van de ketenregeling

1.1 Wwz – ketenregeling

De ketenbepaling regelt wanneer elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd overgaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Met invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) werd de ketenregeling gewijzigd, met als doel ongewenst langdurig verblijf in de flexibele schil te voorkomen. Bij meer dan drie elkaar opvolgende contracten of (bij een kleiner aantal) als de duur van de opvolgende contracten een periode van twee jaar overschrijdt ontstaat sedertdien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor invoering van de Wwz was die termijn drie jaar. De tussenpoos waarbinnen arbeidsovereenkomsten als opeenvolgend worden gezien is met de Wwz verlengd van drie naar zes maanden. Ook is een wijziging van het opvolgend werkgeverschap doorgevoerd en zijn de mogelijkheden om (bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan, hierna: "regeling") af te wijken beperkt.

1.2 Wab – toelichting wijzigingen met betrekking tot de ketenregeling

De regering heeft geconstateerd dat er een aantal knelpunten is bij de toepassing van de ketenbepaling, waarbij blijkt dat werkgevers bij de huidige toepassing van de ketenbepaling niet altijd de flexibiliteit hebben die voor hen noodzakelijk is, gezien hun bedrijfsvoering en de aard van de werkzaamheden. De regering is van mening dat de huidige termijn van twee jaar als te knellend wordt ervaren voor werkgevers en dat werknemers niet gebaat zijn bij deze termijn. De regering is voorts van mening dat er niet alleen in geval van seizoenswerk ruimte moet zijn om sectoraal te kunnen afwijken van de lengte van de tussenpoos van zes maanden, maar ook als de aard van het werk daar om vraagt. Een derde door de regering gesignaleerd knelpunt ziet specifiek op invalkrachten in het primair onderwijs die invallen in verband met vervanging wegens ziekte.

Om de door de regering geconstateerde knelpunten op te lossen stelt de regering een drietal wijzigingen van de ketenregeling voor:

1. *Maximumtermijn ketenbepaling*
   Voorgesteld wordt om de maximumtermijn van de ketenbepaling te verruimen van twee naar drie jaar, zoals ook voor inwerkingtreding van de Wwz het geval was.
2. *Terugkerend tijdelijk werk*
   Voorgesteld wordt om de tussenpoos bij cao te kunnen terug brengen tot drie maanden als de aard van het werk daar om vraagt. Dat is het geval bij terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende een periode van negen maanden kan worden verricht. Onder de reikwijdte van de formulering kan het gaan om terugkerend tijdelijk werk dat niet te scharen valt onder seizoenswerk.
3. *Invalkrachten in het primair onderwijs*
   De regering stelt voor om tijdelijke invalkrachten in het primair onderwijs, die een leerkracht vervangen wegens ziekte, uit te zonderen van de ketenregeling. Dit zorgt ervoor dat invalkrachten die invallen wegens ziekte van een leerkracht op tijdelijke basis kunnen invallen, zonder dat na een aantal invalbeurten, waarbij telkens een tijdelijke arbeidsovereenkomst gesloten wordt, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

2. De ketenregeling: doelstellingen van de Wwz en Wab getoetst

2.1 Maximumtermijn ketenregeling

Doel van de ketenregeling, zoals die in 1999 in de Wet flexibiliteit en zekerheid (Wfz) werd geïntroduceerd in artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek, is dat na verloop van tijd voor werknemers zekerheid ontstaat in de vorm van een vast contract. Voorkomen moet worden dat werknemers gevangen worden in een "draaideur" van tijdelijke contracten. Tot de invoering van de Wwz gold dat gedurende een periode van maximaal drie jaar op basis van tijdelijke contracten gewerkt kon worden. Met de Wwz werd de ketenregeling gewijzigd, met als doel ongewenst langdurig verblijf in

de flexibele schil te voorkomen. Omdat de "oude" ketenregeling te veel mogelijkheden bood werknemers structureel en langdurig op basis van tijdelijke contracten in te zetten is de ketenregeling aangescherpt. Ook om recht te doen aan Richtlijn 1999/70/EG clausule 5 (het voorkomen van oneigenlijk gebruik van tijdelijke contracten) is de maximumtermijn van de ketenregeling teruggebracht van drie naar twee jaar, de doorbrekingsperiode verlengd van drie naar zes maanden en de afwijking bij cao van de maximale duur en het aantal contracten aan voorwaarden verbonden.
Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz en debatten naar aanleiding van signalen uit de samenleving bleek ook in de Tweede Kamer echter reeds twijfel te bestaan of het doel van de Wwz, het voorkomen van een ongewenst langdurig verblijf in de flexibele schil, nu werd gediend door het terugbrengen van de termijn van de ketenbepaling naar twee jaar. De vrees was dat deze verkorting ertoe zou leiden dat juist veel flexwerkers eerder hun baan zouden verliezen in plaats van dat zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden zouden krijgen. Dit zou ervoor zorgen dat werknemers juist sneller in een draaideur van tijdelijke contracten zouden komen, doordat ze dan al na twee jaar op zoek moeten naar een nieuwe baan.
De regering is van mening dat de huidige termijn van twee jaar als te knellend wordt ervaren voor werkgevers en dat werknemers niet gebaat zijn bij deze termijn. Daarom wordt voorgesteld de maximumtermijn van de ketenbepaling (weer) te verruimen van twee naar drie jaar. Hierdoor wordt het mogelijk om langduriger bij de dezelfde werkgever te kunnen werken op grond van een tijdelijk contract en wordt voorkomen dat flexwerkers onnodig snel hun baan verliezen.

2.2 Doelstellingen Wab – Wwz

De regering beoogt met de verruiming van de periode van de ketenbepaling de werkgever de ruimte te geven voor flexibiliteit waar het nodig is bij het aangaan van de arbeidsrelatie. Het moet voor werkgevers voorts aantrekkelijker worden tijdelijke werknemers door te laten stromen naar een vast contract als dit past bij de aard van de werkzaamheden. Maatregelen die worden getroffen om dit te realiseren zijn: premiedifferentiatie in de WW, opbouw transitievergoeding vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst, de mogelijkheid voor de werkgever om in bepaalde situaties compensatie te vragen voor de transitievergoeding en het introduceren van de cumulatiegrond/i-grond als negende redelijke grond voor ontslag.
De eerste doelstelling, het bieden van meer ruimte aan de werkgever voor flexibiliteit, zal met wijziging van de ketenregeling worden behaald. Immers, werkgevers krijgen de mogelijkheid om een jaar langer dan onder de huidige systematiek het geval is op tijdelijke basis te contracteren. Omdat veel werkgevers, in het bijzonder in het midden- en klein bedrijf (mkb), de huidige ketenregeling als knellend ervaren, het sinds invoering van de Wwz (mede als gevolg van het veel strengere (ervaren) ontslagregime) minder snel aan durven een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te gaan en daarom sindsdien regelmatig werken op basis van "gekunstelde contracten" zoals de gehanteerde "7+8+8-constructie" (zie hieronder), zal de verruiming van de ketenregeling door deze werkgevers hoogstwaarschijnlijk met open armen worden ontvangen. Voordeel voor werknemers is dat deze langer in dienst kunnen blijven en niet na twee jaar (of vaak na 23 maanden) hun baan verliezen. Voor veel werknemers biedt deze verruiming dus voordelen. Of een van de algemene doelstellingen van de Wab, het verkleinen van de kloof tussen vaste contracten en flexibele arbeid, met het verruimen van de ketenregeling wordt behaald valt echter te betwijfelen. Gevolg zal immers zijn dat werknemers langer dan nu het geval is werkzaam zullen blijven op basis van een tijdelijk contract en dus langer op een vast contract (met de daarbij behorende zekerheden) moeten wachten. Voorts zijn wij – zie pagina 93 van de Memorie van Toelichting – met de regering van mening dat het effect van deze aanpassing van de ketenregeling op de doorstroom naar vast werk onzeker is.
Tevens wordt, daar waar dit niet als doelstelling is vermeld, een andere doelstelling behaald, namelijk dat minder snel met "gekunstelde contracten" zal worden gewerkt en het jaarcontract weer meer de standaard zal worden. Wij lichten dit toe.
Zoals hiervoor al vermeld mag er, uitzonderingen bij cao daar gelaten, sinds invoering van de Wwz niet langer dan twee jaar op tijdelijke basis worden gecontracteerd. Ook is in de Wwz de regel ingevoerd dat iedere werknemer van wie de arbeidsovereenkomst die 24 maanden of langer heeft geduurd, bij beëindiging of het niet verlengen van die arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever, recht heeft op een transitievergoeding. Voorts is sinds invoering van de Wwz bepaald dat er slechts een proeftijd mag worden overeengekomen als sprake is van een (eerste) arbeidsovereenkomst met een duur van langer dan zes maanden.
Voornoemde wijzigingen hebben gemaakt dat werkgevers zijn gaan werken met de zogenoemde "7+8+8-constructie" (of varianten hier op), inhoudende dat eerst een arbeidsovereenkomst voor zeven maanden wordt gesloten en aansluitend nog twee arbeidsovereenkomsten voor de duur van telkens acht maanden. Deze constructie brengt met zich dat in het eerste contract een proeftijd overeengekomen mag worden, de totale duur van de keten minder is dan 24 maanden zodat de laatste arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt en dus (nog) niet leidt tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en ook geen transitievergoeding verschuldigd is omdat de totale duur van de keten onder de 24 maanden blijft.
Met de beoogde wijziging van de ketenregeling is het voor werkgevers niet langer noodzakelijk om op basis van voornoemde constructie (of varianten hier op) te contracteren en kan weer worden gewerkt met het vertrouwde (half) jaarcontract. De opbouw van de transitievergoeding vindt immers vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst plaats en met het sluiten van in totaal maximaal drie jaarcontracten kan de werkgever bij afloop van het derde jaarcontract nog altijd besluiten of hij dat contract van rechts-

wege laat eindigen of de werknemer dan (of eerder) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbiedt.
Als werkgevers gebruik gaan maken van de mogelijkheid om langer op tijdelijke basis te contracteren en na afloop van de periode van drie jaar besluiten werknemers niet alsnog een vast contract aan te bieden zal logischerwijze niet worden voldaan aan de doelstellingen gelijke arbeidskansen en verkleinen kloof tussen vast en flex. Een van de doelstellingen van de Wwz, het bieden van meer zekerheid aan flexibele werknemers, zal dan evenmin worden gehaald.

2.3 Terugkerend tijdelijk werk
Met het wetsvoorstel wordt voorts geregeld dat de tussenpoos zoals bepaald in artikel 7:668a lid 1 sub a BW bij cao kan worden teruggebracht tot drie maanden als de aard van het werk daar om vraagt. Dat is volgens de regering het geval bij terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende een periode van negen maanden kan worden verricht. Voorgesteld wordt om het huidige artikel 7:668a lid 13 BW breder te maken door de zinssnede *"als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden"* te schrappen en deze bepaling niet langer te beperken tot zogenoemd seizoenswerk. In het nieuwe artikel 7:668a lid 13 BW zou het dus ook kunnen gaan om terugkerend tijdelijk werk dat niet valt te scharen onder seizoenswerk. Voorbeelden die hiervan worden genoemd zijn functies in de culturele sector (afhankelijk van het theaterseizoen) of trainers bij sportclubs die bijvoorbeeld een stop hebben van drie maanden.
Of gebruik wordt gemaakt van het terugbrengen van de tussenpoos is dus aan cao-partijen. Wanneer sprake is van een branche waar geen cao van toepassing is, is afwijking van de ketenregeling dus niet mogelijk. Dit is overigens onder de huidige wetgeving niet anders.
Of sprake is van terugkerend tijdelijk werk is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Die omstandigheden zullen door cao-partijen beschouwd moeten worden bij de afweging of in de cao gebruik zal worden gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid.
Het huidige lid 13 van artikel 7:668a BW is, vanwege een aantal gesignaleerde knelpunten in bepaalde sectoren, ingevoerd bij wet van 17 juni 2016 en maakte aanvankelijk (bij invoering van het tweede deel van de Wwz op 1 juli 2015) dus geen onderdeel uit van artikel 7:668a BW. De regering is thans echter van mening dat er niet alleen in geval van seizoenswerk ruimte moet zijn om sectoraal te kunnen afwijken van de lengte van de tussenpoos, maar ook als de aard van het werk daar om vraagt. De regering komt daarom tot een verruiming[1].

1 Uitsluiting en verruiming van de ketenregeling bij terugkerend tijdelijk werk is overigens volledig in overeenstemming met artikel Richtlijn 1999/70/EG clausule 5.

2.4 Doelstellingen Wab – Wwz
Een van de doelstellingen in de Wab is het verkleinen van de kloof tussen vast en flex. Verruiming van de tussenpoos brengt, in beginsel, met zich mee dat er een grotere groep werknemers zal ontstaan die structureel op tijdelijke basis werkzaam zal zijn (en dus niet op basis van een vast contract). Omdat het ter bepaling aan cao-partijen is of en zo ja, welke functies onder de reikwijdte van de formulering zullen vallen valt dit echter te billijken. Verondersteld mag worden dat die groep werknemers anders (als de verruiming van de tussenpoos niet wordt ingevoerd) telkens wordt ingewisseld voor nieuwe werknemers en dus na de maximale periode van thans twee jaar en straks drie jaar hun baan zullen verliezen. In geval van verruiming van de tussenpoos voor de betreffende functies kunnen deze werknemers gedurende een langere periode werkzaam zijn, weliswaar niet op basis van een vast contract maar wel met (meer) structurele zekerheid. Met dit laatste wordt, weliswaar niet met een vast contract, dan uiteindelijk ook invulling gegeven aan een van de doelstellingen van de Wwz, namelijk het bieden van meer zekerheid aan flexibele werknemers.

2.5 Invalkrachten in het primair onderwijs
In een nieuw in te voeren artikel 7:668a lid 15 BW wordt bepaald dat artikel 7:668a BW niet van toepassing is op een arbeidsovereenkomst met een werknemer in het primair onderwijs indien die arbeidsovereenkomst is aangegaan in verband met vervanging wegens ziekte van een werknemer die een onderwijsgevende of onderwijsondersteunende functie met lesgebonden of behandeltaken bekleedt[2].
Expliciet worden dus tijdelijke invalkrachten in het primair onderwijs die een leerkracht vervangen wegens ziekte uitgezonderd van de ketenregeling[3]. Volgens de regering zorgt dit ervoor dat invalkrachten die invallen wegens ziekte van een leerkracht op tijdelijke basis kunnen invallen, zonder dat na een aantal invalbeurten, waarbij telkens een tijdelijke arbeidsovereenkomst gesloten wordt, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

2.6 Doelstellingen Wab – Wwz
Met doorvoering van voornoemde expliciete uitzonderingsbepaling wordt voldaan aan een van de doelstellingen van de Wwz, namelijk het meer zekerheid bieden aan flexibele werknemers, in dit geval aan de groep invalkrachten in het primair onderwijs. Door deze groep expliciet uit te zonderen van de ketenregeling kunnen zij structureler worden ingezet hetgeen meer zekerheid geeft. Deze groep zal daarmee ook meer gelijke arbeidsmarktkansen krijgen, waarmee ook aan een van de doelstellingen van de Wab wordt voldaan.

2 Ook deze uitzondering is in overeenstemming met Richtlijn 1999/70/EG clausule 5.

3 Rechtvaardiging hiervoor volgt o.a. uit HvJ EU 26 november 2014, C-22/13, JAR 2015/17 (Mascolo c.s./Ministero dell'Università e della Ricera). Zie ook: HvJ EU 26 januari 2012, C-586/10, JAR 2012/76 m.nt. Knipschild (Kücük/Land Nordrhein-Westfalen).

3. De ketenregeling: de wettekst getoetst

Artikel 7:668a lid 5 BW
Dit nieuwe artikellid biedt de mogelijkheid om bij cao of regeling af te wijken van de ketenregeling 'indien uit die overeenkomst of regeling blijkt dat voor bij die overeenkomst of regeling te bepalen functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist'.
Naar huidig recht bepaalt uiteindelijk de rechter of sprake is van de bedoelde koppeling tussen functie(groep) en intrinsieke aard van de bedrijfsvoering. Cao-partijen kunnen hier dus geen eigen regie voeren. Als de cao-partijen een functie(groep) aanwijzen en ook van oordeel zijn dat inderdaad de intrinsieke aard aan de orde is, kan de rechter nog steeds tot de slotsom komen dat bij de bewuste functie(groep) de door de regering bedoelde intrinsieke aard (wat daar dan exact onder wordt verstaan) niet speelt. De sanctie op een foutieve inschatting door cao-partijen is potentieel enorm (vanwege de 'inzet' van een al of niet nog bestaand dienstverband gaat het bij het in te schatten risico om loondoorbetaling achteraf over lange periodes in combinatie met een voor de toekomst nog bestaand dienstverband). Het wetsvoorstel doet niets aan deze disbalans. Het wetsvoorstel opent wel in het voorgestelde artikel 668a lid 14 de mogelijkheid voor een ministeriële regeling voor een van de wettelijke regeling afwijkend regime ten aanzien van bepaalde functies of functiegroepen omdat de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist. Het ligt voor de hand dat in deze situatie de ministeriële regeling niet door een later oordeel van de rechter (dat toch de intrinsieke aard niet speelde of niet voor de bewuste functie) in de wielen kan worden gereden. Het past niet dat in het ene lid (lid 5) de betrokken partijen geen eigen regie mogen voeren en in het andere lid (lid 14) de betrokken partij wel eigen regie mag voeren zonder dat dit verschil nader wordt gemotiveerd en zonder dat dit voor de praktijk zo belangrijke verschil uit de tekst van de wet zelf blijkt. Het ligt in de rede voor lid 5 en lid 14 een zelfde systeem te kiezen en zo weg te blijven van een nodeloos nog complexer geheel. Een in dit kader mee te nemen aspect betreft het feit dat Richtlijn 1999/70/EG niet verplicht tot een sanctie die een contract voor bepaalde tijd omzet naar een contract voor onbepaalde tijd[4].

Artikel 7:668a lid 15 BW
Vraag is of de uitzonderingsregeling in het nieuwe lid 15 van artikel 7:668a BW zo expliciet bij wet moet worden bepaald en of het niet in de rede ligt om te regelen dat bij regeling van de regering op verzoek van de Stichting van de Arbeid kan worden bepaald dat artikel 7:668a BW niet van toepassing is op nader te noemen arbeidsovereenkomsten. De wet kent weliswaar op meerdere plekken uitzonderingsbepalingen voor concrete groepen/personen (zie o.a. de werknemer die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat in artikel 7:671 lid 1 sub d BW, de bestuurder in artikel 7:671 lid 1 sub e BW, de werknemer die een geestelijk ambt bekleedt in artikel 7:671 lid 1 sub f BW, de werknemer werkzaam bij een bijzonder school of instelling in artikel 7:671 lid 1 sub h BW, de AOW-gerechtigde in artikel 7:671a lid 5 sub d BW) maar dit zijn veelal (veel) bredere groepen.
Een van de uitgangspunten van de Wwz is het eenvoudiger maken van het ontslagrecht. Eenvoud is in zijn algemeenheid een van de uitgangspunten in zowel de Wwz als de Wab. Door een nieuwe uitzonderingsregeling in artikel 7:668a BW op te nemen wordt geen gevolg gegeven aan dit uitgangspunt. Integendeel. Artikel 7:668a BW wordt er, met de reeks aan uitzonderingen, niet eenvoudiger op.
Zo:

- kan bij cao of regeling de duur van de keten worden verlengd (lid 5) en kunnen de tussenpozen worden verkort (lid 13);
- kan de ketenregeling worden uitgesloten (lid 8);
- kan (in een nieuw in te voeren bepaling) bij regeling op verzoek van de STAR de ketenregeling worden verruimd (lid 14);
- kan de ketenregeling worden uitgesloten voor leer-arbeidsovereenkomsten (lid 9);
- is de ketenregeling niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan in verband met een beroepsbegeleidende leerweg (lid 10),
- is de ketenregeling niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten werknemers van jonger dan achttien jaar (lid 11)
- is straks ook op invalkrachten in het primair onderwijs de ketenregeling niet van toepassing (lid 15);
- kan de ketenregeling weer worden verruimd bij arbeidsovereenkomsten met werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt (lid 12);
- kan bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken van de ketenregeling ten nadele van de bestuurder (lid 7).

Voornoemde opsomming aan uitzonderings- en uitsluitingsmogelijkheden maakt duidelijk dat niet langer gesproken kan worden van een leesbaar artikel. De vraag is of dit artikel in zijn geheel niet anders geordend dient te worden.

4. Eventuele alternatieven voor de wettekst / toelichting / vragen

Vraag/aanbeveling
Artikel 7:668a BW (algemeen)
Wij adviseren, ter bevordering van de leesbaarheid van artikel 7:668a BW, de diverse uitzonderingen, uitsluitingen en verruimingen uit dit artikel te halen en deze te verplaatsen naar nadere door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op te stellen regelingen.

4 Zie HvJ EU 28 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:131, JAR 2018/91 (John/Bremen) en HvJ EU 7 maart 2018, C-494/16, JAR 2018/92 (Santoro/Gemeente Valderice).

Artikel 7:668a lid 4 BW
Dit artikellid bepaalt de termijn van opzegging en past naar onze mening niet in artikel 7:668a BW, het artikel dat volledig het onderwerp van de opvolgende arbeidsovereenkomsten regelt. Wij adviseren dit artikellid te verplaatsen naar artikel 7:672 BW en hierin te verwijzen naar artikel 7:668a BW, net zoals in artikel 7:672 BW een nieuw lid 5 is toegevoegd waarin wordt verwezen naar artikel 7:628 leden 2 en 4 BW.
Voorgesteld / aanbevolen wordt om artikel 7:668a lid 4 BW te schrappen en een nieuw artikel 7:672 lid 6 BW in te voeren met de navolgende tekst:
"De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 668a lid 1 onder a. of b."

Artikel 7:668a lid 13 BW
Wij adviseren, in verband met de verruiming van dit artikel, in de toelichting tot uitdrukking te brengen in welke situaties sprake kan zijn van terugkerend tijdelijk werk zodat cao-partijen handvatten hebben waarmee ze in hun cao-overleg en te sluiten cao rekening kunnen houden.

Vraag
Kan de regering toelichten aan welke functies in terugkerend tijdelijk werk, naast de reeds in de Memorie van Toelichting genoemde functies in de culturele sector en trainers bij sportclubs die te maken hebben met een stop van drie maanden, nog meer kan worden gedacht?

Artikel 7:668a lid 15 BW
Voorgesteld / aanbevolen wordt om, in geval van handhaving van artikel 7:668a BW in de huidige vorm, artikel 7:668a lid 15 BW als volgt te wijzigen:
"Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan op verzoek van de Stichting van de Arbeid worden bepaald dat op nader te noemen groepen werknemers dit artikel niet van toepassing is."

Over de auteurs
Mr. P.J.B.M. (Pascal) Besselink
Jurist te Arnhem.

153. VAAN – VvA – Wab – Cumulatiegrond en vergoeding

MR. F.M. (FRANK) DEKKER EN PROF. MR. J.H. (ZEF) EVEN

1. Inleiding tot de introductie van de i-grond met bijbehorende extra vergoeding

1.1 Wwz – achtergrond

Met de Wwz diende het ontslagrecht eenduidiger, eenvoudiger en goedkoper te worden. Concrete ontslagnormen zouden leiden tot rechtszekerheid[1] en voorspelbaarheid.[2] Die toegenomen voorspelbaarheid gold ook ten aanzien van de introductie van de transitievergoeding, waarbij deze afgezet tegen de kantonrechtersformule bovendien lager was, hetgeen werkgevers zou stimuleren eerder vaste contracten aan te gaan.[3] Hoewel concrete ontslagnormen met zich kunnen brengen dat ontslag lastiger zou worden, was het doel niet de introductie van een knellend ontslagrecht. De regering merkte nadrukkelijk op dat het ontslagrecht niet te rigide diende te zijn.[4] De regering maakte voorts duidelijk dat niet gemarchandeerd mocht worden met niet geheel voldragen ontslaggronden: dan volgt geen ontslag.[5] Cumulatie van ontslaggronden was evenmin mogelijk. Als een ontslagsituatie niet zou worden gedekt door de overige ontslaggronden, terwijl er wel een redelijke grond voor beëindiging was, zou artikel 7:669 lid 3 sub h BW uitkomst moeten bieden. In de tussentijd was steeds het '*overriding principle*' dat ontslag redelijk moet zijn, dat wil zeggen dat de werknemer dient te worden beschermd tegen een ongerechtvaardigd ontslag.[6]

Ontslag is sedert 1 juli 2015 kort gezegd mogelijk als sprake is van een redelijke grond en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt (artikel 7:669 lid 1 BW).

1.2 Wab – toelichting van de wijzigingen

In de Memorie van Toelichting van de Wab wordt, net zoals in de toelichting bij de Wwz, gememoreerd dat het ontslagrecht flexibiliteit behoeft (bedrijven moeten 'wendbaar' zijn).[7] De wetgever constateert dat het huidige systeem knelt. Werkgevers zijn terughoudend werknemers in vaste dienst te nemen door de kosten en risico's die aan een vast contract zijn verbonden. De werkgevers die wel vaste contracten aangaan, ondervinden voorts concurrentie van de werkgevers die dat niet doen.[8] Voor werkgevers moet het daarom aantrekkelijker en minder risicovol worden vaste contracten aan te bieden.[9] Het wordt door de wetgever nuttig geacht een cumulatiegrond (i-grond) toe te voegen (waarbij gronden c tot en met h kunnen cumuleren), waarbij de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd als vanwege een aantal gronden het in redelijkheid niet meer van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De rechter kan dan een extra vergoeding, tot maximaal 50% van de transitievergoeding, opleggen ten laste van de werkgever. Tevens blijft het onderliggende principe, ook bij toepassing van de nieuwe i-grond, dat het ontslag redelijk moet zijn: werkgevers moeten werknemers kunnen ontslaan in een situatie dat het einde van de arbeidsovereenkomst 'redelijkerwijs aan de orde is'.[10]

2. De i-grond met bijbehorende extra vergoeding getoetst

2.1 De doelstellingen getoetst

De i-grond

Het is nuttig en noodzakelijk steeds te toetsen of er een *redelijke* beëindigingsgrond bestaat. Dit was al een onderliggend principe bij de Wwz en dat blijft het.[11] Die redelijkheidseis past bij internationale standaarden, zoals IAO-

1 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 84.
2 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 5.
3 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 5.
4 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 2.
5 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, E, p. 10.
6 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 24.
7 Cpt. MvT Wab, p. 15 en 16.
8 Cpt. MvT Wab, p. 14.
9 Cpt. MvT Wab, p. 17 en 18.
10 Cpt. MvT Wab, p. 18 en 58.
11 Zie ook cpt. MvT Wab, p. 59.

Verdrag 158[12] (niet geratificeerd door Nederland, maar terecht genoemd in de Memorie van Toelichting Wab) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.[13] De i-grond respecteert dit principe van een *iusta causa dimissionis*: het moet immers gaan om een cumulatie van gronden *"die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren"*.

Door de introductie van de i-grond zal de (blijkens de wetsgeschiedenis van de Wwz gewenste) eenvoud en voorspelbaarheid van het ontslagrecht afnemen. Er wordt immers een extra, minder concrete (want meer open) grond toegevoegd. Het toevoegen van een open grond leidt volgens de Wwz-wetsgeschiedenis tot minder eenvoud en minder transparantie.[14]

Tegenover die afname van voorspelbaarheid neemt de flexibiliteit van het ontslagrecht door de introductie van de i-grond toe en draagt de voorgestelde wijziging bij aan het aantrekkelijker en minder risicovol maken van het vaste contract. Het Wwz-ontslagrecht blijkt in de praktijk namelijk meer rigide dan was beoogd. Uit het VAAN-VvA Evaluatieonderzoek Wwz is naar voren gekomen dat rechters meer dan in het verleden tot afwijzing van ontbindingsverzoeken overgaan.[15] Datzelfde beeld kwam naar voren in het HSI-evaluatierapport.[16] Onderzoek van de gepubliceerde rechtspraak tot 1 november 2017 toont zelfs licht hogere percentages afwijzingen van ontbindingsverzoeken gebaseerd op de d-, e-, g- en h-grond dan het VAAN-VvA onderzoek liet zien (zie Kerstens/Mees). Rechters lijken aldus alleen maar strenger te (zijn ge)worden.

Het HSI-rapport rapport wijst uit dat sommige rechters in voorkomende gevallen vonden dat zij (i) weinig ruimte hadden om te kunnen concluderen dat sprake is van een verstoorde arbeids-verhouding, (ii) de mogelijkheid missen bij een combinatie van gronden die ieder voor zich niet voldoende onderbouwd zijn toch de arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigingen en (iii) een algemene ontslaggrond missen. Ten aanzien van de algemene ontslaggrond werd opgemerkt dat deze zonder extra, meer discretionaire, vergoedingsmogelijkheden niet veel zou toevoegen. Deze opmerkingen doen vermoeden dat een cumulatiegrond inderdaad kan bijdragen aan het flexibeler maken van het ontslagrecht en het vaste contract aantrekkelijker en minder risicovol zou kunnen maken.

De introductie van de i-grond is naar onze mening verklaarbaar bij toepassing van de geschetste doelstellingen en lijkt de resultante van gemaakte afwegingen (de balans).

De extra vergoeding

Die balans is minder zichtbaar bij toetsing van de extra vergoeding aan de doelstellingen. Door de introductie van die vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de i-grond zal de eenvoud en voorspelbaarheid van de vergoeding afnemen. Er mag immers een extra vergoeding tot ten hoogste 50% van de transitievergoeding worden toegekend. Dat brengt dat de rechter potentieel drie typen vergoedingen kan toekennen: (i) de transitievergoeding, (ii) de extra vergoeding en (iii) de billijke vergoeding. Verwacht mag worden dat de ontbindingsprocedure in de praktijk een extra laag zal krijgen: het ligt voor de hand dat een werknemer in een dergelijke procedure eerst het verweer zal voeren dat moet worden afgewezen, waarna vervolgens het verweer zal worden gevoerd dat het verzoek eigenlijk verband houdt met een cumulatie van gronden, waardoor de extra vergoeding in beeld komt.

Ook andere benoemde doelen lijken niet onmiddellijk gediend met de introductie van de extra vergoeding. De extra vergoeding maakt ontslag op de i-grond (potentieel) duurder dan ontslag op een andere grond, terwijl één van de doelstellingen van de Wwz nu juist is ontslag goedkoper te maken. Het feit dat de invoering van de extra vergoeding samenvalt met een verlaging van de opbouw van de transitievergoeding (na tien jaar) en het vervallen van de overgangsregeling voor 50-plussers (artikel 7:673a BW) nuanceert dit overigens. Deze twee aspecten maken ontslag immers goedkoper (zie hierover ook punt 2.3 hierna).

Of de extra vergoeding bijdraagt aan de flexibiliteit van het ontslagrecht of het aantrekkelijker maken van het vaste contract, kan op twee manieren worden bekeken. Aan de ene kant draagt het feit dat ontslag op de i-grond (potentieel) duurder wordt dan op een andere grond niet bij aan het aantrekkelijker en minder risicovol maken van het vaste contract. Op zichzelf beschouwd werkt de extra vergoeding dus averechts. Aan de andere kant blijkt uit het HSI-rapport dat de rechters die een algemene ontslaggrond missen (zie het punt 2.2 hierna, waarin wordt betoogd dat de i-grond met een algemene grond kan worden vergeleken), tevens aangeven dat zo'n grond geen zin heeft zonder de mogelijkheid een extra vergoeding toe te kennen. Hieruit leiden wij af dat er weinig bereidheid zal bestaan op de i-grond te ontbinden zonder extra vergoedingsmogelijkheid. In die zin lijkt de extra vergoeding noodzakelijk om de i-grond te laten werken en daarmee zou gezegd kunnen worden dat de extra vergoeding eveneens bijdraagt aan de flexibiliteit van het ontslagrecht en het aantrekkelijker en minder risicovol maken van het vaste contract.

12 Artikel 4 hiervan bepaalt: 'The employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service.'

13 Artikel 30 hiervan bepaalt: 'Iedere werknemer heeft recht op bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken.'

14 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 84.

15 A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds, P. Kruit (red.), VAAN-VvA Evaluatieonderzoek Wwz 2016, Den Haag: BJu 2016.

16 J.H. Bennaars m.m.v. M. Diepenbach, R. Knegt en E. Verhulp, HSI Evaluatie ontslaggronden Wwz, Amsterdam: UvA 2016.

Conclusie
Brengen we het voorgaande samen, dan ontstaat het volgende schematische overzicht:

	i-grond	extra vergoeding
Ontslag moet redelijk zijn	+	nvt
Ontslagrecht eenvoudiger	–	–
Ontslag goedkoper	nvt	–
Ontslagrecht voorspelbaar	–	–
Flexibel ontslagrecht	+	–/+
Vast contract aantrekkelijker	+	–/+

2.2 De cumulatiegrond inhoudelijk beschouwd
De cumulatiegrond ziet op een cumulatie van (onvoldragen) gronden c tot en met h.

Buiten toepassing laten van de a- en b-grond
Dat betekent in de eerste plaats dat de gronden a en b buiten het bereik van de i-grond vallen. De reden daarvoor is volgens de Memorie van Toelichting Wab dat (i) de aard van deze gronden zich niet leent voor cumulatie en (ii) er procedurele redenen zijn om niet hiermee te cumuleren.
Op dat eerste argument valt wel wat af te dingen. Cumulatie met de b-grond (langdurige ziekte) is inderdaad moeilijk voorstelbaar. Ten aanzien de a-grond is cumulatie daarentegen wel degelijk denkbaar. Neem bijvoorbeeld de situatie dat sprake is van een disfunctionerende werknemer van wie het verbetertraject nog niet is afgerond, terwijl gelijktijdig een reorganisatie plaatsvindt op basis waarvan enkele capabele collega's dienen te vertrekken op grond van afspiegeling. Hierbij dient wel in ogenschouw te worden genomen dat met betrekking tot de a-grond al enige ruimte bestaat voor 'billijkheidscorrecties' in de Ontslagregeling. Voorbeelden zijn artikel 11 leden 4 en 5 en artikel 14 lid 2 Ontslagregeling. Ook bestaat de mogelijkheid bij de a-grond in een cao andere regels te hanteren op grond van artikel 7:669 lid 6 BW. Die mogelijkheid bestaat niet bij andere ontslaggronden. Er is dus al enige flexibiliteit in de a-grond mogelijk. Er is daarmee minder noodzaak tot cumuleren met andere gronden.
Procedureel is de keuze in het wetsvoorstel niet met de a- en b-grond te cumuleren begrijpelijk. Toevoeging van gronden a en b aan de cumulatiegrond zou inderdaad kunnen leiden tot de in de Memorie van Toelichting Wab genoemde onduidelijkheid over de bevoegde instantie en mogelijk zelfs tot omzeiling van de UWV-route: door naast de a-grond ook een andere grond aan te dragen, en dus naar de i-grond over te stappen, zou wellicht toegang tot de kantonrechter kunnen worden verkregen. Dat doet afbreuk aan de eenduidigheid van het thans geldende systeem.

Toepassen van de h-grond
De h-grond valt daarentegen wel binnen het bereik van de i-grond. Aangezien de h-grond alle redelijke beëindigingsomstandigheden binnen boord kan halen, zolang die omstandigheden maar niet in de andere ontslaggronden zijn vervat, terwijl de i-grond cumulatie van de h-grond met die andere gronden (behoudends a en b) mogelijk maakt, heeft de i-grond een ruim bereik. In feite kunnen immers alle argumenten die in de h-grond passen worden gecumuleerd met de argumenten in de andere gronden. In die zin lijkt de i-grond niet slechts op een cumulatiegrond, maar ook op een algemene ontslaggrond. Dit doet de vraag rijzen of het introduceren van een i-grond (als cumulatiegrond) naast de h-grond (als restgrond) niet onnodig ingewikkeld is. Het zou eenvoudiger kunnen zijn om de h-grond te herformuleren (zie punt 4.1 hierna).

Ambtshalve toepassen van de cumulatiegrond
In de Memorie van Toelichting Wab wordt gesteld dat de rechter op grond van artikel 25 Rv de bevoegdheid heeft de cumulatiegrond, net als de andere redelijke gronden, ambtshalve toe te passen. Het leerstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is evenwel aanzienlijk minder eenvoudig dan de regering lijkt te denken.[17] De mogelijkheid om tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden over te gaan wordt in elk geval beperkt door de stellingen die partijen hebben aangevoerd, hetgeen in het domein valt van artikel 24 Rv: de feitelijke grondslag mag niet door de rechter worden aangevuld.[18] En zelfs als een ontslaggrond ambtshalve zou mogen worden toegevoegd door de rechter, dient er nog voor te worden gewaakt dat hij geen verassingsbeslissing geeft of dat de werknemer in zijn verweer wordt geschaad. Hoe dan ook: het lijkt ons verstandig als de uiteindelijke Memorie van Toelichting op dit punt genuanceerder zou zijn.

Herplaatsing
Als gememoreerd wordt in principe alleen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst overgegaan als herplaatsing van de werknemer binnen een redelijk termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. De vraag is hoe dat uitwerkt bij de i-grond, in het bijzonder indien wordt gecumuleerd met de e-grond. Normaal gesproken geldt immers bij de e-grond de verplichting tot herplaatsing niet. Geldt ten aanzien van de i-grond te allen tijde 'gewoon' de norm uit artikel 7:669 lid 1 BW dat herplaatsing niet in de rede[19] moet liggen of niet mogelijk moet zijn? Of ligt herplaatsing per definitie niet in de rede bij cumulatie met de e-grond?

17 Vgl. J.H. Bennaars en J.P. Quist, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de ontbindingsprocedure?, TAP 2018/3, nr. 99 en O. van der Kind, 'De 671b-procedure: een keurslijf voor de kantonrechter?', AR Annotatie 2016-0369.
18 Zie over het verbod op aanvulling van de feitelijke grondslag T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', TCR 2002/2, p. 29-37.
19 Over de vraag wat de woorden 'in de rede' precies betekenen, loopt een cassatie in de zaak Hof Den Haag 19 september 2017, JAR 2017/289.

Vraag: hoe dient de herplaatsingsverplichting te worden benaderd bij toepassing van de i-grond?

2.3 De extra vergoeding inhoudelijk beschouwd

Rechtvaardiging
Het lijkt niet per se rechtvaardig dat een extra vergoeding moet worden betaald in geval van een ontbinding op de i-grond. In de Memorie van Toelichting Wab wordt in elk geval geen heldere rechtvaardigingsgrond genoemd. Wel wordt opgemerkt (zie ook hierna) dat de extra vergoeding bedoeld is als compensatie voor het feit dat de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op basis van een cumulatie van omstandigheden die ieder voor zich geen zelfstandige grond voor ontbinding oplevert. Dat is op zichzelf genomen geen reden voor de vergoeding, maar een omschrijving van de grond zelf.
De vraag is dan waarom er reden is voor de extra vergoeding. Die reden kan niet liggen in de onredelijkheid van het ontslag: het onderliggende principe van de i-grond blijft immers dat het ontslag redelijk moet zijn. Het is geen 'afkoopgrond' maar een redelijke ontslaggrond. Het blijft daardoor onduidelijk waarom de redelijke i-grond aanleiding zou moeten geven voor een extra vergoeding en een andere redelijke ontslaggrond niet. Dat geeft de indruk dat de redelijkheid van de i-grond inferieur is aan die van de andere ontslaggronden. Dat wordt echter niet in de Memorie van Toelichting Wab uitgewerkt en ligt ook niet zonder meer in de rede. Stel dat sprake is van een 90% voldragen grond voor disfunctioneren (d-grond), een 90% voldragen grond voor verwijtbaarheid van de werknemer in het verbetertraject (e-grond) en een 90% voldragen grond voor een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond). Is de cumulatiegrond in zo'n geval niet ten minste zo 'redelijk' als een nét voldragen andere ontslaggrond? En waarom zou de vergoeding uitsluitend variabel moeten worden gemaakt bij toepassing van de i-grond, terwijl het bij de andere gronden irrelevant is of die grond 'met de hakken over de sloot' of juist ruimschoots is behaald?
Vraag: wat is de reden van de extra vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens de cumulatiegrond?

Karakter
Ook het karakter van de extra vergoeding is niet direct helder. De extra vergoeding heeft volgens de Memorie van Toelichting Wab een ander karakter dan de transitievergoeding en staat ook los van de billijke vergoeding. De extra vergoeding is bedoeld als compensatie voor het feit dat de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op basis van een cumulatie van omstandigheden die ieder voor zich geen zelfstandige grond voor ontbinding oplevert. Er is, anders gezegd, beoogd 'waterschotten' te plaatsen tussen de verschillende vergoedingen. Dat past niet goed bij de interpretatie van de billijke vergoeding zoals gegeven door de Hoge Raad in *New Hairstyle* (ECLI:NL:HR:2017:1187). Daarin is immers door de Hoge Raad overwogen dat, bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding, de eventueel aan de werknemer toekomende transitievergoeding mag worden betrokken. Waterschotten lijken dus niet te bestaan.
Vraag: Wat is het karakter van de extra vergoeding? Hoe verhoudt de toelichting op het 'harde' onderscheid tussen de extra vergoeding en de billijke vergoeding zich met de beschikking van de Hoge Raad in New Hairstyle?

De berekening van de hoogte van de extra vergoeding
De berekening van de hoogte van de extra vergoeding is evenmin zonder meer duidelijk. De extra vergoeding moet steeds worden gemotiveerd. De hoogte van de vergoeding wordt gerelateerd aan de mate van het onvervuld zijn van de bij de cumulatie gebruikte overige gronden. Dit lijkt lastig concreet te maken. Een voorbeeld ontleend aan de Memorie van Toelichting. Stel dat een werknemer in een verbetertraject van zes maanden zit vanwege disfunctioneren. Dat verbetertraject verloopt niet naar wens, omdat partijen langzaamaan in een steeds slechtere relatie tot elkaar komen te staan. Om die reden wordt na vier maanden een punt gezet achter het verbetertraject en wordt een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend. Stel verder dat er nog geen voldragen d-grond is (het verbetertraject is immers voortijdig afgebroken) en geen voldragen g-grond. Moet de rechter dan zeggen: er is bijvoorbeeld 90% van de d-grond ingevuld, dus de transitievergoeding wordt met de missende 10% (van de transitievergoeding) verhoogd? Of moet de rechter dan zeggen dat de werknemer twee maanden verbetertraject te kort gekomen is, zodat die twee maanden als extra vergoeding moeten worden uitbetaald (ongeacht de hoogte van de transitievergoeding, maar er wel van uitgaande dat die twee maanden binnen het maximum van 50% vallen)? En moet de rechter in zo'n geval ook motiveren dat niet te verwachten viel dat de werknemer in die periode van twee maanden in functioneren zou verbeteren? Maakt het bij dit alles nog uit aan wie de slechter wordende relatie te wijten is, of wordt uitsluitend gekeken naar de mate waarin de ontslaggrond niet is 'volgemaakt'? En als verwijtbaarheid ertoe doet, hoe verhoudt deze vergoeding zich alsdan met de hoogte van een mogelijke billijke vergoeding (zie ook de vorige vraag)? Kortom: het berekenen van de hoogte van de extra vergoeding is nog voor een groot gedeelte onduidelijk. Iets meer duidelijkheid zou de praktijk kunnen helpen.
Vraag: Kan de regering meer inzicht geven in de wijze waarop de hoogte van de extra vergoeding moet worden berekend?

Verhoging?
De invoering van de extra vergoeding valt samen met een verlaging van de opbouw van de transitievergoeding (na tien jaar) en het vervallen van de overgangsregeling voor 50-plussers (art. 7:673a BW). Het is daarom de vraag of de extra vergoeding voor alle werknemers inderdaad tot een hogere vergoeding leidt in vergelijking met het huidige recht. Voor een werknemer van 55 jaar met een dienstver-

band van twintig jaar is dit bijvoorbeeld niet het geval. Onder het huidige recht bedraagt zijn transitievergoeding 10,83 maandsalarissen. Als de arbeidsovereenkomst van deze werknemer op de i-grond zou worden ontbonden, zou zijn totale vergoeding, zelfs als de extra vergoeding op het maximum van 50% wordt gesteld, lager zijn, namelijk 10 maandsalarissen. Voor een werknemer van 60 jaar met een 30-jarig dienstverband is het verschil nog groter. De transitievergoeding voor deze werknemer bedraagt thans 18,33 maandsalarissen; de maximale totale vergoeding straks 15 maandsalarissen.

50% van wat?

Het voorgestelde artikel 7:671b lid 8 BW verwijst uitsluitend naar de helft van de vergoeding toe te kennen op grond van artikel 7:673 leden 1 en 3 BW. Lid 2 is niet genoemd, terwijl in dat lid de hoogte van de vergoeding wordt berekend. Ook andere leden die relevant (kunnen) zijn voor de berekening van de transitievergoeding worden niet genoemd. Denk aan lid 4 (opvolgend werkgeverschap) of lid 7 (gevallen waarin geen transitievergoeding hoeft te worden betaald). Zijn die wel of niet relevant voor het bepalen van de hoogte van de extra vergoeding? Moeten die leden misschien in lid 1 moet worden 'ingelezen'? Dat is in het licht van de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 20 december 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:11208) – waartegen cassatie is ingesteld – geen verstandige keuze, want een keuze die mogelijk tot geschillen leidt.

Dezelfde vragen kunnen worden gesteld voor de andere artikelen dan artikel 7:673 BW die over de transitievergoeding gaan. Dat artikel 7:673a BW met betrekking tot de werknemer van 50 jaar of ouder niet relevant is, spreekt voor zich, aangezien die regeling komt te vervallen bij het (gezien het voorstel) van kracht worden van de thans voorgestelde regeling. Hetzelfde geldt met betrekking tot de kleine werkgever onder de vigeur van artikel 7:673d BW. Maar hoe moet worden omgegaan met artikel 7:673 b BW en 7:673c BW? Zijn die bepalingen ook van toepassing op de extra vergoeding? En hoe werkt dat dan uit, met name als artikel 7:673 b BW van toepassing zou zijn?

Vraag: naar welke artikelen (en leden) verwijst het bepaalde in het voorgestelde artikel 7:671a lid 8 BW nu exact?

Hoger beroep

De extra vergoeding wordt opgenomen in artikel 7:671 b BW. Wij gaan ervan uit dat, indien in hoger beroep komt vast te staan dat de rechter in eerste instantie ten onrechte de arbeidsovereenkomst niet heeft ontbonden op de i-grond, het hof bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op deze grond eveneens de bevoegdheid heeft de extra vergoeding toe te kennen. Anders gezegd, wij gaan ervan uit dat de 'vergoeding' als bedoeld in artikel 7:683 lid 5 BW ook ziet op de extra vergoeding.

Vraag: ziet de vergoeding als bedoeld in artikel 7:683 lid 5 BW ook op de extra vergoeding?

3. De i-grond met bijbehorende extra vergoeding: de wettekst getoetst

De formulering van de extra vergoeding

De tekst van het voorgestelde artikel 7:671a lid 8 BW verwijst uitsluitend naar artikel 7:673 leden 1 en 3 BW. Dat lijkt in het licht van het bovenstaande niet zonder meer logisch, en dient mogelijk te worden aangepast. Er staan echter nog te veel vragen open om in dit verband een concrete tekstsuggestie te doen.

4. Alternatieven & suggesties

4.1 Herformuleren h-grond in plaats van introduceren i-grond

Op zichzelf genomen zijn twee opvolgende semi-gesloten ontslaggronden aan het einde van artikel 7:669 lid 3 BW enigszins merkwaardig. De vraag is of dit niet eenvoudiger kan worden opgelost door van de h-grond een echte restgrond te maken, met inbegrip van een cumulatiegrond.[20] Dit is ook reeds voorgesteld door Keulaerds en Houweling: *"andere dan de hiervoor onder a en b genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren"*.[21] In de toelichting kan duidelijk worden gemaakt dat hieronder zowel omstandigheden vallen die thuishoren bij de gronden c tot en met g als totaal andere omstandigheden, maar dat een onvoldragen c tot en met g-grond op zichzelf ontoereikend is voor ontbinding omdat dan niet is voldaan aan de eis dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Om aan deze eis te voldoen is in geval van een onvoldragen c- tot en met g-grond dus altijd een bijkomende omstandigheid nodig, die kan bestaan uit een andere onvoldragen c- tot en met g-grond dan wel uit iets geheel anders.

Desgewenst kan in lijn met het onderhavige voorstel worden toegevoegd dat, bij toepassing van deze aangepaste h-grond, een extra vergoeding kan worden toegekend. Daarbij kan, wederom desgewenst, in de toelichting de kanttekening worden gemaakt dat die extra vergoeding niet zal worden toegewezen als sprake is van 'andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden' die naar huidig recht toewijzing op de h-grond rechtvaardigen. Bij invoering van dit voorstel, onder behoud van de mogelijkheid

20 Hierbij kan dan aansluiting worden gezocht bij de 'andere gronden'-grond in het ambtenarenrecht, waarbij eveneens ruimte bestaat voor een extra vergoeding. Een dergelijke aansluiting is in het kader van de aanstaande normalisering wellicht te meer het overwegen waard.

21 A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, Modernisering Ontslagrecht en Wet werk en zekerheid 2.0 (http://docplayer.nl/48003466-Modernisering-ontslagrecht-en-wet-werk-en-zekerheid-inleiding.html). In het voorstel van Keulaerds en Houweling werd de extra vergoeding echter niet op 50% van de transitievergoeding gesteld, maar kon de werknemer bij ontbinding op de aangepaste h-grond reeds aanspraak maken op een billijke vergoeding als er sprake was van 'verwijtbaarheid' aan de zijde van de werkgever in plaats van de anderszins geldende 'ernstige verwijtbaarheid'.

tot een extra vergoeding, is dus wel discussie over de extra vergoeding mogelijk, maar hoeft niet te worden gediscussieerd over het (soms lastige) antwoord op de vraag of op de h-grond, dan wel de nieuwe i-grond wordt ontbonden, in welk laatste geval óók nog een debat over de hoogte van de extra vergoeding kan volgen.
Vraag: zou het niet eenvoudiger zijn de h-grond aan te passen, op zo'n wijze dat de nieuwe i-grond niet nodig is?

4.2 Herplaatsing
Een ander punt dat het ontslagrecht binnen met name grote werkgevers en concerns bemoeilijkt, betreft de herplaatsingsverplichting. Deze verplichting wordt met name in de Ontslagregeling streng uitgelegd, en wordt zonder meer toegepast door UWV en in sommige lagere rechtspraak. Een al te strenge uitleg van de herplaatsingsverplichting kan een ontslag in de weg staan, zeker als het grote werkgevers betreft die mogelijk ook internationaal zijn vertakt. Zou een minder vergaande herplaatsingsverplichting, althans een duidelijke opdracht aan UWV en rechters dat herplaatsing *in redelijkheid* dient plaats te vinden, niet ook de doelen van de Wab kunnen dienen? Op deze wijze kan immers een redelijke balans worden bereikt tussen enerzijds redelijke herplaatsingsmogelijkheden en anderzijds de praktische mogelijkheden binnen grote werkgevers en concerns. Dit zou kunnen bijdragen aan het aantrekkelijker maken van het vaste contract. In dit verband wordt opgemerkt dat thans een cassatieprocedure loopt over de omvang van de herplaatsingsverplichting in een internationaal concern.[22]
Vraag: zou het in het kader van de doelstellingen van de Wab niet nuttig zijn – met name ten aanzien van grote werkgevers en concerns – de reikwijdte van de herplaatsingsverplichting uitdrukkelijk aan de redelijkheid te toetsen.

Over de auteurs

Mr. F.M. (Frank) Dekker
Advocaat te Den Haag.

Prof. mr. J.H. (Zef) Even
Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en advocaat te Rotterdam.

22 Het betreft een cassatie tegen de in voetnoot 19 al genoemde uitspraak van het Hof Den Haag 19 september 2017, JAR 2017/289.

154. VAAN – VvA – Wab – Transitievergoeding

MR. DR. D.M.A. (VIVIAN) BIJ DE VAATE EN MR. P. (PAUL) VESTERING

1. Inleiding tot de aanpassingen in de transitievergoeding

1.1 Wwz – achtergrond transitievergoeding

De ontslagvergoedingen onder het voor 1 juli 2015 geldende ontslagrecht waren volgens de regering (te) hoog, leeftijdsafhankelijk, werden onvoldoende productief ingezet voor het vinden van nieuw werk en leidden tot een ongelijke behandeling in soortgelijke gevallen.[1]

Met de introductie van de transitievergoeding waarop werknemers recht hebben bij een onvrijwillig einde van het dienstverband dat ten minste twee jaar heeft geduurd, die onafhankelijk is van de leeftijd van de werknemer en die ingezet kan worden voor van-werk-naar-werk trajecten, werd beoogd het ontslagstelsel eerlijker te maken, minder kostbaar voor werkgevers, eenvoudiger, sneller en meer gericht op het bevorderen van de transitie van werk naar werk.[2] De transitievergoeding heeft tot doel de werknemer te compenseren voor ontslag en de transitie naar een nieuwe baan te vergemakkelijken.[3]

Het recht op een transitievergoeding ontstaat pas nadat het dienstverband ten minste twee jaar heeft geduurd. Volgens de regering reikt de zorgplicht die de werkgever heeft in het kader van goed werkgeverschap niet zover dat de werkgever verantwoordelijk is voor het betalen van een vergoeding bij dienstverbanden van korter dan twee jaar. De termijn van twee jaar brengt tot uitdrukking dat een werkgever alleen bij langer durende arbeidsrelaties gehouden is tot betalen van een vergoeding en sluit aan – als het gaat om tijdelijke werknemers – bij de (nieuwe) termijn voor de ketenbepaling waarna een vast dienstverband ontstaat.[4]

1.2 Wab – toelichting wijzigingen transitievergoeding

Volgens de regering leidt de huidige vormgeving van de transitievergoeding er in de eerste plaats toe dat veelal werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geen transitievergoeding ontvangen. De regering meent dat niet de kosten bepalend moeten zijn voor de keuze van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, maar de aard van het werk. Verder leidt de transitievergoeding in zijn huidige vormgeving tot hogere ontslagkosten over de periode dat de arbeidsovereenkomst langer dan tien jaar heeft geduurd. De transitievergoeding leidt aldus in de praktijk tot een verschil in kosten tussen de beëindiging van kortdurende arbeidsovereenkomsten – veelal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd – en langdurige arbeidsovereenkomsten – veelal arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.[5]

Met de Wab wil de regering de kloof tussen vaste en flexibele werknemers verminderen. Door de wijzigingen in de transitievergoeding wil men het verschil in de kosten van ontslag tussen flexibele en vaste contracten verkleinen en meer in balans brengen. Dat moet het voor werkgevers aantrekkelijker maken tijdelijke werknemers te laten doorstromen naar een vast contract.[6]

Voorgesteld wordt allereerst om vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst te voorzien in een recht op transitievergoeding; de huidige 'referte-periode' van twee jaar voordat recht ontstaat op een transitievergoeding wordt dan afgeschaft. Ten tweede wordt voorgesteld een afschaffing van de verhoging van de transitievergoeding nadat de arbeidsovereenkomst tien jaar heeft geduurd. Om te voorkomen dat het betalen van een transitievergoeding in enkele situaties tot een onevenredig zware belasting voor werkgevers leidt, wordt verder voorgenomen om de werkgever de mogelijkheid te bieden compensatie te vragen voor de transitievergoeding die hij heeft betaald bij ontslag als gevolg van bedrijfsbeëindiging wegens pensionering of ziekte.[7] Deze laatste wijzigingen sluiten aan bij de kostencompensatie voor de transitievergoeding bij ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid.[8]

1 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 5, 23-24.
2 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 5.
3 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 38.
4 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 38.
5 Cpt. MvT Wab, p. 66-67.
6 Cpt. MvT Wab, p. 18 en 67.
7 Cpt. MvT Wab, p. 18.
8 Conform het al ingediende wetsvoorstel houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, Kamerstukken II 2016/2017, 34 699, nr. 2.

2. De wijzigingen in de transitievergoeding getoetst

2.1 De doelstellingen van de Wwz en Wab getoetst

Het voorstel de 'referteperiode' van twee jaar te schrappen en de opbouw voor het recht op een transitievergoeding, ongeacht de lengte van het dienstverband, te stellen op een derde maansalaris voor elk jaar dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd, draagt onzes inziens bij aan het verkleinen van de kloof tussen tijdelijke en vaste arbeidsovereenkomsten. In die zin kan gezegd worden dat het voorstel bijdraagt aan het eerlijker maken van het ontslagstelsel. Het is een stapje in de goede richting.

De maatregel dat vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst recht bestaat op een transitievergoeding, zonder de 'referteperiode' van twee jaar, maakt het gebruik van tijdelijke contracten wel duurder voor de werkgever. In het licht van de doelstelling van de Wwz om ontslagen goedkoper te maken voor de werkgever lijkt dat een stapje terug. Daar staat tegenover dat het ontslag van een werknemer met een langdurige arbeidsovereenkomst goedkoper wordt door het voornemen om de opbouw van de transitievergoeding te verlagen. Of dat op zichzelf een prikkel vormt om medewerkers lang (langer dan tien jaar) in dienst te houden, is de vraag, maar deze aanpassing zorgt wel voor een zekere balans in de kosteneffecten van de Wab voor werkgevers: meer transitievergoedingen betalen in de periode tot twee jaar dienstverband, minder vanaf tien jaar. Uit de berekeningen in de Memorie van Toelichting van de financiële gevolgen van het wetsvoorstel volgt dat per saldo de twee beschreven wijzigingen ertoe leiden dat werkevers gemiddeld minder kosten voor transitievergoedingen zullen maken.[9] Dat past (opnieuw) bij de doelstellingen uit de Wwz. Wel bestaat het risico dat werkgevers met het afschaffen van de referteperiode voor het recht op transitievergoeding en daarmee het duurder maken van het gebruik van tijdelijke contracten – nog meer dan nu al het geval – zullen uitwijken naar het werken met zzp-ers of andere schijnconstructies.[10] Het doel van de Wab om concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen,[11] is daar niet mee gediend en de balans tussen de kosteneffecten van de aanpassingen in de transitievergoeding zou dan nog verder in het voordeel van de werkgever (of opdrachtgever) uitslaan.

Door de focus van de wetgever op verkleining van het verschil tussen tijdelijke en vaste contracten, besteedt de Wab minder aandacht aan andere doelstellingen van de transitievergoeding, zoals ten tijde van de invoering van de Wwz genoemd. Kennelijk vindt de wetgever nu dat de werkgever toch ook in de eerste twee jaar van een dienstverband bij ontslag een zorgplicht heeft dan wel een transitievergoeding moet betalen, terwijl de wetgever daarover onder de Wwz nog anders dacht. Ook wordt, zoals opgemerkt, de hoogte van de ontslagvergoeding voor werknemers die langer dan tien jaar in dienst zijn verlaagd, zodat het verschil ten opzichte van het niveau aan ontslagvergoedingen dat met toepassing van de kantonrechtersformule vóór 1 juli 2015 gebruikelijk was toeneemt; juist voor die groep werknemers, die meestal wat ouder is en mogelijk een lastigere positie op de arbeidsmarkt heeft, gaat de vergoeding dus verder omlaag. De wetgever besteedt in de memorie van toelichting (nog) geen aandacht aan de vraag hoe deze effecten afgewogen worden tegen de doelstelling om het verschil tussen tijdelijke en vaste contracten te verkleinen.

Ten slotte pleit vóór de voorgestelde aanpassing dat per 1 januari 2020 – gezien ook het verval van de artikelen 673a en 673d BW – de berekeningsmethode van de transitievergoeding voor elke werknemer hetzelfde wordt, ongeacht de leeftijd of duur van het dienstverband. Dit vergroot de eenvoud van het ontslagrecht, destijds ook een van de doelstellingen van de Wwz.

2.2 De afschaffing van de referteperiode en verlaging van de opbouw inhoudelijk beschouwd

Gegeven de doelstelling van de wetgever het verschil tussen tijdelijke en vaste contracten te verkleinen, is begrijpelijk dat de referteperiode van twee jaar wordt losgelaten en dat in verband daarmee de opbouw van de transitievergoeding niet langer per half jaar, maar per dag (over de feitelijke duur) plaatsvindt.

2.3 De compensatieregelingen voor de transitievergoeding inhoudelijk beschouwd

Dat werkgevers na twee jaar ziekte en loondoorbetaling soms terugschrikken voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst, om betaling van een transitievergoeding te vermijden, is inmiddels gebleken. Hierover is in ieder geval enige rechtspraak verschenen.[12] In hoeverre het verschuldigd zijn van de transitievergoeding bij kleine werkgevers die hun onderneming niet voortzetten wegens pensionering of ziekte tot een knelpunt leidt, is niet duidelijk en onderbouwt de wetgever niet met cijfermateriaal.

Vraag: waaruit blijkt de behoefte om de transitievergoeding voor kleine werkgevers te compenseren indien zij hun onderneming niet voortzetten wegens ziekte of pensionering? Is cijfermateriaal beschikbaar dat onderbouwt dat deze situaties in de praktijk een probleem opleveren dat nu met wetgeving opgelost moet worden?

9 Cpt. MvT Wab, p. 97.

10 Dit risico wordt ook onderkend: cpt. MvT Wab, p. 93.

11 Cpt. MvT Wab, p. 18.

12 Zie onder meer: Hof Arnhem Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140; Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036; Rb. Noord-Nederland 16 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5003; Rb. Limburg 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7394; Rb. Limburg 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7608; Rb. Midden-Nederland 2 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8495; Vgl. C.S. Kehrer-Bot, 'De zieke werknemer en de transitievergoeding', ArbeidsRecht 2017/5.

3. De wijzigingen in de transitievergoeding: de wettekst getoetst en aanbevelingen

Artikel 7:673 BW

2. De transitievergoeding is voor elk kalenderjaar dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd gelijk aan een derde van het loon per maand en een evenredig deel daarvan voor een periode dat de arbeidsovereenkomst korter of langer dan een kalenderjaar heeft geduurd. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over de berekeningswijze van de transitievergoeding.

Commentaar: In het tweede lid van artikel 7:673 BW wordt tot uitdrukking gebracht dat de transitievergoeding berekend wordt over de feitelijke duur van de arbeidsovereenkomst zonder de duur van de arbeidsovereenkomst af te ronden op volledig gewerkte halve jaren. De toelichting geeft aan dat de eerste stap is bij de berekening om de transitievergoeding te berekenen over de hele dienstjaren. De berekening van de transitievergoeding over het deel van de arbeidsovereenkomst dat minder is dan een heel dienstjaar, vindt naar rato plaats. Hieruit volgt onzes inziens dat de zinsnede 'of langer' uit het tweede lid geschrapt kan worden. Wanneer de arbeidsovereenkomst langer dan een kalenderjaar heeft geduurd, telt dat kalenderjaar mee bij de berekening van de transitievergoeding over de hele dienstjaren.

De voorgestelde berekeningswijze van de transitievergoeding voor periodes korter dan een maand veronderstelt wel dat de werkgever steeds gemakkelijk kan berekenen wat het loon van een werknemer per dag of per uur is. Als een vast aantal werkuren per week ontbreekt (als deze bijvoorbeeld, in weerwil van artikel 7:655 BW, niet duidelijk overeengekomen zijn en overwerk wordt geacht inbegrepen te zijn in het salaris) of vooraf onduidelijk is hoeveel uur een werknemer per dag werkt, zou dit nog tot complicaties kunnen leiden. Dat kan verholpen worden door rekenregels daarvoor vast te stellen in het hernieuwde besluit loonbegrip.

Artikel 7:673c BW

1. De transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 673, lid 2, en 673 a, lid 1, is niet langer verschuldigd, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is.

2. Indien de betaling van de transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 673, lid 2, en 673a, lid 1, leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever, kan de transitievergoeding onder bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te bepalen voorwaarden in termijnen worden betaald. Daarbij kan worden bepaald dat de transitievergoeding met een bij die ministeriële regeling te bepalen percentage wordt verhoogd.

Commentaar: In art. 7:673c BW wordt tot uitdrukking gebracht dat de transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 7:673, lid 2 BW, en 7:673a lid 1 BW niet langer verschuldigd is indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard (…). In art. 7:673b BW en de beoogde wijziging daarvan op grond van Wetsvoorstel
34 699 wordt verwezen naar de op grond van art. 7:673 lid 1 BW of 7:673a BW verschuldigde transitievergoeding. Artikel 7:673e lid 1 BW verwijst naar art. 7:673 BW. Het voorgestelde art. 7:671b lid 8 BW verwijst naar de helft van de vergoeding toe te kennen op grond van art. 7:673 leden 1 en 3 BW.

Onduidelijk is waarom in de artikelen die over de transitievergoeding gaan steeds op verschillende manieren verwezen wordt naar het recht op de verschuldigde transitievergoeding op grond van art. 7:673 en 7:673a BW. Soms worden bepaalde specifieke leden genoemd van artikelen, die overigens niet consequent overeen komen, en soms wordt alleen naar wetsartikelen (zonder leden) verwezen. Om de consistentie van de wet te bevorderen wordt aanbevolen om in alle wetsartikelen eenzelfde verwijzingssystematiek toe te passen waarin duidelijk tot uitdrukking komt naar welke artikelen (en leden) precies verwezen wordt.

Bovendien vervalt per 1-1-2020 artikel 7:673a BW. De verwijzing in artikel 7:673c BW dient overeenkomstige aanpassing.

Artikel 7:673e BW

1. *Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, genoemd in hoofdstuk 5 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen, verstrekt op verzoek van de werkgever die een transitievergoeding als bedoeld in artikel 673 verschuldigd was, een vergoeding, indien de arbeidsovereenkomst:*
    a. *na de periode, bedoeld in artikel 670, lid 1, onderdeel a, en lid 11:*
        1° *is beëindigd omdat de werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat was de bedongen arbeid te verrichten; of*
        2° *van rechtswege is geëindigd en de werknemer op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, wegens ziekte of gebreken niet in staat was de bedongen arbeid te verrichten;*
    b. *is opgezegd in verband met het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, omdat de werkgever, die minder dan een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen aantal werknemers in dienst had:*
        1° *vanwege zijn pensionering de onderneming niet voortzet; of*
        2° *als gevolg van ziekte of gebreken niet in staat is de onderneming voort te zetten.*
2. *De vergoeding, bedoeld in lid 1, is gelijk aan de vergoeding die de werkgever in verband met het eindigen of niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer heeft verstrekt, verhoogd met de kosten die op grond van artikel 673, lid 6, op de transitievergoeding in mindering mogen worden gebracht, met dien verstande dat de vergoeding, bedoeld in lid 1, onderdeel a, niet meer dan bedraagt dan het bedrag aan transitie-*

vergoeding dat, voor aftrek van de kosten, bedoeld in artikel 673, lid 6, verschuldigd zou zijn bij het beëindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst op de dag na het verstrijken van het tijdvak, bedoeld in artikel 629, lid 1 of 2, of, indien dat bedrag lager is, het bedrag aan loon als bedoeld in de Wet op de loonbelasting 1964, dat de werkgever gedurende dat tijdvak, op grond van de arbeidsovereenkomst met de werknemer heeft betaald. Artikel 629, lid 10, is van overeenkomstige toepassing op het tijdvak, bedoeld in de vorige zin.

Commentaar:

- Het eerste lid van artikel 7:673e BW brengt tot uitdrukking dat de werkgever geen compensatie krijgt indien de werknemer ziek uit dienst gaat terwijl de werknemer nog geen twee jaar ziek is geweest. De regering geeft aan dat deze regel voorkomt dat in de situatie waarin een tijdelijk contract eindigt en de werknemer vlak daarvoor ziek is geworden, de werkgever recht heeft op compensatie van de transitievergoeding. In de praktijk brengt het mee dat de werknemer die voor twee jaar ziekte uit dienst gaat (en bijvoorbeeld al wel een jaar ziek was en is doorbetaald), wel recht heeft op een transitievergoeding, maar de werkgever in dat geval geen compensatie krijgt. De vraag is of dat wel redelijk is, of dat bijvoorbeeld een gedeeltelijke compensatie van de transitievergoeding ook dan voor de hand ligt. Het enige argument dat het concept wetsvoorstel nu aandraagt voor de strikte twee jaar grens, is beperking van de werklast van het UWV en de stelling van de regering dat het slechts om kleine bedragen aan loonkosten en transitievergoeding gaat; dat is een wat magere verantwoording.[13] Of wordt hiermee ook beoogd het (relatief) onaantrekkelijker maken van bepaalde tijdscontracten voor de werkgever? Dat laatste blijkt niet uit de toelichting bij de Wab.
- Tussen lid 1 en lid 2 van artikel 7:673e BW zit een vreemde discrepantie ten aanzien van de werknemer die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat [hierna te noemen: de huishoudelijke hulp]. Op grond van artikel 7:629 lid 2 sub a BW is het tijdvak voor loondoorbetaling tijdens ziekte voor de huishoudelijke hulp, net als voor de werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, op zes weken gesteld in plaats van twee jaar. Ingevolge het voorgestelde tweede lid van artikel 7:673e BW wordt een compensatie verstrekt aan de werkgever tot ten hoogste het bedrag aan transitievergoeding dat verschuldigd zou zijn bij het beëindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst op de dag na het verstrijken van het tijdvak bedoeld in artikel 7:629 lid 1 of 2 BW. Voor de huishoudelijke hulp betekent dit dus na verloop van een tijdvak van zes weken. Op grond van het huidige artikel 7:670 lid 1 BW is echter alleen een uitzondering voorzien voor het ontslag van de werknemer met de AOW-gerechtigde leeftijd na ommekomst van een tijdvak van zes weken. Dit brengt met zich dat de huishoudelijke hulp recht heeft op zes weken loondoorbetaling bij ziekte, maar bij aanblijvende arbeidsongeschiktheid slechts na ommekomst van een termijn van twee jaar ontslagen kan worden. Ondertussen loopt de transitievergoeding op voor de werkgever en kan hij geen compensatie krijgen, nu deze compensatie afgetopt is op de termijn van zes weken. Het verdient aanbeveling om de huishoudelijke hulp in artikel 7:670 lid 1 BW gelijk te stellen aan de werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt.
- Het tweede lid bevat een complexe en gelaagde regeling ten aanzien van de hoogte van de compensatievergoeding, terwijl de vraag is of het aftoppen van het bedrag aan compensatie door het UWV op het betaalde loon tijdens de ziekteperiode indien dit lager ligt dan het bedrag van de wettelijk verschuldigde transitievergoeding, zich vaak zal voordoen. Naast de situatie van de huishoudelijke hulp of de werknemer met de AOW-gerechtigde leeftijd zoals hiervoor genoemd, zal de loondoorbetaling bij ziekte (in beginsel twee jaar minimaal 70% van het loon, dus 140% van het jaarloon) niet snel lager zijn dan de transitievergoeding, die op één jaarsalaris gemaximeerd is. Dat zou wel anders kunnen zijn bij werknemers met een salaris dat veel hoger is dan het maximum dagloon, die tijdens ziekte slechts 70% van het maximum dagloon ontvangen hebben (al komt dat in de praktijk niet zo vaak voor), of bij werknemers die jaarlijks relatief hoge bonussen ontvangen, zodat de transitievergoeding (immers berekend inclusief de gemiddelde bonus in de laatste drie jaren) hoger uitvalt dan twee jaar loondoorbetaling bij ziekte.
- In de aangekondigde Amvb (lid 4) zullen nadere regels gesteld worden over lid 1 sub b, dus over de compensatie bij beëindiging na het staken van de onderneming wegens pensionering of ziekte of gebreken. Van belang zal zijn om het begrip 'kleine werkgever' te definiëren, maar ook 'pensionering': om misbruik te voorkomen zal het niet geheel ter vrije keuze van de ondernemer kunnen zijn om het moment van pensionering te bepalen. De vraag is of daarbij aangesloten moet worden bij de AOW-ingangsdatum, of de fiscale richtleeftijd, of de voor de betrokken ondernemer geldende pensioenleeftijd in een door hem zelf gesloten pensioenovereenkomst. Een objectief bepaalbaar moment lijkt nodig. En wat geldt indien de ondernemer na korte tijd een 'doorstart' met een vergelijkbare onderneming maakt? Ook zal bij ziekte of gebreken duidelijk moeten zijn hoe bepaald wordt of deze het staken van de onderneming met een beroep op de compensatieregeling rechtvaardigen.

In het tweede lid van artikel 7:673e BW staat een spelfout: 'voorzetten' moet zijn 'voortzetten'.

13 Cpt. MvT Wab, p. 73.

Overgangsrecht

- Het overgangsrecht terzake van de transitievergoeding is op zichzelf duidelijk. Wel ontstaat een complexe situatie doordat artikel 7:673e BW enerzijds gewijzigd wordt door wetsvoorstel 34 699, met eigen overgangsrecht, en anderzijds door de Wab. Zo bepaalt het overgangsrecht van wetsvoorstel 34 699 dat de compensatie door UWV bij beëindiging na twee jaar arbeidsongeschiktheid ook geldt in situaties dat de arbeidsovereenkomst op of na 1 juli 2015 wordt beëindigd. Het overgangsrecht bij de Wab draait steeds om de inwerkingstredingsdatum van 1 januari 2020, maar voor toepassing van artikel 7:673e lid 1 sub a BW moet hier dan dus, na inwerkingtreding van wetsvoorstel 34 699 gelezen worden, op of na 1 juli 2015. Het zou praktischer zijn om de wijzigingen in artikel 7:673e BW in één wetsvoorstel met één regeling voor overgangsrecht op te nemen.
- Het huidige artikel 7:673a BW bevat een tijdelijke regeling voor werknemers die ten tijde van hun ontslag vijftig jaar of ouder en ten minste tien jaar in dienst zijn. Voor hen geldt dat de transitievergoeding voor elke periode van zes maanden na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar een half maandsalaris bedraagt. Dit artikel vervalt evenals de overbruggingsregeling die is opgenomen in artikel 7:673d BW met ingang van 1 januari 2020. In de toelichting bij de Wab wordt gemeld dat overgangsrecht is opgenomen voor het vervallen van artikel 7:673d BW.[14] Overgangsrecht voor het vervallen van artikel 7:673a BW wordt in de toelichting niet genoemd. In art. XII van de Wab dat overgangsrecht voor de overbruggingsregeling bevat, wordt echter wel artikel 7:673a BW genoemd, maar niet artikel 7:673d BW. Beide artikelen dienen onzes inziens genoemd te worden in art. XII.

Overig

- De Hoge Raad heeft onlangs geoordeeld dat de uitsluiting van het recht op transitie-vergoeding bij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst in verband met of na het bereiken door de werknemer van de AOW-leeftijd (artikel 7:673 lid 7 onder b BW) niet in strijd is met Richtlijn 2000/78/EG.[15] Deze uitsluiting voorkomt dat de transitievergoeding toekomt aan werknemers die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Daarvoor is de transitievergoeding niet bedoeld. Ligt het gelet daarop niet voor de hand om in de wet ook een plafond voor het verschuldigde bedrag aan transitievergoeding op te nemen, in die zin dat een werknemer nooit méér aan transitievergoeding kan ontvangen dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioen- of de AOW-gerechtigde leeftijd? Een dergelijke bepaling wordt thans ook al vaak in sociaal plannen opgenomen en stond vroeger ook in de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.

Over de auteurs

Mr. dr. D.M.A. (Vivian) Bij de Vaate
Universitair docent Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Mr. P. (Paul) Vestering
Advocaat te Amsterdam.

14 Cpt. MvT Wab, p. 76.

15 HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651.

155. VAAN – VvA – Wab – Premiedifferentiatie

MR. DR. L. (LUCY) VAN DEN BERG

1. Inleiding tot de introductie van de nieuwe premiesystematiek

1.1 Premiedifferentiatie naar aard van het contract, doelstellingen

In de nieuwe systematiek zal premiedifferentiatie plaatsvinden naar de aard van het contract. Voor een werknemer met een schriftelijk contract voor onbepaalde tijd waarin de omvang van de te verrichten arbeid eenduidig is vastgelegd (of waarvan het recht op loon evenredig gespreid is over het kalenderjaar), wordt een lage premie betaald. Voor de overige werknemers wordt een hoge premie betaald. Hiermee beoogt de regering meer perspectief op zekerheid te creëren voor flexibel personeel. Bovendien beoogt de regering hiermee concurrentie op arbeidsvoorwaarden door het aanbieden van flexibele arbeidscontracten louter uit kostenoverwegingen, waarbij afwenteling op de WW plaatsvindt, actief bestrijden. Tegelijkertijd is het doel eenduidige en overzichtelijke regelgeving in te voeren. De sectorindeling is sterk verouderd en wordt soms als arbitrair beschouwd. Werkgevers gaan 'shoppen' tussen sectoren om een lagere premie te kunnen betalen. Door deze problemen wordt sectorindeling steeds complexer en moeilijker uit te voeren.

Naast deze problemen is de prikkelwerking van de huidige sectorindeling beperkt. Doordat de WW-lasten collectief in de sector worden gedragen, ondervindt een werkgever geen direct financieel nadeel van het ontslag van een werknemer. Bovendien is de prikkel op sectorniveau ineffectief doordat de sectorindeling niet goed aansluit bij hoe bedrijfstakken zich hebben georganiseerd.

De voorgestelde premiedifferentiatie naar de aard van het contract in de WW heeft ook gevolgen voor de financiering van de ZW en de WGA, die voor kleine en middelgrote werkgevers (deels) sectoraal plaatsvindt. De regering doet hiervoor in het voorgenomen wetsvoorstel geen suggesties. De consequenties van de voorgestelde opheffing van de sectorpremies voor de premieheffing van de ZW en de WGA laten we in ons commentaar buiten beschouwing.

1.2 Commentaar algemeen, doelstellingen

Binnen de wettelijke systematiek van de premieheffingen bestaan al lange tijd mechanismes die beogen bij te dragen aan de bevordering van een inclusieve arbeidsmarkt. In de huidige wettelijke systematiek ligt hierbij in het algemeen de focus op vooraf gedefinieerde groepen van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt, te weten; arbeidsgehandicapten, arbeidsbeperkten en scholingsbelemmerden. De voorgestelde systematiek van premiedifferentiatie naar de aard van het contract vormt in beginsel een zinvolle aanvullende maatregel voor het bevorderen van het aantrekkelijker maken van het aanbieden van vaste contracten aan werknemers.

De keuze voor een lage premie voor contracten voor onbepaalde tijd waarbij de omvang van de arbeid eenduidig is vastgesteld of waarvan het recht op loon evenredig is gespreid over het kalenderjaar lijkt bovendien een adequate maatregel om afwenteling op de WW bij cyclische werkloosheid te beperken.[1]

Een punt van zorg is de mogelijke vlucht in ZZP-constructies. De in het Regeerakkoord aangekondigde introductie van maatregelen die schijnzelfstandigheid aan de onderkant van de arbeidsmarkt voorkomen en van de opdrachtgeversverklaring kan dit punt van zorg mogelijk verzachten.

Verder rijst er een aantal vragen over het toepassingsbereik van de regeling over de herziening van de lage premie naar de hoge premie (zie hiervoor 2.1).

Wij stellen voorts vast, dat de voorgestelde systematiek een sterke vereenvoudiging betekent ten opzichte van de complexe systematiek van de sectorindeling. Dit bevordert de uitvoerbaarheid van de premieheffing en zal naar alle waarschijnlijkheid een belangrijke beperking betekenen

1 Hierover bestaat echter geen zekerheid. In sectoren met een hoge cyclische- en seizoenswerkloosheid wordt bij de bepaling van de sectorpremies al sinds 2006 gewerkt met differentiatie naar de aard van het contract. Uit onderzoeksresultaten uit 2010 bleek toen dat de invoering van premiegroepen voor de meeste sectoren geen duidelijk omslagpunt in de daling van de WW-instroom bij cyclische werkloosheid mee te brengen. Voorts leidde de premiegroepensystematiek tot een toename van uitzendarbeid, zie: A.M.R.G. Nelissen-Noij, Cyclische werkloosheid goed aangepakt?, TRA 2011/47.

van het aantal juridische procedures met de Belastingdienst. De administratieve lasten voor werkgevers die in de nieuw voorgestelde systematiek de vermelding van de aard van het contract op de salarisstrook dienen te vermelden, zijn beperkt.
Hoewel de introductie van premiedifferentiatie naar de aard van het contract leidt tot een duidelijke prikkel voor werkgevers om werknemers voortaan een vast contract aan te bieden, kent de voorgestelde systematiek in feite geen enkele prikkel meer om ontslag en ontstaan en voortbestaan van werkloosheid te beperken. Hoewel de werkgever in de huidige systematiek evenmin direct financieel nadeel van het ontslag van een werknemer, geldt thans op sectorniveau wel degelijk het principe dat "de vervuiler betaalt".
In de nieuw voorgestelde systematiek wordt gewerkt met een vaste hoge en lage premie en worden de WW-lasten landelijk verevend. Of na de invoering van premiedifferentiatie naar de aard van het contract binnen de premiesystematiek van de WW een prikkel zal blijven bestaan om gezamenlijk te investeren in de duurzame inzetbaarheid van werknemers, is twijfelachtig. Die bedenkingen zijn er des te meer waar het gaat om de prikkel voor (cao-partners en) individuele werkgevers om de werknemer duurzaam inzetbaar te houden op de arbeidsmarkt. Wij geven de regering in overweging om het gedane voorstel om de mogelijkheid om de hoogte van de premie te laten afhangen van de mate waarin de werkgever maatregelen heeft getroffen om duurzame arbeidsparticipatie te bevorderen te schrappen, te heroverwegen.

2. Differentiatie naar aard van het contract getoetst

Herziening van de lage premie
In de nieuw voorgestelde systematiek zal onderscheid worden gemaakt in een lage premie voor werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin de omvang van de te verrichten arbeid eenduidig is vastgelegd. Bij AmvB wordt geregeld dat in drie gevallen herziening van de lage naar de hoge premie zal plaatsvinden:

- De werknemer krijgt binnen een jaar na aanvang van de overeenkomst een WW-uitkering uit hoofde van diezelfde arbeidsovereenkomst;
- De werknemer krijgt een WW-uitkering wegens arbeidsurenverlies bij een werkgever terwijl de arbeidsovereenkomst voortduurt (met uitzondering van urenverlies door bedrijfseconomische omstandigheden of arbeidsongeschiktheid);
- De arbeidsovereenkomst wordt binnen vijf maanden na aanvang (dus binnen de proeftijd) beëindigd.

Hiermee vindt – afgezien van de laatste grond voor herziening – voor een belangrijk deel aansluiting plaats bij de huidige regeling van premiedifferentiatie naar de aard van het contract voor de sectorpremie voor de bedrijfstakken met veel cyclische en kortdurende werkloosheid.[2]
De vraag rijst of de aansluiting bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst binnen de voorgestelde proeftijd van vijf maanden, of het ontvangen van een WW-uitkering binnen een jaar na de aanvang van de arbeidsovereenkomst een afdoende waarborg vormt tegen oneigenlijk gebruik en fraude. Ook rijst de vraag of het voldoende recht doet aan het verzekeringskarakter van de WW. De uitkeringssystematiek van de WW is grosso modo zo vormgegeven, dat het voldoen aan de referte-eis van 26 weken recht geeft op een WW-uitkering voor de duur van drie maanden. De duur van de WW wordt slechts langer wanneer de werknemer voldoet aan de zogenoemde 4-uit-5 – eis. Kort gezegd komt het erop neer dat een werknemer met een arbeidsverleden van 6 maanden exact evenveel WW-rechten heeft opgebouwd als een werknemer met een arbeidsverleden van 3 jaar. De equivalentie tussen premiebetaling en uitkeringsaanspraken is dus met name bij een arbeidsverleden tussen de 6 maanden en de 36 maanden relatief beperkt.
Verder constateren wij, dat de bestrijding van fraude (bijvoorbeeld doordat werkgevers op de loonstrook en bij de loonaangifte vermelden dat sprake is van een onbepaalde tijdscontract met een eenduidige arbeidsomvang, terwijl zij in werkelijkheid bepaaldetijdscontracten afsluiten met hun werknemers) in de voorgestelde systematiek uitsluitend loopt via de band van de Belastingdienst (mogelijk via informatie die is verschaft door het UWV). Wij constateren verder, dat in de huidige regels betreffende het geldend maken van het recht op WW-uitkering de werknemer met een onbepaaldetijdscontract er niets aan in de weg ligt akkoord te gaan met een voorstel van de werkgever tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het akkoord gaan met een beëindigingsvoorstel door de werkgever doet civielrechtelijk evenmin af aan de aard van het onbepaaldetijdscontract. Dit betekent dat er zowel in de uitkeringssfeer als in het arbeidsrecht nauwelijks instrumenten zijn die het meewerken van werknemers aan oneigenlijk gebruik van het onbepaaldetijdscontract met een eenduidige arbeidsomvang beperken of belemmeren.
Bovendien bestaat voor werknemers met een zwakke positie op de arbeidsmarkt wellicht het risico dat zij reeds bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst akkoord gaan met een dergelijke schijnconstructie. Hoewel de Hoge Raad[3] dergelijke constructies verwerpt, is het de vraag of dergelijke fraude in de voorgestelde systematiek effectief kan worden bestreden.
Een vraag die in dit verband rijst is welke juridische betekenis de regering toekent aan de in artikel 27 WW lid 1 opgenomen eis van de 'schriftelijke arbeidsovereenkomst'. De regering gaat in de toelichting bij de voorgenomen regeling hoofdzakelijk in op het voorstel om als onderdeel van de introductie van premiedifferentiatie naar de aard van het contract, de verplichting te creëren om op de loonstrook te vermelden of het gaat om een schriftelijke arbeidsovereen-

2 Zie artikel 2.3 Besluit Wfsv en artikel 3.12 en artikel 3.13a Regeling Wfsv.
3 HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39.

komst voor onbepaalde tijd en of de omvang van de arbeid eenduidig is vastgelegd. De regering beschouwt een dergelijke vermelding onder meer als een belangrijk instrument om de fraudebestendigheid ervan te borgen. Het valt te begrijpen dat het uitvoeringstechnisch niet haalbaar is voor de Belastingdienst om van werkgevers en werknemers een afschrift van het arbeidscontract te verlangen. Wij benadrukken dat in de sfeer van handhaving door de Belastingdienst het eisen van een schriftelijke arbeidsovereenkomst met de werknemer een aanvullende rol kan spelen bij het voorkomen van oneigenlijk gebruik en fraude. De werknemer die de beschikking heeft over een schriftelijk contract voor onbepaalde tijd met een eenduidige arbeidsomvang, maakt naar alle waarschijnlijkheid immers een betere kans in een civiele procedure omtrent het voortbestaan of de urenomvang van zijn contract.

3. Eventuele alternatieven voor de wettekst

Teneinde de prikkelwerking van de WW te bevorderen, oneigenlijk gebruik van of fraude met het onbepaaldetijdscontract te bestrijden en recht te doen aan het opbouwkarakter van de WW, geven wij in overweging om de termijn waarbinnen herziening van de lage naar de hoge uitkering zal plaatsvinden, te verlengen naar het ontvangen van een WW-uitkering in verband met het (be)ëindigen van de arbeidsovereenkomst na drie jaar (in plaats van een jaar).
Anderzijds geven wij in overweging om – na daartoe een verzoek van de werkgever te hebben ontvangen – ook met terugwerkende kracht herziening van de hoge naar de lage premie te introduceren in de gevallen waarin na drie jaar opeenvolgende bepaaldetijdscontracten met een eenduidige arbeidsomvang een contract voor onbepaalde tijd is ontstaan. De Belastingdienst kan vrij eenvoudig uit de gegevens in de polisadministratie opmaken of de werkgever aan de eisen voor herziening voldoet. Hoewel de werkgever in een dergelijk geval de eerste jaren van het dienstverband wellicht niet actief meewerkt aan het bevorderen van gelijke arbeidsmarktkansen, is er vanuit verzekeringsoogpunt mogelijk reden voor gelijke behandeling. Bovendien zal de herziening naar een lage premie naar alle waarschijnlijkheid een duidelijke prikkel voor de werkgever zijn om de werknemer ook na drie jaar voor de onderneming te behouden.
Teneinde te voorkomen dat een dergelijke regeling averse effecten heeft doordat het werkgevers ervan weerhoudt werknemers direct bij indienstneming een onbepaaldetijdscontract aan te bieden, zou de terugwerkende kracht kunnen worden beperkt tot een jaar.

4. Eindconclusie

De voorgestelde systematiek van premiedifferentiatie naar de aard van het contract vormt in beginsel een zinvolle maatregel voor het bevorderen van het aantrekkelijker maken van het aanbieden van vaste contracten aan werknemers en vormt in beginsel een adequaat instrument om afwenteling op de WW bij cyclische werkloosheid te beperken.
Premiedifferentiatie naar de aard van het contract bevordert daarnaast de uitvoerbaarheid van de premieheffing en brengt waarschijnlijk een belangrijke beperking mee van het aantal juridische procedures met de Belastingdienst.
Een belangrijk bezwaar is dat de voorgestelde systematiek in feite geen enkele prikkel meer om ontslag en ontstaan en voortbestaan van werkloosheid te beperken. Voorts rijst de vraag of de voorgestelde regeling van herziening van de lage premie voldoende bestand is tegen fraude en oneigenlijk gebruik. Om te komen tot een evenwichtige systematiek, waarbij recht wordt gedaan aan het verzekerings- en prikkelwerking van de WW en teneinde oneigenlijk gebruik van en fraude met onbepaaldetijdetijdscontracten te beperken, doen wij het voorstel
om de termijn waarbinnen herziening van de lage naar de hoge uitkering zal plaatsvinden, te verlengen naar het ontvangen van een WW-uitkering in verband met het (be)eindigen van de arbeidsovereenkomst binnen drie jaar (in plaats van een jaar). Daarnaast geven wij in overweging om herziening van de hoge naar de lage premie te introduceren in de gevallen waarin na drie jaar opeenvolgende bepaaldetijdscontracten met een eenduidige arbeidsomvang een contract voor onbepaalde tijd is ontstaan.

Over de auteur
Mr. dr. L. (Lucy) van den Berg
Universitair docent Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

156. VAAN – VvA – Wab – Eindconclusie

PROF. MR. A.R. (RUBEN) HOUWELING EN MR. M.J.M.T. (MAX) KEULAERDS

In het onderwerpsgewijze commentaar is steeds beoordeeld of de doelstellingen van de Wwz en de Wab door het voorstel worden gerealiseerd. Op diverse plaatsen in de Memorie van Toelichting van de Wab worden de doelstellingen aangehaald. Per subthema zijn deze, indien relevant, nog eens geëxpliciteerd.

Op pagina 14 van de Memorie van Toelichting treffen we de verwijzing en verwevenheid met de Wwz aan: "Met de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) zijn stappen gezet om flexibele werknemers *meer zekerheid* te bieden en het ontslagrechtrecht *eenduidiger*, *eenvoudiger* en *goedkoper* te maken en de WW activerender te maken. (…) Het kabinet zet met een breed pakket aan maatregelen in op *het verkleinen van de kloof* tussen vaste contracten en flexibele arbeid. Beoogd wordt dat het voor werkgevers aantrekkelijker wordt om een vast contract aan te gaan en dat voor werkenden meer perspectief op zekerheid ontstaat." (De cursiveringen zijn toegevoegd.)

Op pagina 17 van de Memorie van Toelichting staat vervolgens: 'De kloof tussen vast en flexibel leidt tot *ongelijke kansen tussen vaste en flexibele werknemers, concurrentie op arbeidsvoorwaarden* voor werkgevers en kan op termijn een belemmering vormen voor het *duurzame groeivermogen* van de Nederlandse economie. Voor werkgevers moet het *aantrekkelijker en minder risicovol* worden om met hun personeel een *vast contract* aan te gaan. Voor werknemers met een flexibel contract moet meer perspectief op zekerheid ontstaan. Met dit doel stelt de regering in dit wetsvoorstel een serie maatregelen voor op het terrein van flexibele arbeid, het ontslagrecht en de financiering van de WW." (De cursiveringen zijn toegevoegd.)

Daarmee zijn de hoofddoelstellingen van de Wab samen te vatten, als:

- doelstellingen Wwz blijven onverkort gelden (dejuridisering; eenvoudiger, goedkoper en eerlijker ontslagrecht);
- vast contract aantrekkelijker maken;
- flexcontract onaantrekkelijker maken;
- tegengaan concurrentie op arbeidsvoorwaarden;
- gelijke kansen arbeidsmarkt.

Samengevat: vast minder vast, flex minder flex.

Doelstellingen getoetst

Het totaalbeeld levert zowel plussen als minnen op. Overwegend positief gewaardeerd, zijn de voorstellen op het terrein van oproepcontracten, transitievergoeding en WW-differentiatie. Kritisch noten zijn gekraakt bij het voorstel rondom de proeftijd en daaraan verwant de regelgeving rondom het concurrentiebeding.

De cumulatiegrond (i-grond) wordt positief gewaardeerd. De daaraan gekoppelde additionele vergoeding is verklaarbaar, maar roept wezenlijke (rechtvaardigings)vragen op.

Ten aanzien van payrolling is de fundamentele vraag gesteld of payrolling als bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst mag worden beschouwd. De voorstellen met betrekking tot payrolling passen weliswaar binnen de doelstellingen van de Wwz en de Wab maar zijn onvoldoende scherp en duidelijk afgebakend en benadelen daardoor (ook) de uitzendsector.

Dit leidt tot het volgende schematisch overzicht:

	Vast contract aantrekkelijker	Vast minder vast	Flex minder flex	(Ontslagrecht) goedkoper	(Ontslagrecht) eenvoudiger/ minder complex	(Ontslagrecht) eerlijker/gelijkheid
7:628a BW			+			+
7:652 BW	+/-	+	-		-	
7:653 BW					-	
7:668a BW	-	-	-			
7:669 lid 3 sub i BW	+	+			-	
7:671b lid 8 BW	+/-	+/-		-	-	
7:673 BW	+			+		+
7:692 BW/ WAADI			+		-	+/-
WW	+		+/-		+	+

Overige

In de algemene inleiding en bij de verschillende onderwerpsgewijze commentaren is gewezen op andere 'quick wins' die passen bij de doelstellingen van de Wab:

- Aanscherpen regels rondom 'herplaatsing' ex artikel 7:669 lid 1 BW;
- Herschikken van de ketenregeling;
- Pensioenplafond voor transitievergoedingen;
- Heroverweging concurrentiebeding (integraal);
- Heroverweging systeem van hoger beroep (en verbod op vernietiging).

Voorts is gebleken dat de wettekst bij invoering van de voorgestelde tekstdelen onjuistheden bevat. Zie daarvoor de voetnoten in de bijlage 'Geconsolideerde wettekst'.

Tot besluit

De Wab brengt een aantal onevenwichtigheden van de Wwz weer in balans. Daarnaast draagt de Wab bij aan het verkleinen van de kloof tussen vast en flex. Desalniettemin moeten wij de conclusie trekken dat (ook) de Wab – zoals eveneens in de algemene inleiding staat – een vorm van symptoombestrijding is. De gang van zaken rondom de Wwz en de Wet DBA toont aan dat ons huidige bestel van arbeidsrechtelijke bescherming en sociaalverzekeringsrechtelijke vangnet-regelingen (inclusief de fiscale behandeling van arbeid en onderneming) aan grondige herziening toe is. Anders dan de Wwz en de Wet DBA, en naast de Wab, zou moeten worden gestreefd naar grondige herziening op termijn van het gehele stelsel. Dat gaat uiteraard niet over één nacht ijs. Gelijk aan bijvoorbeeld grote herzieningsprojecten als "Modernisering Wetboek van Strafvordering", bevelen wij aan een staatscommissie in het leven te roepen met als opdracht een toekomstbestendige wettelijke regeling van arbeid en inkomenszekerheid te ontwerpen. De diversiteit op de arbeidsmarkt, technologische ontwikkelingen/robotisering/platformisering, verschillen tussen "haves en have nots", internationale concurrentie, noodzaak van permanente scholing en weerbaarheid op de arbeidsmarkt, vragen immers om een nieuwe en integrale visie op "arbeid" (inclusief ZZP). Uiteraard zijn VAAN en VvA bereid aan de gedachtenvorming over een dergelijk stelsel een bijdrage te leveren.

Over de auteurs

Prof. mr. A.R. (Ruben) Houweling
Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Mr. M.J.M.T. (Max) Keulaerds
Advocaat te Den Haag.

99. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de ontbindingsprocedure?

MR. DR. J.H. BENNAARS EN MR. DR. J.P. QUIST

Sinds de invoering van het nieuwe ontslagrecht per 1 juli 2015 kan de rechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever uitsluitend nog ontbinden op limitatief in de wet genoemde ontslaggronden. Aan die gronden worden verschillende eisen gesteld en ook kunnen de gevolgen naar gelang de gekozen grond verschillend zijn. Nu artikel 25 Rv bepaalt dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult, rijst de vraag of dit ook geldt ten aanzien van de ontslaggronden en zo ja, onder welke voorwaarden de rechter in ontbindingsprocedures toepassing aan artikel 25 Rv dient te geven. Deze problematiek zal in dit artikel aan de orde komen.

1. Inleiding

Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht per 1 juli 2015 kan de rechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever uitsluitend nog ontbinden op een van de uitdrukkelijk in artikel 7:669 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW) genoemde ontslaggronden. Het is daarbij aan de werkgever om in het verzoekschrift ex artikel 7:671b BW de gronden van het verzoek weer te geven en toe te lichten, zo volgt uit artikel 278 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

In dit kader rijst de vraag of de rechter de arbeidsovereenkomst kan ontbinden op een andere ontslaggrond dan waarop de werkgever zich heeft beroepen en zo ja, onder welke voorwaarden dat mogelijk is. Het is immers niet uit te sluiten dat de rechter van oordeel is dat de aangevoerde feiten en omstandigheden niet leiden tot de door de werkgever ingeroepen ontslaggrond, maar tot een andere grond, die eveneens tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou kunnen leiden. Wat is de ruimte die de rechter in zo een geval heeft? En wat kan de rechter doen indien de werkgever wel een bepaald feitencomplex heeft aangedragen, maar daar geen specifieke ontslaggrond aan heeft gekoppeld?

Om deze vragen te beantwoorden, zal in de volgende paragraaf dieper op de ontslaggronden worden ingegaan. Daarna schetsen wij het theoretisch kader betreffende de aanvulling van rechtsgronden, waarna wij ingaan op de vraag hoe in de parlementaire geschiedenis bij de Wet werk en zekerheid (WWZ), de literatuur en de rechtspraak tegen deze problematiek wordt aangekeken. Vervolgens geven wij antwoord op de vraag of de rechter de mogelijkheid heeft op een andere dan de aangevoerde ontslaggrond te ontbinden en zo ja, hoe hij daar vorm aan moet geven. Wij zullen daarbij afzonderlijk aandacht besteden aan de in het regeerakkoord van Rutte III en het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans genoemde cumulatiegrond.

2. De ontslaggronden van artikel 7:669 lid 3 BW

De in artikel 7:669 lid 3 BW opgesomde gronden zijn limitatief. De rechter kan niet anders ontbinden dan op een van deze gronden (artikel 7:671b lid 2 BW). De reden dat voor afschaffing van de open norm ('gewichtige redenen') uit artikel 7:685 (oud) BW is gekozen, is, blijkens de parlementaire geschiedenis, dat door het opnemen van de ontslaggronden juridisering van het ontslagrecht wordt tegengegaan en de rechtszekerheid wordt bevorderd.[1]

Iedere ontslaggrond kent eigen voorwaarden, die in sub a tot en met h van artikel 7:669 lid 3 BW worden uitgewerkt. Wij zullen die op deze plaats niet herhalen, maar verwijzen naar de publicaties die ten aanzien van diverse gronden

1 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 44.

zijn verschenen.[2] In algemene zin bepaalt artikel 7:669 lid 1 BW dat een herplaatsingsplicht geldt. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst is alleen mogelijk indien herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.[3] Deze herplaatsingsplicht geldt niet wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de zogenoemde e-grond, maar in beginsel wel bij alle overige ontslaggronden.

Ook in andere opzichten kunnen de gevolgen van een ontbinding op de e-grond anders zijn dan wanneer op een andere grond wordt ontbonden. Zo bepaalt artikel 7:673 lid 7 sub c BW dat de transitievergoeding niet verschuldigd is indien het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Hoewel de stap van verwijtbaar handelen naar ernstig verwijtbaar handelen nog groot is, zal hiervan sneller sprake zijn als ontbonden is op de e-grond. Ook de mogelijkheid die artikel 7:671b lid 8 sub b BW de rechter geeft om op zo kort mogelijke termijn te ontbinden, is gekoppeld aan ernstig verwijtbaar handelen.

Er kan dus zowel voor de werkgever als voor de werknemer veel afhangen van de vraag op welke grond de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden; is dat wel of niet de e-grond? Dit maakt direct relevant of de rechter kan besluiten op de e-grond te ontbinden, ook al heeft de werkgever daar niet uitdrukkelijk om verzocht. En andersom, of hij in afwijking van het verzoek te ontbinden op de e-grond, op een andere grond tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan overgaan, met als gevolg dat de hiervoor genoemde gevolgen zich niet voordoen.

Buitenom de e-grond kan nog worden gedacht aan de situatie waarin het ontbindingsverzoek (uitsluitend) wordt gebaseerd op een andere grond (bijvoorbeeld disfunctioneren van de werknemer), maar dat deze grond – gelet op de strenge eisen die de wet daaraan stelt – geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan rechtvaardigen. Kan de rechter dan zelfstandig 'uitwijken' naar bijvoorbeeld de g-grond indien hij van oordeel is dat wél sprake is van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding? Deze vraag is te meer relevant indien het debat tussen partijen alleen over de vermeende d-grond is gegaan en de werknemer zich (mogelijk) onvoldoende tegen toepassing van de g-grond heeft kunnen verweren. Ook bij andere ontslaggronden zou een dergelijke situatie zich kunnen voordoen, bijvoorbeeld indien de rechter van oordeel is dat geen van de aangevoerde ontslaggronden kan slagen, maar wel sprake is van 'overige omstandigheden' als bedoeld in de h-grond.

Voordat wij overgaan tot beantwoording van de vraag welke ruimte de rechter in dergelijke situaties heeft, zullen wij ingaan op het meer algemene procesrechtelijke kader waarbinnen deze problematiek zich afspeelt.

3. Procesrechtelijk kader[4]

In het burgerlijk procesrecht geldt het beginsel van partijautonomie. Uit dit beginsel vloeit voort dat partijen bepalen óf er geprocedeerd wordt, alsmede waarover geprocedeerd wordt.[5] In zijn arrest van 30 oktober 2001 verwoordde de Hoge Raad het aldus:

'De omvang van een aan de beoordeling van de civiele rechter onderworpen geschil wordt bepaald door partijen. De rechter dient het geschil derhalve te beoordelen binnen de door partijen getrokken grenzen.'[6]

> De rechter dient het geschil derhalve te beoordelen binnen de door partijen getrokken grenzen

Die grenzen bestaan uit feiten, rechtsfeiten/feitelijke grondslag en rechtsgronden.

2 Wij noemen in dit verband R.A.A. Duk, 'Redelijke gronden: een Procrustesbed?', *TRA* 2016/80, p. 5 e.v.; M. Beukhof & R. Rietveld, 'Twee jaar Wwz in cijfers', *TvO* 2017, nr. 4, p. 204 e.v.; E. van Fenema & T. Ridder, 'Opzegging op de a- en b-grond volgens de WWZ', *ArbeidsRecht* 2014/50; H.J. van Deventer, 'Disfunctioneren vóór en ná invoering van de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016/29, p. 12 e.v.; J.H. Even & E.M. Poutsma, 'De WWZ en disfunctioneren', *TAO* 2016, nr. 2, p. 60 e.v.; J.M.E. Schunselaar, 'Anderhalf jaar WWZ: de obstakels van de d-grond', *TAP* 2017, nr. 2, p. 11 e.v.; E. Wies & M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): een analyse van de rechtspraak onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016/28, p. 8 e.v.; E. Wies & M.A. Schneider, 'Twee jaar verwijtbaar handelen door de werknemer: een analyse van de rechtspraak', *ArbeidsRecht* 2017/29, p. 3 e.v.; C. Muradin, 'De h-grond voor managers en directeuren: for better or for worse?', *TvO* 2017, nr. 2, p. 75 e.v.; J.T. van der Kroon, M.R. van der Vos & P.A. Meijer, 'De 'andere omstandigheden' van de h-grond; ruim een jaar op weg', *TRA* 2016/83 en P. Disseldorp, 'De h-grond in de lagere rechtspraak: een verzameling van vreemde eenden', *ArbeidsRecht* 2016/50, p. 3 e.v.

3 Zie over de herplaatsingsplicht: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke themata deel II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, par. 12.5.1; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/346; L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82; R.M. Beltzer & S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017, nr. 2, p. 64 e.v.; R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017, nr. 2, p. 4 e.v., A.W. Haverkort & L.E.J. Kiebert, 'Bedrijfseconomisch ontslag: toe aan een nieuwe fase', *TAP* 2017, nr. 6, p. 19 e.v. en T.J. van Frankenhuijsen, 'Concern-brede herplaatsing: wat is de laatste stand van zaken?', *TRA* 2018/5, p. 23 e.v.

4 Binnen het bestek van dit artikel dienen wij ons tot de hoofdlijnen te beperken. Voor nadere uiteenzettingen verwijzen wij, naast de hierna nog te noemen literatuur, naar: H.J. Snijders & A. Wendel, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 229 e.v.; E.M. Wesseling-van Gent, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv; Hugenholtz & Heemskerk/W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015, nr. 120; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/204; G.C. Boot, *Arbeidsprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 43 en D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 134-135. Delen van deze paragraaf zijn ontleend aan J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, par. 4.3.

5 Vgl. o.m. C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 44.

6 HR 30 oktober 2001, *NJ* 2003/201. Zie ook HR 23 september 2003, *NJ* 2004/9.

3.1 Feiten

In de eerste plaats wordt het debat begrensd door de door partijen gestelde feiten. Het is aan partijen de relevante feiten naar voren te brengen. De rechter mag zijn beslissing uitsluitend baseren op feiten en omstandigheden die in de procedure zijn komen vast te staan. Met deze feiten en omstandigheden zal de rechter het moeten doen, zo volgt uit artikel 149 lid 1 Rv. Buiten dit kader mag de rechter geen acht slaan op feiten en omstandigheden, hoe relevant die voor de door hem te nemen beslissing ook (kunnen) zijn. Partijen omlijnen aldus het geschil door de selectie van feiten waarop zij een beroep doen.[7]

Dit wil echter niet zeggen dat de rechter volledig passief moet zijn ten aanzien van de feiten. In het moderne procesrecht ligt het accent op de actieve rechter.[8] De rechter heeft verschillende mogelijkheden om te bewerkstelligen dat partijen de reeds gestelde feiten aanvullen. De rechter kan dus het initiatief nemen om van partijen meer feitelijke informatie te verkrijgen.[9] Hierbij kan worden gedacht aan de toepassing van artikel 22 Rv, op grond waarvan de rechter (een van de) partijen kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten. Ook tijdens een comparitie of mondelinge behandeling kan de rechter veel (nadere) informatie boven tafel krijgen door partijen vragen te stellen. In de literatuur wordt er wel voor gewaarschuwd dat deze actieve opstelling van de rechter er niet in mag resulteren dat hij gaat 'meeprocederen'.[10]

3.2 Feitelijke grondslag

Voor de afbakening van de grenzen van het geschil is voorts artikel 24 Rv van belang. Uit dit artikel volgt dat de rechter gebonden is aan de feitelijke grondslag, waaruit de eiser/verzoeker de door hem ingeroepen rechtsgevolgen afleidt en waarop de andere partij haar verweer baseert. Partijen bepalen in dialoog met elkaar waar de rechtsstrijd over gaat.[11] Het partijdebat bepaalt uiteindelijk welke omstandigheden wel en niet worden meegewogen.[12] De rechter mag geen feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen die niet zijn gesteld of niet zijn komen vast te staan en hij mag de vordering/het verzoek en de verweren niet aanvullen met juridische gronden die niet in de stellingen van partijen besloten liggen.[13] Ook uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de rechter zijn beslissing niet mag baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de betreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd.[14]

De term 'feitelijke grondslag' ziet op de (juridische) gevolgtrekkingen die een partij aan de door haar gestelde feiten verbindt, in die zin dat zij gezamenlijk het gewenste feitelijk bepaalde rechtsbegrip opleveren, bijvoorbeeld een dringende reden voor ontslag op staande voet.[15] De feitelijke grondslag betreft de voor de onderbouwing van de vordering of het verweer essentiële rechtsfeiten.[16] De rechtsfeiten vormen als het ware de verbinding tussen de door partijen gestelde concrete feiten en de door hen ingeroepen rechtsgevolgen.[17] De feitelijke grondslag heeft zowel een feitelijk als een juridisch aspect.[18] Partijen kunnen dus niet volstaan met het aan de rechter voorleggen van een bloot feitenbestand.[19] Zij moeten ook de rechtsfeiten stellen waar hun vordering of verweer op gebaseerd is. Een feit wordt een rechtsfeit doordat een partij ten aanzien van dat feit een normatief standpunt inneemt.[20]

De rechtsfeiten vormen als het ware de verbinding tussen de door partijen gestelde concrete feiten en de door hen ingeroepen rechtsgevolgen

In een arbeidsrechtelijk voorbeeld zou het onderscheid tussen feiten en rechtsfeiten als volgt naar voren kunnen komen. De feiten luiden dat er tussen partijen geen schriftelijke (arbeids)overeenkomst is gesloten. De ene partij maakt wel elke maand € 2.159 over aan de andere partij, al vier jaar lang. Ook is feitelijk vastgesteld dat de andere partij vijf dagen per week, van 9.00 uur tot 17.00 uur in de winkel van de betalende partij als verkoper werkt. De verkoper stelt een arbeidsovereenkomst te hebben met de winkeleigenaar: dit is een (beweerd) rechtsfeit. De verkoper wil loondoorbetaling tijdens ziekte en baseert zijn vordering op artikel 7:629 BW (rechtsgrond). Hij stelt daartoe dat hij een arbeidsovereenkomst heeft (een rechtsfeit) en

7 Art. 149 lid 2 Rv kent een uitzondering voor feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels.

8 W.D.H. Asser, 'Bewijsrecht', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 218.

9 R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 114.

10 Vgl. bijv. H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 45 en J.W. Westenberg & P. Fokker, *Het civiele vonnis*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2004, p. 38-39.

11 A.F.M. Brenninkmeijer, 'Slotbeschouwing: convergentie of divergentie?', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 223.

12 S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 250 en 359, alsmede P.S. Bakker, 'Degene die recht zoekt, doet dat in gebondenheid', *MvV* 2013, nr. 6, p. 178-179.

13 Asser Procesrecht/Van Schaik 2 2016/92. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 56.

14 Vgl. bijv. HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005/92.

15 Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 29.

16 R.L. Bakels, 'Het vonnis', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 284.

17 R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 117.

18 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002, nr. 2, p. 31.

19 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002, nr. 2, p. 30.

20 G. de Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', in: M.A. Loth e.a., *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (preadviezen NJV 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 72.

voert de hiervoor genoemde feiten aan ter staving van dat rechtsfeit.[21]
Wat een procespartij precies aan haar vordering of verweer ten grondslag legt, vergt een interpretatie van de processtukken.[22] Ook in dit opzicht zou de rechter een partij kunnen helpen door de desbetreffende stukken welwillend te interpreteren.[23] Dat mag er, aldus Bakels, niet toe leiden dat die interpretatie voor de wederpartij 'uit de lucht komt vallen'.[24] Daarnaast kan de (actieve) rechter ook tijdens een comparitie of mondelinge behandeling het nodige doen ten aanzien van de feitelijke grondslag, zij het met een zekere voorzichtigheid en met inachtneming van de eisen van een goede procesorde.[25]

3.3 Rechtsgronden

Artikel 25 Rv bepaalt vervolgens dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. Dit betekent dat de rechter tot taak heeft zelfstandig (dus afgezien van wat partijen te dier zake naar voren hebben gebracht) na te gaan welke rechtsregels op de in het geding vaststaande feiten van toepassing zijn en of deze regels tot toe- dan wel afwijzing van de vordering c.q. het verzoek leiden.[26] Het enkele feit dat een partij niet de juiste juridische grondslag heeft genoemd, kan niet tot afwijzing van haar vordering of verzoek leiden.[27] De rechter behoort namelijk het recht te kennen; partijen hoeven hem daar niet op te wijzen.[28] Bovendien is van belang dat de rechter niet gebonden is aan een door een partij aangevoerde rechtsgrond. Een onjuiste kwalificatie door een partij ontslaat de rechter niet van de plicht ambtshalve te onderzoeken of de vordering/het verzoek en het verweer worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde feiten.[29] Er is daarmee een zekere spanning tussen artikel 25 Rv en artikel 24 Rv.[30]

Rechtsgronden zijn de regels van positief recht,[31] die zowel geschreven als ongeschreven kunnen zijn.[32] Het zijn, in de woorden van Ahsmann, rechtsregels of rechtsnormen.[33] Het gaat om de rechtsregels op grond waarvan een rechtsgevolg aan een rechtsfeit kan worden verbonden.[34] De verplichting tot het aanvullen van rechtsgronden geldt alleen binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals die door partijen zijn getrokken.[35] Dat wil zeggen dat de beslissing van de rechter alleen op een niet door partijen aangevoerde rechtsgrond kan worden gebaseerd indien de door partijen betrokken stellingen die rechtsgrond kunnen rechtvaardigen. De verplichting van artikel 25 Rv wordt aldus begrensd door artikel 24 Rv:[36] indien een partij geen betoog voert dat vatbaar is voor de uitleg dat die partij zich in wezen op een bepaalde rechtsregel beroept, mag de rechter die rechtsregel niet ambtshalve toepassen.[37]

> De beslissing van de rechter kan alleen op een niet door partijen aangevoerde rechtsgrond worden gebaseerd indien de door partijen betrokken stellingen die rechtsgrond kunnen rechtvaardigen

Een voorbeeld: indien een werknemer zijn werkgever voor de kantonrechter heeft gedagvaard teneinde schadevergoeding te verkrijgen in verband met een ongeval dat hem is overkomen en de werknemer zijn vordering baseert op artikel 6:162 BW, zal de rechter de vordering moeten beoordelen op basis van artikel 7:658 BW. Daarvoor is dan wel vereist dat voor toepassing van die rechtsgrond voldoende is gesteld. Zo zal in de procedure bijvoorbeeld moeten zijn komen vast te staan dat het ongeval tijdens de uitvoering van de werkzaamheden door de werknemer heeft plaatsgevonden, zoals artikel 7:658 lid 2 BW voorschrijft. Wanneer de werknemer daarover niets naar voren heeft gebracht en ook anderszins daarover niets is komen vast te staan, zal de

21 Zie voor een ander (niet arbeidsrechtelijk) voorbeeld M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 87-88.
22 J. Ekelmans, *De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2008, p. 4.
23 J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in het geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991, p. 126-127.
24 R.L. Bakels, 'Het vonnis', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 285.
25 Zie H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 42 en 45.
26 Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 26.
27 W.D.H. Asser, 'Bewijsrecht', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 217.
28 K.J. de Graaf & V.C.A. Lindeijer, 'Over het verzamelen en uitsluiten van feiten', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 152.
29 G. de Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', in: M.A. Loth e.a., *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (preadviezen NJV 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 73. Zie ook T.M.J. Smits, 'Bewijsrecht in het arbeidsrecht', in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Editie 2018 deel II*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 3242.
30 Asser Procesrecht/Van Schaik 2 2016/92.
31 Pitlo/T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 5.
32 A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 568.
33 M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 78.
34 G. de Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', in: M.A. Loth e.a., *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (preadviezen NJV 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 73.
35 Vgl. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 161.
36 Zie daarover ook de conclusie van A-G Wuisman voor HR 8 april 2011, «JAR» 2011/132. De A-G bespreekt in zijn conclusie de voorwaarden die worden gesteld aan toepassing van art. 25 Rv.
37 G.C.C. Lewin, 'Ambtshalve toepassing van rechtsregels', *TCR* 2011, nr. 1, p. 13. Zie hierover ook C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 55.

rechter artikel 7:658 BW niet ambtshalve mogen toepassen.[38]

Met andere woorden, wanneer voor aanvulling van de rechtsgronden tevens aanvulling van de feitelijke grondslag nodig is, zal de rechter daartoe niet kunnen overgaan. Zo blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 2003.[39] Instructief is ook de conclusie van advocaat-generaal (A-G) Hartlief voor het (op grond van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (RO) gewezen) arrest van de Hoge Raad van 7 juli 2017.[40] In deze zaak had de werkgever de arbeidsovereenkomst opgezegd met een opzegtermijn van twaalf maanden. De laatste zeven maanden was echter geen loon uitbetaald. De werknemer vorderde betaling van een bedrag gelijk aan zeven maandsalarissen op grond van een onregelmatige opzegging, hetgeen het hof niet toewees. In cassatie klaagde de werknemer erover dat het hof ten onrechte niet ambtshalve had beoordeeld of de vordering tot betaling van het bedrag als loonvordering toewijsbaar was. De A-G overwoog dat voor een geslaagde loonvordering nodig is dat de werknemer stelt en zo nodig bewijst dat hij bereid is de bedongen arbeid te verrichten. In deze zaak was niet vastgesteld dat de werknemer dat had gedaan, waardoor het hof de vordering niet ambtshalve ook op grond van artikel 7:627 en 7:628 BW hoefde te beoordelen. In de stellingen van partijen lag onvoldoende besloten om ambtshalve een andere rechtsgrond te hanteren.

> Wanneer voor aanvulling van de rechtsgronden tevens aanvulling van de feitelijke grondslag nodig is, zal de rechter daartoe niet kunnen overgaan

Hieruit volgt dat het stellen van veel feiten de rechter meer armslag biedt.[41] Leemburg heeft beschreven dat het voor partijen van belang is de feiten en feitelijke gronden voldoende duidelijk te stellen, omdat de rechter anders onvoldoende aanknopingspunten heeft om de vertaalslag te maken naar rechtsgronden teneinde de feiten en feitelijke gronden van een wettelijke basis te voorzien en zich een oordeel te kunnen vormen over de al dan niet toewijsbaarheid van de ingeroepen rechtsgevolgen.[42]

Daarnaast geldt dat de formulering van de eis of het verzoek ruimte moet laten voor toepassing van een andere dan de ingeroepen rechtsgrond. In vorengenoemd voorbeeld (van de werknemer die schadevergoeding vordert) zal dat niet zo'n probleem zijn, omdat de kans groot is dat in het petitum van de dagvaarding is gevorderd de werkgever te veroordelen tot vergoeding van de door de werknemer geleden en te lijden schade. Zowel wanneer de vordering zou worden toegewezen op grond van artikel 6:162 BW, als wanneer toepassing van artikel 7:658 BW tot toewijzing leidt, kan worden gezegd dat beide rechtsgronden passen binnen de door de werknemer geformuleerde vordering. Dat hoeft zeker niet altijd het geval te zijn en daarin kan dus een beperking van de toepassing van artikel 25 Rv gelegen zijn.

Het is mogelijk dat de voor de rechter uit artikel 25 Rv voortvloeiende verplichting beperkt wordt doordat een partij zich zodanig heeft gedragen dat van een duidelijke (exclusieve) keuze voor een bepaalde rechtsgrond blijkt. In zo'n geval is de rechter daaraan gehouden en behoeft hij niet de mogelijkheden tot verbreding van de grondslag te onderzoeken. Aanvulling moet stroken met de partijbedoeling. Dat is steeds een kwestie van uitleg en hangt in feite samen met de – eerdergenoemde – partijautonomie.[43]

Indien de rechter overgaat tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, geldt het beginsel van hoor en wederhoor onverkort, hetgeen wil zeggen dat partijen over de wezenlijke elementen die aan de beslissing van de rechter ten grondslag liggen, voldoende moeten zijn gehoord.[44] Partijen mogen niet worden verrast met een beslissing waarmee zij, gelet op het verloop van het procedurele debat, geen rekening hoefden te houden, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2001.[45] Doet zo'n situatie zich voor, dan zal de rechter partijen in de gelegenheid moeten stellen zich uit te laten over zijn voornemen een andere rechtsgrond toe te passen dan (door een van de partijen) is ingeroepen.[46] Dat wil overigens niet zeggen dat de rechter partijen altijd in de gelegenheid moet stellen op een voorgenomen aanvulling van de rechtsgronden te reageren. Immers, de Hoge Raad overwoog in het arrest van 12 september 2002,[47] waarin de rechter ambtshalve een loonvordering had gematigd, dat partijen er rekening mee

38 Vgl. ook HR 8 april 2011, «JAR» 2011/134. In deze zaak had het hof de op art. 7:658 BW gebaseerde vordering van de werknemer beoordeeld. In cassatie klaagde de werknemer erover dat het hof ten onrechte art. 7:611 BW niet had toegepast. De Hoge Raad overwoog dat er pas ruimte voor het toepassen van art. 7:611 BW zou kunnen zijn, indien er van de zijde van de werknemer feiten zouden zijn gesteld, waarbij toepassing van art. 7:611 BW in aanmerking zou kunnen komen. Ten minste zou moeten zijn gesteld dat de werkgever zich ook buiten het in lid 1 en 2 van art. 7:658 BW bedoelde kader niet als goed werkgever heeft gedragen.

39 *NJ* 2004/50, waarin de Hoge Raad overwoog: 'Zou het hof de vordering hebben beoordeeld op de in het middel aangegeven grondslag, dan zou het niet slechts de rechtsgronden hebben aangevuld, doch mede een nieuwe feitelijke grondslag aan de vordering hebben gegeven, hetgeen het hof niet vrijstond.'

40 ECLI:NL:HR:2017:1272 en conclusie A-G 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:470.

41 Asser-Vranken, nr. 45, alwaar is geschreven dat een uitvoerig exposé van de feiten de speelruimte voor de rechter vergroot.

42 S. Leemburg, *Waarheidsvinding en ambtshalve aanvullen door de civiele rechter*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2013, p. 79-80.

43 Zie voor een en ander M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 83.

44 M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 82.

45 *NJ* 2004/34, m.nt. W.D.H. Asser.

46 Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 27.

47 *NJ* 2002/496.

moeten houden dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult.[48]

Indien de rechter overgaat tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, geldt het beginsel van hoor en wederhoor onverkort

Het is nu tijd terug te keren naar de ontbindingsprocedure. Hoe wordt in de parlementaire geschiedenis bij de WWZ, de literatuur en de rechtspraak aangekeken tegen en geoordeeld over het toepassen van een andere ontslaggrond dan is aangevoerd of het toepassen van een ontslaggrond indien de werkgever in zijn verzoekschrift niet uitdrukkelijk een beroep op een van de redelijke gronden van artikel 7:669 lid 3 BW heeft gedaan?

4. Parlementaire geschiedenis ontbindingsprocedure

De parlementaire geschiedenis bij de WWZ laat zich niet uitdrukkelijk over dit onderwerp uit. Wel bevat de nota naar aanleiding van het verslag een aanwijzing dat ambtshalve aanvulling niet is toegestaan. Aldaar is namelijk geschreven:
'De rechter zal toetsen of de werkgever daadwerkelijk beschikt over de redelijke grond, bedoeld in artikel 7:669 BW, waarop hij zich beroept om het ontbindingsverzoek te onderbouwen. (…)'[49]
Hieruit lijkt voort te vloeien dat de rechter zich dient te beperken tot de uitdrukkelijk door de werkgever in het verzoekschrift genoemde ontslaggrond(en). Aan de andere kant is niet vermeld dat (en waarom) de (algemene) regel van artikel 25 Rv, die ook in verzoekschriftprocedures van toepassing is, hier niet zou gelden.
Bovendien kennen we de zogenoemde Asscher-escape.[50] Hierbij wordt gedoeld op de situatie waarin de werkgever op grond van een onterechte ontslaggrond (lees: valse reden), zoals vermeend disfunctioneren, aanstuurt op ontslag waardoor er door toedoen van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie ontstaat. Hoewel een beroep op de ontslaggrond disfunctioneren in deze situatie niet zal kunnen slagen (omdat niet aan de wettelijke vereisten voor de d-grond is voldaan), kan de werkgever wel via de 'vluchtroute' van een verstoorde arbeidshouding verzoeken de arbeidsovereenkomst op die grond te ontbinden. Die handelwijze van de werkgever kan als ernstig verwijtbaar worden bestempeld, hetgeen de werknemer dan recht geeft op een billijke vergoeding.[51]
Beltzer c.s. lijken ervan uit te gaan dat in zo'n geval wel nodig is dat de werkgever zich ook op de g-grond beroept.[52]
Sagel gaat op dit punt een stapje verder. In zijn oratie schreef hij over de Asscher-escape:
'Die vluchtroute bestaat erin dat doordat *de werkgever* ten onrechte *beëindiging heeft nagestreefd op grond van één van de andere ontslaggronden van art. 669 lid 3* door toedoen van *de werkgever een verstoring van de arbeidsrelatie is ontstaan (de g-grond). Het past in de systematiek van het Wwz-ontslagrecht dat de rechter wel kan ontbinden, zij het niet op de grond waarop de werkgever eigenlijk beëindiging nastreefde, maar op de g-grond.'*[53]
Sagel lijkt bij toepassing van de Asscher-escape dus wel ruimte te laten voor ontbinding op de g-grond, ook indien de werkgever deze ontslaggrond niet aan het ontbindingsverzoek ten grondslag heeft gelegd.
Hoe dan ook, de parlementaire geschiedenis brengt ons niet heel veel verder.

5. Literatuur

Een aantal auteurs heeft zich uitgelaten over de mogelijkheid om rechtsgronden ambtshalve aan te vullen.[54] In de eerste druk van *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ* betoogden Vestering en Wetzels dat er weinig ruimte is voor ambtshalve toepassing van de ontslaggronden. Zij wezen erop dat het nieuwe ontslagrecht en de strikte WWZ-systematiek meebrengen dat de werkgever iedere ontbindingsgrond afzonderlijk dient te benoemen en ook concreet met feiten en omstandigheden moet onderbouwen.[55] Deze gedachte sluit aan bij het hiervoor aangehaalde citaat uit de parlementaire geschiedenis. In een latere druk lijken de auteurs meer ruimte te zien voor ambtshalve aanvulling op grond van artikel 25 Rv en zijn zij kritisch over het hierna te bespreken arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden,[56] waarin het hof oordeelde dat ambtshalve aanvulling van de ontbindingsgronden niet is toegestaan.[57]
Vestering en Wetzels sluiten zich daarmee aan bij het gros van de auteurs. Vrijwel alle auteurs menen – in meer of

48 In het *Eindrapport Fundamentele Herbezinning* wordt juist verdedigd dat de rechter zijn voornemen de rechtsgronden aan te vullen door het wijzen van een tussenvonnis aan partijen kenbaar moet maken, opdat zij door die aanvulling niet worden verrast. Zie W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd; Eindrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, par. 5.11, aanbeveling c.

49 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 47.

50 Zie in dit verband *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, 32-14, p. 10.

51 Zie voor een en ander R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 159.

52 R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 159, waar is geschreven dat de werkgever via de vluchtroute van een verstoorde arbeidsverhouding de rechter kan vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

53 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslag*recht doen *in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2014, p. 11.

54 In recent verschenen handboeken over arbeidsprocesrecht (G.C. Boot, *Arbeidsprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 en D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018) komt dit onderwerp niet aan bod.

55 P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 36.

56 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1715, r.o. 5.4.

57 P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 45.

mindere mate – dat ambtshalve aanvulling van rechtsgronden mogelijk is, steeds met de kanttekening dat de door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden wel moeten passen bij de door de rechter uiteindelijk gekozen redelijke grond.

Vrijwel alle auteurs menen – in meer of mindere mate – dat ambtshalve aanvulling van rechtsgronden mogelijk is

Zie hierover bijvoorbeeld Van Deventer,[58] Kruit en Kersten,[59] Beltzer c.s.,[60] Van Hellenberg Hubar en Remers[61], alsmede Beuvery-Rinkel en Van Puffelen.[62] Van der Kind is het meest uitgebreid op de onderhavige materie ingegaan.[63] Hij heeft naar voren gebracht dat, afgaande op de tekst van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, kan worden bepleit dat de rechter niet gebonden is aan de keuze van de werkgever voor een bepaalde redelijke grond. Wel maakt ook Van der Kind de kanttekening dat de feiten en overige omstandigheden wel moeten passen bij de door de rechter gekozen grond en dat hij de feitelijke grondslag niet mag aanvullen om zijn oordeel passend te maken. Artikel 25 Rv kan rechtvaardigen dat de kantonrechter de ontbinding uitspreekt op een niet aangevoerde redelijke grond, tenminste als men de redelijke grond tot ontbinding niet ziet als onderdeel van de feitelijke grondslag (een rechtsfeit), maar als rechtsgrond. Van der Kind maakte tevens de kanttekening dat het ontbinden op een andere dan de ingeroepen redelijke grond een verrassingsbeslissing kan opleveren, hetgeen, ook gezien het beginsel van hoor en wederhoor, ongewenst is. Om die reden past het de rechter, zo voegde Van der Kind toe, zijn eventuele keuze voor een andere redelijke grond eerst met partijen te bespreken.
Ook Verhulp ziet ruimte voor toepassing van artikel 25 Rv in de ontbindingsprocedure, maar hij houdt enige twijfel ten aanzien van de situatie waarin de werkgever alleen feiten stelt die volgens hem moeten leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst of indien de werkgever de feiten onjuist kwalificeert en ontbinding vraagt op een andere grond dan waartoe die feiten aanleiding geven. Of de rechter ook in zo'n geval op grond van artikel 25 Rv de redelijke grond dient aan te vullen is, zo schreef Verhulp, nog niet uitgemaakt. De auteur voegde toe dat de meeste rechters dat wel lijken te doen, maar dat dat zeker nog niet algemeen is.[64]
Barentsen, Erkens en Doorn gaan er eveneens van uit dat de rechter bij het bepalen van de ontslaggrond mogelijkheden heeft toepassing te geven aan artikel 25 Rv. Wel menen zij dat uiterlijk op de mondelinge behandeling gesproken moet zijn over de aanvullende ontslaggrond. Wanneer dat niet is gebeurd, zal snel gesproken kunnen worden van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing. Dat zal, zo is toegevoegd, alleen anders zijn indien het werkgeversverzoek er geen redelijke twijfel over laat bestaan welke ontslaggrond(en) er is (of zijn) bedoeld en de werkgever alleen heeft nagelaten daar het juiste lettertje uit artikel 7:669 lid 3 BW op te plakken. Daarbij moet de werkgever dan wel voldoende feiten aanvoeren om de rechter naar een andere grond te kunnen laten switchen.[65]
Al met al wordt in de literatuur wel ruimte gezien om in een ontbindingsprocedure ex artikel 7:671b BW, al dan niet onder bepaalde voorwaarden, toepassing te geven aan artikel 25 Rv.

6. Rechtspraak

In ontbindingsuitspraken wordt de mogelijkheid tot ambtshalve aanvulling van de ontslaggronden onderkend, maar dat leidt zelden tot daadwerkelijke aanvulling. Slechts in een handvol uitspraken komt de ambtshalve aanvulling (expliciet) aan de orde.

In ontbindingsuitspraken wordt de mogelijkheid tot ambtshalve aanvulling van de ontslaggronden onderkend, maar dat leidt zelden tot daadwerkelijke aanvulling

In een aantal gevallen oordeelde de rechter dat voor ambtshalve aanvulling geen ruimte was, omdat de verzoeker zich uitdrukkelijk tot een bepaalde grond had beperkt.[66] Artikel 24 Rv beperkt dan de mogelijkheid tot aanvulling. In de Noord-Hollandse zaak ging het om een verzoek op de g-grond, terwijl het feitencomplex zich eerder leende voor de d-grond. De werkgever had die grondslag, ook na een debat ter zitting over dit punt, niet gekozen. De rechter oordeelde dat de verplichting om rechtsgronden aan te vullen niet zo ver gaat dat hij een arbeidsovereenkomst kan ontbinden op een grond die de verzoeker 'kennelijk bewust en weloverwogen niet heeft aangevoerd'. In de Gelderse zaak stoelde de werkgever het verzoek op de e-grond, maar de aangevoerde feiten (als die al vast zouden komen te staan) zouden eerder duiden op de d-grond of de g-grond.

58 H.J. van Deventer, 'Disfunctioneren vóór en ná invoering van de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016/29, p. 13.
59 P. Kruit & I.H. Kersten, 'Ontbinding', in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Editie 2018 deel I*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 1605 (art. 671b, aant. C 1.4).
60 R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 129-130.
61 O. van Hellenberg Hubar & S. Remers, 'De pro forma onder de WWZ: contra forma'!, *ArbeidsRecht* 2016/24, p. 15-16.
62 In hun noot onder Ktr. Maastricht 12 mei 2017, «JIN» 2017/154.
63 Zie O. van der Kind, 'De 671b-procedure: een keurslijf voor de kantonrechter?', *AR Updates Annotaties* 2016-0257, par. 2.
64 E. Verhulp, T&C art. 7:669 BW, aant. 2a.
65 B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & H.L. Doorn, 'Kroniek Rechtspraak Wwz', *TRA* 2016/89, p. 65.
66 Rb. Noord-Holland 22 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1723, r.o. 5.4 en Rb. Gelderland 17 januari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:450, r.o. 4.6.

Nu de werkgever het verzoek *uitdrukkelijk* had beperkt tot de e-grond werd het verzoek afgewezen. Ook speelt een rol dat rechters geen verrassingsbeslissing willen geven[67] en dat bij een ambtshalve aanvulling van de gronden de verweermogelijkheden van de werknemer worden beperkt.[68] De Rechtbank Zeeland-West-Brabant[69] daarentegen overwoog dat, ook als het verzoek gegrond is op de d-, e-, en g-grond, de rechter ambtshalve moet nagaan of de arbeidsovereenkomst ontbonden kan worden op de h-grond als restgrond. Het ging om het ontbreken van een voor de functie noodzakelijke Verklaring omtrent het gedrag. De overwegingen van de kantonrechter over het ambtshalve aanvullen zijn enigszins ten overvloede, omdat verzoeker de grondslag van het verzoek ter zitting ook had aangevuld met de h-grond. Iets dat de verzoeker in de zojuist besproken Noord-Hollandse zaak expliciet niet deed.

De Rechtbank Limburg oordeelde enigszins verschillend in twee uitspraken. In de ene zaak[70] ging het om een werkgever die een beëindiging op de a-grond nastreefde. Nadat hij bij het UWV nul op het rekest had gekregen, wees ook de kantonrechter het ontbindingsverzoek af. De kantonrechter oordeelde dat de a-grond een 'valse grond' is, omdat uit alles blijkt dat het verzoek is gestoeld op klachten over het functioneren van de werknemer. Aan de vereisten voor een voldragen d-grond was echter niet voldaan, aldus de kantonrechter. De kantonrechter voelde zich, hoewel hij geen heil meer zag in een vruchtbare samenwerking, niet vrij om te ontbinden op de g-grond, omdat dat tot een verrassingsbeslissing zou leiden en 'de bescherming die een (disfunctionerende?) werknemer toekomt illusoir' maakt.

Een werkgever die in het geheel geen grond noemde in zijn (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek, kwam er een jaar eerder beter vanaf in de andere Limburgse zaak.[71] De kantonrechter overwoog dat uit het betoog van de werkgever valt af te leiden dat hij zich zowel op de e-grond als de g-grond beroept en de kantonrechter ontbond vervolgens op de g-grond. Uit het verloop van de zaak bleek dat tussen partijen niet (meer) in geding is dat sprake is van een verstoorde verhouding, die ertoe leidt dat de arbeidsovereenkomst niet kan voortduren. Hier speelde dus niet het punt dat de werknemer in zijn verweer zou worden geschaad. Een werkgever die omgekeerd breed inzette en ontbinding verzocht op grond van artikel 7:686 BW, verwijtbaar handelen, een verstoorde arbeidsverhouding en een onherstelbare vertrouwensbreuk vond weinig gehoor bij de Rechtbank Den Haag.[72] De werkgever miskent dat het een wezenlijk kenmerk is van de huidige arbeidswetgeving dat de werkgever een duidelijke keuze moet maken tussen de verschillende gronden, aldus de kantonrechter, en het verzoek werd afgewezen.

Te wijzen valt voorts op de beschikking van de Rechtbank Noord-Holland van 6 februari 2018.[73] In deze zaak werd ontbinding verzocht op de g-grond. Daarvan was naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake. Hij overwoog dat de discussie tussen partijen eigenlijk ging over de vraag of de functie en arbeidsplaats van de werknemer zijn vervallen. Zo een discussie rechtvaardigt, aldus de kantonrechter, geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding, maar dient te worden beoordeeld in het kader van een verzoek wegens bedrijfseconomische omstandigheden (de a-grond). Een verzoek op deze grond was echter niet aan de orde. Uit deze uitspraak volgt dat, indien de kantonrechter al aanleiding zou zien om een andere dan de aangevoerde ontslaggrond toe te passen, dat wel tot toewijzing van het verzoek moet kunnen leiden. In voornoemde zaak kon dat niet, aangezien een voorgenomen ontslag vanwege de a-grond in de eerste plaats thuishoort bij het UWV (artikel 7:671a lid 1 BW) en pas na afwijzing van het verzoek om instemming door het UWV aan de kantonrechter kan worden voorgelegd.[74] In vergelijkbare zin oordeelde de Rechtbank Overijssel over een verzoek op de g-grond, terwijl de feiten en omstandigheden wezen op een d- of e-grond. Nu verwijtbaarheid of disfunctioneren niet is gesteld en een verstoorde verhouding niet is komen vast te staan, ontbond de rechter niet.[75]

Voor zover wij hebben kunnen nagaan is de ambtshalve aanvulling van ontbindingsgronden slechts één keer in appel aan de orde geweest. In die zaak had de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden op de g-grond, terwijl de werkgever had verzocht om een ontbinding op de e-grond. De werkgever klaagde hierover in hoger beroep. Terecht, zo oordeelde het hof zonder verdere motivering.[76] Omdat de werkgever aan zijn klacht geen gevolgen had verbonden, liet het hof het bij deze constatering.

Samengevat kan worden gezegd dat rechters de mogelijkheid om ontbindingsgronden ambtshalve aan te vullen onderkennen, maar slechts zelden aan de daadwerkelijke aanvulling toekomen. Deels is dat ingegeven door de grenzen die artikel 24 Rv stelt (het zijn uiteindelijk partijen die bepalen waar de rechtsstrijd over gaat) en deels vanwege de eisen van de goede procesorde. De werknemer mag niet worden beperkt in zijn verweermogelijkheden.

7. Ambtshalve aanvulling?

Op grond van al het voorgaande komen wij tot de conclusie dat de ontbindingsgronden ex artikel 7:669 lid 3 sub a

67 Rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4422, r.o. 4.6. Overigens is een nieuw verzoek op de g-grond ook afgewezen, zo blijkt uit het hoger beroep in deze zaak; Hof Den Bosch 21 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5900, r.o. 3.4.

68 Rb. Noord-Holland 22 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1723, r.o. 5.4.

69 Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.

70 Rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4422, r.o. 4.6.

71 Rb. Limburg 9 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3938, r.o. 6.2 en 6.4.

72 Rb. Den Haag 10 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5102, r.o. 6.39 en 6.40.

73 Rb. Noord-Holland 6 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:872.

74 Zie ook Rb. Noord-Holland 23 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2654. In deze zaak had de werkgever een uitdrukkelijk op de h-grond gebaseerd verzoek ingediend. De kantonrechter oordeelde dat het verzoek in feite op de a-grond stoelde. Omdat de zaak niet eerst aan het UWV was voorgelegd, werd de werkgever niet-ontvankelijk verklaard.

75 Rb. Overijssel 13 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1629, r.o. 5.4.

76 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1715, r.o. 5.4.

t/m h BW rechtsgronden zijn en dat artikel 25 Rv de rechter de mogelijkheid biedt om ambtshalve ontbindingsgronden aan te vullen. De ontslaggronden zijn immers als een regel van positief recht te beschouwen. Zonder (voldragen) ontslaggrond is ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk en bovendien is de rechter gehouden te ontbinden indien zich een voldragen ontslaggrond voordoet.[77] Wij wijzen in dit kader op het Hof 's-Hertogenbosch, dat in zijn beschikking van 21 december 2017[78] overwoog dat de in lid 3 van artikel 7:669 BW opgesomde gronden een nadere uitwerking vormen van hetgeen in het eerste lid van dat artikel is bepaald en dat daaruit volgt dat (voor ontbinding) altijd sprake moet zijn van een redelijke grond. Bovendien geldt dat het enkele feit dat een partij niet de juiste juridische grondslag heeft genoemd, niet tot afwijzing van haar verzoek of vordering kan leiden. Daarnaast is de rechter ook niet gebonden aan een door een partij aangevoerde rechtsgrond.

Een ambtshalve aanvulling van een ontbindingsgrond mag er niet toe leiden dat de werknemer in zijn verweer wordt geschaad

De mogelijkheid tot aanvulling van de ontslaggronden is echter niet onbegrensd, waarbij de meeste grenzen voor de hand liggen. In de eerst plaats mag de rechter geen (rechts) feiten aanvullen. Het door partijen aangevoerde feitencomplex moet dus voldoende zijn om de aan te vullen grond te kunnen dragen. Ten tweede mag de rechter geen andere grond aan de ontbinding ten grondslag leggen wanneer de verzoeker zich uitdrukkelijk heeft beperkt tot de door hem genoemde grond. Ten derde dient de rechter een verrassingsbeslissing te voorkomen. Hij zal een mogelijke ambtshalve aanvulling in beginsel dus (op de mondelinge behandeling) met partijen moeten bespreken. Dit zal er doorgaans toe leiden dat de verzoekende partij het verzoek uitbreidt, tenzij verzoeker erop staat dat zijn verzoek uitsluitend op de door hem aangevoerde grond wordt beoordeeld. Ten vierde mag een ambtshalve aanvulling van een ontbindingsgrond er niet toe leiden dat de werknemer in zijn verweer wordt geschaad. Ten slotte geldt dat de aanvulling wel tot toewijzing van het verzoek moet kunnen leiden. De rechter kan dus niet een verzoek dat uitdrukkelijk op de d- of de g-grond is gebaseerd, toewijzen op de a-grond omdat het feitencomplex daar aanleiding toe geeft, zoals de hiervoor genoemde beschikking van de Kantonrechter Alkmaar illustreert.[79]

Een veelvoorkomende 'cocktail' is het feitencomplex waarbij de d-, e- en g- grond in elkaar over lijken te gaan. De werkgever stelt dat de werknemer (al tijden) zijn werk niet goed doet, met uiteindelijk een (in de ogen van de werkgever) ernstige en verwijtbare fout tot gevolg, waarover partijen ruzie krijgen en 'klaar met elkaar zijn'. De werkgever kan het verzoekschrift op een aantal manieren inkleden. Hij kan het feitencomplex schetsen en geen specifieke grond noemen. Hij kan ook alle drie de gronden aan het verzoek ten grondslag leggen, al dan niet primair, subsidiair en meer subsidiair. Hij kan per grond het feitencomplex schetsen en ten slotte kan hij ervoor kiezen het feitencomplex te schetsen en bijvoorbeeld alleen de e-grond te kiezen, omdat hij geen discussie over de herplaatsingsverplichting wil, de transitievergoeding wil vermijden en/of een korte(re) beëindigingstermijn wil bewerkstelligen. Als geen specifieke grond is genoemd, is het de vraag of de rechter de grond er zelf 'op mag plakken'. Dit hangt sterk van de formulering van de feitelijke grondslag af. Hoe explicieter de werkgever is ('disfunctioneren', 'verwijtbaar handelen', 'verstoorde verhouding'), hoe eenvoudiger het is voor de rechter om er in de woorden van Barentsen, Erkens en Doorn[80] 'een lettertje op te plakken'. Rept de verzoeker eigenlijk alleen van verwijtbaar handelen (nog steeds in de situatie dat er geen specifieke grond genoemd is) en gaat de werknemer ook alleen daar op in, dan menen wij dat de rechter niet zonder partijen daarover gehoord te hebben, ambtshalve voor de d- of g-grond kan kiezen, ook al lenen de feiten zich daar wel voor. Datzelfde geldt als de werkgever uitdrukkelijk zijn verzoek heeft beperkt tot de e-grond (of een andere grond). De rechter kan daar niet omheen, ook al vindt hij dat een andere grond geschikter is. Dit zal met name aan de orde zijn bij de Asscher-escape. Als de werknemer in het geheel niet is voorbereid op een ontbinding op de g-grond (en misschien – bij wijze van tegenverzoek – niet om een billijke vergoeding heeft verzocht), wordt hij in zijn verweer geschaad als de rechter toch op basis van die grond ontbindt.

8. De cumulatiegrond

Zoals bekend is het de rechter uitdrukkelijk niet toegestaan om op basis van meerdere niet-voldragen ontslaggronden toch tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan. Een 'cocktail van ontslaggronden' is onder het huidige recht niet toelaatbaar.[81]

Mogelijk komt daar verandering in. In het regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst* en het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans[82] is namelijk geschreven dat de WWZ ertoe heeft geleid dat ontslag, ook in situaties waar dat redelijkerwijze aan de orde is, onnodig wordt bemoeilijkt. Werkgevers lopen tegen situaties aan waarin op basis

77 Discussies over de herplaatsingsplicht en opzegverboden daargelaten.

78 ECLI:NL:GHSHE:2017:5900, r.o. 3.11.

79 ECLI:NL:RBHNO:2018:872. Zie ook ECLI:NL:RBAMS:2015:5256, alsmede ECLI:NL:RBNHO:2018:2654.

80 B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & H.L. Doorn, 'Kroniek Rechtspraak Wwz', *TRA* 2016/89, p. 65.

81 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslag*recht doen *in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2014, p. 8, alsmede A.J. Swelheim, 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *Arbeidsrecht* 2014/51, par. 2.

82 Waarvan de internetconsultatie ten tijde van het afronden van dit artikel net was opengesteld. Het conceptwetsvoorstel en de bijbehorende toelichting zijn te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl.

van elk van de afzonderlijk bestaande ontslaggronden onvoldoende wettelijke basis is voor ontslag, maar wel bij meerdere gronden gedeeltelijk sprake is van problemen. Als voorbeeld wordt genoemd: verwijtbaar handelen gecombineerd met disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie. In het regeerakkoord is in dit kader vermeld dat het in die gevallen mogelijk moet zijn om de rechter de afweging te laten maken of het van de werkgever kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst voort te zetten of dat ontslag gerechtvaardigd is op basis van de cumulatie van omstandigheden genoemd in de verschillende gronden.[83] In het wetsvoorstel wordt in dit verband een nieuw sub i in artikel 7:669 lid 3 BW voorgesteld, dat als volgt zou moeten komen te luiden:

'i. een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden bedoeld in de onderdelen c tot en met h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.'

Op deze wijze wordt het voor de werkgever in potentie gemakkelijker om de arbeidsovereenkomst ontbonden te krijgen. Ook wanneer geen sprake is van (ten minste) één voldragen ontslaggrond kan toch worden ontbonden, indien de optelsom van verschillende niet-voldragen gronden toch de verzochte ontbinding rechtvaardigt. Voor de werknemer staat hiertegenover dat de rechter in zo'n geval een extra vergoeding kan toekennen van maximaal de helft van de transitievergoeding. Dit komt bovenop de reeds bestaande transitievergoeding. Het verminderen van de ontslagbescherming van de werknemer wordt aldus gecompenseerd met een hogere vergoeding.

Het verminderen van de ontslagbescherming van de werknemer wordt aldus gecompenseerd met een hogere vergoeding

Hoe moet vanuit het oogpunt van het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden tegen deze cumulatiegrond worden aangekeken? In tegenstelling tot de parlementaire geschiedenis bij de WWZ, wordt hier in de concept-memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans wél iets over gezegd.[84] Overwogen wordt dat de cumulatiegrond, net als de andere redelijke gronden, ook ambtshalve door de rechter kan worden toegepast. Op basis van de aangevoerde feiten beoordeelt hij of de situatie onder een van de redelijke gronden valt, ook als die redelijke grond niet is aangevoerd. De concept-memorie van toelichting voegt daaraan toe, dat wanneer een werkgever een ontbindingsverzoek baseert op een van de gronden c tot en met h, de rechter op grond van de aangevoerde feiten en omstandigheden ambtshalve tot het oordeel kan komen dat ontbonden moet worden op basis van de cumulatiegrond. Ook het omgekeerde is mogelijk, in het geval een werkgever zijn verzoek tot ontbinding baseert op (uitsluitend) de cumulatiegrond. In dat geval zal dan wél sprake moeten zijn van een voldragen ontslaggrond (c tot en met h). Met deze overwegingen wordt – voor wat betreft de toepassing van artikel 25 Rv in de ontbindingsprocedure – niet alleen een heldere hoofdregel gegeven voor de cumulatiegrond, maar ook voor de huidige praktijk geeft dit meer duidelijkheid.

Het voorgaande wil niet zeggen dat toepassing van artikel 25 Rv bij de cumulatiegrond geen verdere vragen oproept. In de hierboven beschreven situatie waarin sprake is van een beetje disfunctioneren, verwijtbaar handelen en verstoring van de arbeidsverhouding, maar geen van deze omstandigheden een voldragen ontslaggrond oplevert, ligt dat naar ons oordeel nog niet zo eenvoudig. In het huidige systeem moet er voldoende zijn gesteld om de rechter de ruimte te bieden naar een andere ontslaggrond uit te wijken. Hetgeen de werkgever naar voren moet brengen, zal evenwel steeds voldoende moeten zijn om die ontslaggrond te (kunnen) dragen. Bij de cumulatiegrond is (per definitie) echter geen sprake van een voldragen grond. De vraag rijst dan ook wanneer de werkgever ten aanzien van de te onderscheiden ontslaggronden voldoende heeft gesteld om daarvan een cocktail te maken. Mag een net niet voldragen d-grond worden aangevuld met een slechts in zeer geringe mate verstoorde arbeidsverhouding? Het is vooralsnog onduidelijk hoe ruim de bevoegdheid van de rechter in dit verband wordt en of dit geen terugkeer betekent naar de oude situatie (artikel 7:685 (oud) BW), waarin, zoals hiervoor genoemd, ontbonden kon worden op grond van de open norm 'gewichtige redenen'.

Wanneer in het verzoekschrift niet (subsidiair) om toepassing van de cumulatiegrond wordt verzocht, maar de kantonrechter, ondanks het ontbreken van een voldragen ontslaggrond (a t/m h), wel aanleiding ziet om te ontbinden op de cumulatiegrond, kan snel sprake zijn van een verrassingsbeslissing indien dit aspect in de procedure niet aan de orde is geweest. De rechter die, zonder dat daar door partijen op is aangestuurd, meent te moeten overgaan tot toepassing van de cumulatiegrond, doet er goed aan om zijn voornemen tijdens de mondelinge behandeling aan partijen voor te houden en met hen te bespreken. Het kan naar ons oordeel niet zo zijn dat partijen pas door de beschikking met de toepassing van de cumulatiegrond worden geconfronteerd, zeker gelet op de financiële gevolgen die deze grond, gelet op de verhoogde transitievergoeding, (voor de werkgever) kan hebben.

Kortom, aan de cumulatiegrond zitten – ook wat het onderwerp van dit artikel betreft – de nodige haken en ogen. Het zou goed zijn wanneer die in het wetgevingsproces aandacht krijgen, aangezien de concept-memorie van toelichting daar onvoldoende specifiek op ingaat.

83 Regeerakkoord 2017-2021, *Vertrouwen in de toekomst*, van VVD, CDA, D66 en ChristenUnie d.d. 10 oktober 2017, p. 22, alsmede de concept-memorie van toelichting, par. 3.2. Zie over de voorgestelde cumulatiegrond O. van der Kind, 'De ontslagpraktijk versoepeld?', *AR Updates Annotaties* 2016-0095.

84 En wel in par. 3.2.3.

9. Tot slot

Ambtshalve aanvulling van ontslaggronden is mogelijk, maar niet zonder dat aan enkele voorwaarden is voldaan. Die voorwaarden laten zich vertalen in een aantal handvatten voor de praktijk, die als volgt kunnen worden weergegeven:

- Aanvulling van rechtsgronden mag niet leiden tot aanvulling van de feitelijke grondslag van het verzoek. Dat betekent dat het door partijen aangevoerde feitencomplex voldoende moet zijn om de aan te vullen ontslaggrond te kunnen dragen.
- Bij een duidelijke (exclusieve) keuze voor een bepaalde ontslaggrond, is ambtshalve aanvulling niet mogelijk. De werkgever die dit wil voorkomen, doet er verstandig aan alle mogelijk voor toepassing in aanmerking komende ontslaggronden met zoveel woorden te benoemen en deze zo concreet mogelijk met feiten en omstandigheden te staven.
- De ambtshalve toe te passen ontslaggrond moet wel tot toewijzing van het verzoek kunnen leiden, hetgeen met name speelt bij de a- en b-grond indien de zaak niet eerder aan het UWV is voorgelegd. Daarnaast doet de werkgever er goed aan het petitum van het verzoekschrift ruim te formuleren. Wanneer de werkgever verzoekt om 'ontbinding van de arbeidsovereenkomst' kan iedere andere ontslaggrond dan waarop uitdrukkelijk een beroep is gedaan, tot toewijzing leiden. Een in het petitum vastgelegde keuze voor een bepaalde ontslaggrond kan (zie de vorige bullet) de mogelijkheid tot ambtshalve aanvulling beperken.
- Ambtshalve aanvulling mag niet leiden tot een zogenoemde verrassingsbeslissing en de werknemer mag niet in zijn mogelijkheden tot het voeren van verweer worden geschaad. Mede gelet op het beginsel van hoor en wederhoor doet de rechter er goed aan om de voorgenomen aanvulling tijdens de mondelinge behandeling aan partijen voor te houden en met hen te bespreken.

Over de auteurs

Mr. dr. J.H. Bennaars
Universitair docent bij de leerstoelgroep Arbeidsrecht en Socialezekerheidsrecht van de Universiteit van Amsterdam/Hugo Sinzheimer Instituut en redacteur van dit blad.

Mr. dr. J.P. Quist
Advocaat bij Wolf Legal te Vlissingen, universitair docent bij de sectie Arbeidsrecht van de Erasmus School of Law en redacteur van dit blad.

161. De cumulatiegrond: zijn de puntjes op de 'i' gezet?

MR. DR. P. KRUIT EN MW. MR. L.V.V. MEIJERS

De wetgever heeft in april 2018 een nieuwe wijziging van het ontslagrecht voorgesteld met het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (WAB). Onderdeel van dit wetsvoorstel is de introductie van een nieuwe ontslaggrond in artikel 7:669 lid 3 sub i Burgerlijk Wetboek (BW) (de i-grond) met als inhoud dat ook een combinatie van onvoldragen c-h-gronden kan leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In deze bijdrage wordt het nut en de noodzaak van deze cumulatiegrond besproken. Daarnaast worden verschillende juridische complicaties geschetst die bij ongewijzigde invoering van het wetsvoorstel WAB hun intrede in het ontslagrecht zouden doen.

1. Inleiding

In 2015 is het ontslagrecht met de Wet werk en zekerheid (WWZ) ingrijpend gewijzigd. De aanpassingen moesten onder meer zorgen voor een eenvoudiger, eerlijker, goedkoper en sneller ontslagrecht.[1] De wetgever gaf aan de werking van de WWZ pas na vijf jaar grondig te evalueren om zodoende de praktijk eerst te laten wennen aan het nieuwe ontslagstelsel.[2] Nu, bijna drie jaar later, is de regering echter al voornemens het ontslagrecht opnieuw aan te passen. Aanleiding is 'de realiteit dat de arbeidsmarkt knelt voor werkgevers én werknemers', zo staat in het regeerakkoord dat op 10 oktober jl. is uitgebracht onder de titel 'Vertrouwen in de toekomst'.[3] Door de huidige ontslaggronden wordt ontslag onnodig bemoeilijkt. Dit weerhoudt werkgevers ervan nieuw personeel in dienst te nemen en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd om te zetten in contracten voor onbepaalde tijd. De regering komt aan deze kritiek tegemoet door in de WAB een cumulatiegrond te introduceren. Hiermee kan de rechter ook tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan wanneer geen sprake is van een voldragen ontslaggrond, maar wel van meerdere onvoldragen ontslaggronden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel c tot en met h BW. Ter compensatie kan de werknemer in die situatie maximaal een halve transitievergoeding als aanvullende compensatie toegekend krijgen. Deze bijdrage beoogt een antwoord te geven op de vraag in hoeverre met de cumulatiegrond tegemoet wordt gekomen aan de wens tot versoepeling van het ontslagrecht. Daarbij zullen wij ook toetsen in hoeverre de WAB aan de andere hiervoor genoemde doelstellingen van de WWZ tegemoetkomt. Voor een antwoord op deze vraag gaan wij eerst in op de knelpunten in het huidige ontslagrecht. Vervolgens bespreken wij het voorstel voor de cumulatiegrond in de WAB. Daarna volgt een analyse van een aantal juridische complicaties en gaan wij in op de noodzakelijkheid van het invoeren van een cumulatiegrond. Wij sluiten af met een korte conclusie.

2. De aanloop naar de cumulatiegrond: is het WWZ-ontslagrecht te star?

Kern van de kritiek op het WWZ-ontslagrecht is dat het voor werkgevers substantieel moeilijker is geworden om een werknemer te ontslaan, met name wanneer het gaat om disfunctioneren of een verstoorde arbeidsrelatie. Is deze kritiek terecht?

Voor invoering van de WWZ leidde slechts negen procent van de ingediende ontbindingsverzoeken tot een afwijzing.[4] Van deze afwijzingen was 36 procent gebaseerd op een onvoldoende verbetertraject of een onvoldoende verstoorde arbeidsverhouding.[5] Dit maakt dat aldus slechts ongeveer drie procent van de ingediende ontbindingsverzoeken sneuvelden op wat we nu een 'onvoldragen ontslaggrond d of g' zouden noemen.

Hoewel de WWZ pas drie jaar in werking is, zijn reeds meerdere onderzoeken naar het functioneren van deze wet verricht. Om inzicht te krijgen in de ervaringen met de WWZ hebben de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) in mei 2016 een onderzoek gedaan dat zowel bestond

1 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5.
2 *Handelingen II* 2013/14, 54, item 9, p. 9-10.
3 Regeerakkoord 10 oktober 2017, 'Vertrouwen in de toekomst', p. 22.
4 P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 160 (tabel 3.55).
5 P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 161 (tabel 3.56a).

uit een enquête onder hun leden als een rechtspraakonderzoek.[6] Uit de enquête blijkt dat maar liefst 94 procent van de respondenten van mening is dat het ontslagrecht niet is vereenvoudigd.[7] Uit de enquête komt onder meer naar voren dat 61 procent van de respondenten vindt dat de redelijke gronden uit artikel 7:669 lid 3 BW de situaties waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is niet voldoende afdekken. De voornaamste reden hiervoor is het ontbreken van de mogelijkheid ontbinding te verzoeken wegens onvoldragen redelijke gronden die tezamen ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen. Van de respondenten geeft 87 procent dit als reden aan, waarvan 65 procent dit zelfs de belangrijkste oorzaak noemt.[8] Uit het rechtspraakonderzoek van de VAAN en de VvA bleek dat met name de d-grond met een afwijzingspercentage van 62 weinig succesvol was.[9] Hoewel de verstoorde arbeidsrelatie met 43 procent minder vaak tot een afwijzing leidde, werd uit dit onderzoek wel duidelijk dat ten opzichte van het pre-WWZ-ontslagrecht sprake is van een sterke afname van het aantal uitgesproken ontbindingen.

Ook het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI) heeft onderzoek gedaan naar de werking van het WWZ-ontslagrecht. In opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft het HSI onderzocht in hoeverre het semigesloten grondenstelsel in de praktijk werkt, meer in het bijzonder hoe rechters het semigesloten grondenstelsel ervaren.[10] Uit dat onderzoek blijkt dat een algemene ontbindingsgrond tot meer toewijzingen zou hebben geleid mits aan die algemene grond ook een discretionaire bevoegdheid tot het toekennen van een hogere vergoeding is gekoppeld.[11] De helft van de ondervraagde kantonrechters was van oordeel dat in een kwart van de door hun behandelde zaken ontbinding in de rede lag hoewel de aangevoerde grond niet voldoende was onderbouwd. Maar liefst 78 procent van deze groep zou in die zaken gebruik hebben gemaakt van de algemene ontslaggrond, maar alleen als er ook een discretionaire bevoegdheid bestaat tot het toekennen van een hogere vergoeding dan de wettelijke transitievergoeding.[12]

Tot slot heeft de Erasmus School of Law (ESL) onderzoek gedaan naar de gepubliceerde ontbindingsrechtspraak vanaf 1 juni 2016 tot 1 november 2017, welk onderzoek is gepubliceerd in de VAAN-VvA-notitie inzake de internetconsultatie van de WAB.[13] Opnieuw is onderzoek gedaan naar de toe- en afwijzingen van ingediende ontbindingsverzoeken. De drie meest voorkomende ontslaggronden (d, e en g) leiden respectievelijk tot 69 procent (d), 62 procent (e) en 52 procent (g) afwijzingen.[14] Dit is ten opzichte van het VAAN-VvA-evaluatieonderzoek van juli 2016 een verdere toename van het aantal afwijzingsbeschikkingen.

> Uit alle onderzoeken komt naar voren dat het realiseren van ontslag bij de rechter na de invoering van de WWZ substantieel moeilijker is geworden

De slotsom van de tot nu toe gepubliceerde onderzoeken naar de werking van het WWZ-ontslagrecht is dat uit alle onderzoeken het beeld naar voren komt dat het realiseren van een ontslag bij de rechter aanzienlijk moeilijker is geworden dan voor de invoering van de WWZ het geval was. De starre ontslaggronden en de beperkte mogelijkheid tot het toekennen van een aanvullende (billijke) vergoeding zijn hiervan de belangrijkste oorzaken.

3. Het wetsvoorstel WAB: de i-grond als cumulatiegrond

Nu uit onderzoek blijkt dat de WWZ ertoe heeft geleid dat 'vast alleen maar vaster' is geworden, heeft de regering in het wetsvoorstel WAB (opnieuw) een pakket maatregelen voorgesteld met als doel 'flex minder flex' en 'vast minder vast' te maken.[15] Onderdeel van dit wetsvoorstel is de introductie van een nieuwe ontslaggrond in artikel 7:669 lid 3 sub i BW. Deze i-grond is als volgt geformuleerd:

'*een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid*

6 A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, *VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016; I.H. Kersten & D.A.D. Mees, 'Voorlopige analyse gepubliceerde rechtspraak vanaf 1 juni 2016', in: A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds (red.), *Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie WAB*, 4 mei 2018, bijlage II, *TAP* 2018/158, p. 55-56.

7 A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, *VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 12 en 81.

8 A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, *VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 75.

9 A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, *VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 102-103.

10 J.H. Bennaars, m.m.v. M. Diepenbach, R. Knegt & E. Verhulp *Rapport Evaluatie Ontslaggronden WWZ*, UvA/Hugo Sinzheimer Instituut, 29 juni 2016, p. 4.

11 J.H. Bennaars, m.m.v. M. Diepenbach, R. Knegt & E. Verhulp *Rapport Evaluatie Ontslaggronden WWZ*, UvA/Hugo Sinzheimer Instituut, 29 juni 2016, p. 25.

12 J.H. Bennaars, m.m.v. M. Diepenbach, R. Knegt & E. Verhulp *Rapport Evaluatie Ontslaggronden WWZ*, UvA/Hugo Sinzheimer Instituut, 29 juni 2016, p. 16.

13 I. H. Kersten & D.A.D. Mees, 'Voorlopige analyse gepubliceerde rechtspraak vanaf 1 juni 2016', in: A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds (red.), *Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie WAB*, 4 mei 2018, bijlage II, *TAP* 2018/158.

14 I. H. Kersten & D.A.D. Mees, 'Voorlopige analyse gepubliceerde rechtspraak vanaf 1 juni 2016', in: A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds (red.), *Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie WAB*, 4 mei 2018, bijlage II, *TAP* 2018/158, tabel 4.2. Let op: deze cijfers geven geen beeld van het aantal afwijzende beschikkingen. In het onderzoek van Kersten en Mees is de afwijzing per ontslaggrond weergegeven. In een ontbindingsverzoek worden doorgaans echter meerdere ontslaggronden aangevoerd. Het is goed mogelijk dat een ontbindingsverzoek op de d-grond is afgewezen, maar vervolgens op de g-grond is toegewezen. In dat geval wordt voor de d-grond een afwijzing geregistreerd en voor de g-grond een toewijzing, terwijl het eindoordeel is dat het ontbindingsverzoek is toegewezen.

15 Cpt. MvT WAB, p. 14.

niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.' [16]

Met de i-grond wordt beoogd de rechter meer ruimte te bieden om de arbeidsovereenkomst te ontbinden in situaties waarin wellicht geen sprake is van een volledig voldragen ontslaggrond, maar desondanks een situatie is ontstaan waarin een einde van arbeidsovereenkomst is gerechtvaardigd. De i-grond ziet alleen op omstandigheden die in de persoon van de werknemer of in de onderlinge relatie tussen partijen zijn gelegen. Daarmee zijn de ontslaggronden a (bedrijfseconomische redenen) en b (langdurige arbeidsongeschiktheid) van de cumulatiegrond uitgesloten. Hiermee heeft de wetgever willen voorkomen dat onduidelijkheid bestaat over de vraag welke instantie bevoegd is over de cumulatiegrond te oordelen en dat de ontslagroute via het UWV wordt vermeden door een beroep op de cumulatiegrond te doen bij de rechter.[17]

Indien de rechter het ontbindingsverzoek op de cumulatiegrond toewijst, kan de rechter aan de werknemer een aanvullende vergoeding toekennen naast de transitievergoeding. Deze aanvullende vergoeding bedraagt maximaal de helft van de transitievergoeding. De toekenning van deze vergoeding, alsmede het vaststellen van de omvang ervan is een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de cumulatiegrond hoeft aldus niet altijd tot een (volledige) aanvullende vergoeding te leiden.[18]

De werkgever kan de i-grond zowel primair als (meer) subsidiair ten grondslag leggen aan het ontbindingsverzoek. De rechter bepaalt uiteindelijk of de door de werkgever aangevoerde omstandigheden uit twee of meer gronden samen een redelijke (i-)grond voor ontslag opleveren. De rechter toetst of er een zodanige combinatie van omstandigheden is dat in redelijkheid van de werkgever niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.[19] De rechter kan dit ook ambtshalve doen wanneer de werkgever geen verzoek tot ontbinding op de i-grond indient. Op grond van artikel 25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) vult de rechter de rechtsgronden ambtshalve aan. Het omgekeerde is ook mogelijk. De rechter oordeelt dan ambtshalve dat de door de werkgever aangevoerde omstandigheden geen i-grond opleveren, maar een van de andere redelijke gronden voor ontslag (c t/m h).[20] Hieruit volgt dat de rechter – ongeacht hoe het petitum van het verzoekschrift is geformuleerd – ambtshalve kan beslissen op welke ontslaggrond de arbeidsovereenkomst uiteindelijk wordt ontbonden. De rechter heeft daarmee ook altijd de vrijheid om ambtshalve tot toekenning van maximaal een halve transitievergoeding als aanvullende 'i-grondvergoeding' over te gaan. Hierbij verdient opmerking dat de rechter in die situatie aan de werkgever een intrekkingstermijn moet bieden.

16 Cpt. MvT WAB, p. 4.
17 Cpt. MvT WAB, p. 61.
18 Cpt. MvT WAB, p. 62.
19 Cpt. MvT WAB, p. 61.
20 Cpt. MvT WAB, p. 62.

4. Juridische complicaties

Ondanks de toelichting door de wetgever roept de i-grond nog tal van vragen op, waarvan wij er in deze paragraaf enkele de revue laten passeren. Wij bespreken achtereenvolgens de toetsing van de i-grond, de procedurele aspecten, de hoogte van de i-vergoeding, de cumulatie van vergoedingen, de rol van de herplaatsingsplicht, de minnelijke regeling en de noodzakelijkheid van de i-grond.

4.1 Toetsing i-grond

De wetgever laat zich niet eenduidig uit over de manier waarop de i-grond moet worden getoetst. In het wetsvoorstel staat dat de toetsingsmaatstaf is dat er een zodanige combinatie van omstandigheden uit twee of meer van de onder c tot en met h genoemde gronden moet zijn dat in redelijkheid van de werkgever niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. In het wetsvoorstel wordt niet aangegeven in hoeverre aan elke grond voldaan dient te worden. Stel: de werkgever heeft een werknemer die disfunctioneert, maar de werkgever start geen verbetertraject. Er wordt enkel voldaan aan de voorwaarde dat een werknemer kenbaar moet worden gemaakt dat hij onvoldoende functioneert. Vervolgens ontstaat een discussie tussen partijen waaruit een verstoorde arbeidsrelatie voortvloeit, maar waarbij de werkgever geen enkele inspanning levert de verhouding te normaliseren.

> Met een i-grond waarin alle beoordelingsruimte voor de rechter bestaat, zou de facto een terugkeer naar de pre-WWZ-toets worden gerealiseerd

Van de d-grond is enkel aan de vereisten van 'onvoldoende functioneren' en 'kenbaarheid' voldaan, terwijl van de g-grond enkel de voorwaarde van een verstoord geraakte arbeidsverhouding is vervuld. Is dat al voldoende voor een ontbinding op de i-grond? Of dient de werkgever eerst in bepaalde (maar onvoldoende) mate aan alle voorwaarden voor een voldragen d-grond (bijvoorbeeld door het volgen van een verbetertraject voor een te korte periode) en g-grond (bijvoorbeeld wel enige, maar te weinig inspanningen om de arbeidsrelatie te lijmen) te hebben voldaan alvorens de i-grond als combinatiegrond mag worden gebruikt? Indien mag worden volstaan met het mededelen van disfunctioneren aan de werknemer en het verstoord raken van de arbeidsverhouding door de discussie die uit de mededeling van disfunctioneren doorgaans voortvloeit, wordt *de facto* wel een heel minimale eis aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst gesteld. Wanneer de rechter alle vrijheid krijgt om van geval tot geval te bepalen of voortzetting van de arbeidsrelatie nog wenselijk is, krijgt de i-grond daarmee dezelfde invulling als artikel 7:685 lid 2 (oud) BW. Hiermee zou een terugkeer naar de pre-WWZ-toets een feit zijn.

4.2 Procedurele aspecten I: ambtshalve toepassing van de i-grond

Zoals eerder benoemd staat in de memorie van toelichting dat de i-grond ambtshalve door de rechter kan worden toegepast. Tot nu toe is de rechter nog niet vaak overgegaan tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond.[21] Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde zelfs dat de kantonrechter ten onrechte ambtshalve was overgegaan tot het toepassen van de niet door de werkgever aangedragen g-grond.[22] In deze zaak had de werkgever aan zijn ontbindingsverzoek de e-grond ten grondslag gelegd, maar ontbond de kantonrechter ambtshalve op de g-grond. In de literatuur wordt ook gepleit voor terughoudendheid met de toepassing van artikel 25 Rv. Volgens Bennaars en Quist doet de rechter die meent ambtshalve te moeten overgaan tot de i-grond er goed aan zijn voornemen eerst tijdens de mondelinge behandeling met de partijen te bespreken. Hiermee wordt voorkomen dat partijen met een verrassingsbeslissing worden geconfronteerd, zeker gelet op de financiële consequenties voor de werkgever.[23] Ook Barentsen, Erkens en Doorn achten een verrassingsbeslissing ontoelaatbaar, tenzij het werkgeversverzoek er geen redelijke twijfel over laat bestaan welke ontslaggrond(en) er is (of zijn) bedoeld en de werkgever alleen heeft nagelaten daar het juiste lettertje uit artikel 7:669 lid 3 BW op te plakken. Wel dient de werkgever voldoende feiten te hebben aangevoerd.[24] De rechter is immers op grond van artikel 24 Rv gebonden aan de door partijen aangevoerde feiten. Van der Kind maakt de kanttekening dat, naast het voorkomen van de verrassingsbeslissing, de feiten en overige omstandigheden wel moeten passen bij de door de rechter gekozen grond.[25] Kortom, de vanzelfsprekendheid van de ambtshalve toepassing van ontslaggronden zoals de wetgever lijkt te suggereren behoeft enige nuance, zoals ook Dekker en Even vaststellen.[26]

4.3 Procedurele aspecten II: de i-grond en het hoger beroep

Vanuit het perspectief van de mogelijkheid tot hoger beroep kan de i-grond eveneens zorgen voor een juridische complicatie. Stel: de werkgever dient bij de kantonrechter een ontbindingsverzoek in op de d- en g-grond, omdat de werknemer niet goed zou functioneren en er daarnaast een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan. De werkgever heeft aan de werknemer geen verbetertraject aangeboden, maar de kantonrechter constateert dat het disfunctioneren voldoende aannemelijk is gemaakt. Voorts is sprake van een verstoorde arbeidsverhouding, echter, die is volgens de kantonrechter doelbewust door de werkgever gecreëerd. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst vervolgens op de cumulatiegrond met als combinatie de d- en g-grond. In hoger beroep acht het hof de d-grond in het geheel niet aanwezig, nu het hof meent dat ook het disfunctioneren *an sich* niet voldoende aannemelijk is. Het hof acht wel sprake van een verstoorde arbeidsverhouding, maar deze is bewust door de werkgever veroorzaakt. De resultante van deze conclusie is dat er in het geheel geen d-grond en slechts een halve g-grond resteert. Dit leidt per saldo tot een onvoldragen i-grond, want met enkel een halve g-grond is nog geen cumulatie van gronden aanwezig. Hoe dient het hof hiermee om te gaan? Wordt de arbeidsovereenkomst dan vanwege een onvoldragen i-grond hersteld (er cumuleert immers niets meer)? En andersom: stel dat het hof concludeert dat de g-grond wel volledig voldragen is, kan het hof dan bepalen dat de arbeidsovereenkomst niet op de i-grond, maar op de g-grond had moeten eindigen? En moet de werknemer bij dit oordeel van het hof (een deel van) zijn i-vergoeding terugbetalen? Gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep zal het hof moeten beoordelen of de ontbinding had kunnen geschieden alleen op basis van de g-grond, maar dan moet de g-grond wel in eerste aanleg ook apart zijn verzocht (primair dan wel (meer) subsidiair), anders komt het hof aan deze grond niet toe, tenzij gebruik wordt gemaakt van de ambtshalve toepassing van artikel 25 Rv, waarvan wij hiervoor al constateerden dat dit niet altijd zonder meer mogelijk is, nu geen verrassingsbeschikking mag worden gewezen. De i-grond lijkt daarmee te zorgen voor een complicatie in het hoger beroep, terwijl een van de doelstellingen van de WWZ was het ontslagrecht juist eenvoudiger te maken.

De i-grond zorgt voor onnodige complicaties in hoger beroep waardoor het ontslagrecht bepaald niet eenvoudiger wordt

Overigens is het nog maar de vraag in hoeverre het hof in het nieuwe ontslagrecht nog tot herstel van de arbeidsovereenkomst zal overgaan. Gelet op de tijd waarmee een juridische procedure over het algemeen is gemoeid en de verwijten die door partijen over en weer worden gedaan staan de verhoudingen tussen werkgever en werknemer vaak op scherp. Het hof blijft op grond van artikel 7:683 lid 3 BW altijd de ambtshalve bevoegdheid houden de zaak af te doen met een billijke vergoeding.

4.4 Hoogte i-vergoeding

Het toekennen van de i-vergoeding is een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Wanneer de rechter daartoe overgaat, bepaalt hij de omvang van de aan de werknemer

21 Enkele zaken waarin de rechter ambtshalve overging tot het aanvullen van de rechtsgrond: Rb. Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400 en Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1715, r.o. 5.4.

23 J.H. Bennaars & J.P. Quist, 'Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de ontbindingsprocedure?', *TAP* 2018/99.

24 B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & H.L. Doorn, 'Kroniek Rechtspraak Wwz', *TRA* 2016/89.

25 O. van der Kind, 'De 671b-procedure: een keurslijf voor de kantonrechter?', *AR Updates* 2016-0257.

26 F.M. Dekker & J.H. Even, 'VAAN – VvA – WAB – Cumulatiegrond en vergoeding', *TAP* 2018/153.

toe te kennen i-vergoeding. De memorie van toelichting bepaalt hierover het volgende:
'*De rechter bepaalt de hoogte van de extra vergoeding aan de hand van de mate waarin aan de omstandigheden uit de ontslaggronden c tot en met h is voldaan. Wanneer de rechter van oordeel is dat een of meer van de ontslaggronden waarop de cumulatie van omstandigheden is gebaseerd, bijna voldragen was dan kan er aanleiding zijn een lage extra vergoeding op te leggen. Een hogere extra vergoeding ligt meer in de rede in gevallen waarin de verschillende omstandigheden in mindere mate aanwezig zijn. Dit zal zich in de jurisprudentie verder uitkristalliseren.*' [27]
Opvallend is dat de redelijkheid van het ontslag geen rol mag spelen bij de omvang van de i-vergoeding. De rechter zal aan de i-vergoeding dus een andere motivering ten grondslag moeten leggen dan dat het ontslag door de combinatie van verschillende onvoldragen gronden onredelijk voor de werknemer is. De vraag is hoe de rechter dit op een deugdelijke en verklaarbare wijze kan doen, op een wijze waarmee tevens recht wordt gedaan aan de doelstellingen van de WWZ, namelijk het ontslagrecht eenvoudiger en eerlijker, en daarmee meer voorspelbaar te maken. Een handvat dat de rechter zou kunnen gebruiken bij het bepalen van de hoogte van de i-vergoeding is het werken met percentages. De VAAN-VvA noemt als voorbeeld de disfunctionerende werknemer die in een verbetertraject van zes maanden zit. Doordat de arbeidsrelatie tussen partijen steeds verder verstoord raakt dient de werkgever na vier maanden al een ontbindingsverzoek op de i-grond in met als combinatie de d- en g-grond. De rechter zou in dit voorbeeld kunnen zeggen dat aan de d-grond voor negentig procent is voldaan en dat daardoor de transitievergoeding met de missende tien procent moet worden verhoogd.[28]
Een dergelijk percentagesysteem kan werken indien aan de werkgever het vereiste wordt gesteld dat hij minimaal vijftig procent van een van zijn gronden moet kunnen aantonen. Op die manier kan de andere grond(en) de overige vijftig procent aanvullen en kan dit worden gecompenseerd in de i-vergoeding. Wij zien weinig heil in dit voorstel tot het werken met percentages. Het vaststellen van de percentages is arbitrair en biedt daardoor enkel een soort 'schijnzekerheid'.
Een ander handvat dat de rechter zou kunnen gebruiken is een soortgelijke 'schaal van verwijtbaarheid' als die de Kantonrechter Enschede onlangs heeft geïntroduceerd in het kader van de billijke vergoeding.[29] In deze zaak 'waardeerde' de kantonrechter de mate van verwijtbaarheid van de werkgever, waarbij laakbaar gedrag is gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar, in een fictieve schaal van één tot tien, op een drie. Daarbij staat één voor nauwelijks ernstig verwijtbaar en tien voor zeer ernstig verwijtbaar is. De Kantonrechter Enschede heeft hiermee enkel beoogd inzicht te geven in de kwalificatie/waardering van 'de mate van verwijtbaarheid' en niet beoogd een norm te geven voor het bij een bepaalde mate van verwijtbaarheid vast te stellen bedrag noch een 'rekenfactor' te introduceren.[30] Het nadeel van het hanteren van een dergelijke schaal blijft echter – net als in het percentagesysteem – dat het vaststellen van het cijfer bijzonder arbitrair blijft. Het verdient wat ons betreft aanbeveling dat de wetgever zich over dit aspect in het verdere parlementaire debat explicieter zou uitspreken en enige richtlijnen voor de praktijk meegeeft. Hiermee kan worden voorkomen dat in een situatie wordt terechtgekomen zoals bij de billijke vergoeding, waar tot de *New Hairstyle*-beschikking[31] geen aanknopingspunten bestonden voor de begroting ervan. Dit leidde in de praktijk tot veel ongewenste onduidelijkheid.
Wellicht kan worden aangesloten bij de twee uitspraken van de Hoge Raad van 8 juni 2018.[32] In één van deze twee uitspraken heeft de Hoge Raad onder meer overwogen dat uit artikel 7:683 lid 3 BW niet de verplichting voor de appelrechter volgt om een billijke vergoeding aan de werknemer toe te kennen wanneer de appelrechter afziet van het bevelen van herstel van de arbeidsovereenkomst.[33] De appelrechter kan er dus ook voor kiezen om geen billijke vergoeding toe te kennen. Indien wordt overgegaan tot het toekennen van een billijke vergoeding, dan geldt volgens de Hoge Raad als uitgangspunt 'dat de rechter de billijke vergoeding dient te bepalen op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval'.[34] Daarbij speelt niet alleen de 'waarde' die de arbeidsovereenkomst bij herstel daarvan voor de werknemer zou hebben gehad een rol, maar ook andere elementen, zoals het verwijt dat de werkgever treft van het feit dat hij ten onrechte ontbinding heeft verzocht, de mate waarin de ontslaggrond waarop het verzoek is gebaseerd zich (niet) heeft voorgedaan, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, het immateriële nadeel dat de werknemer heeft ondervonden en ondervindt doordat zijn arbeidsovereenkomst zonder goede grond is beëindigd, en de wens om de vergoeding een zeker preventief effect te geven.[35] De rechter zal in zijn oordeel inzicht moeten geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding hebben geleid.[36] Een dergelijke motivering door de rechter is ook wenselijk als het gaat om het bepalen van de hoogte van de i-vergoeding. Op deze manier krijgen partijen meer inzicht in de reden waarom de redelijke i-grond aanleiding zou moeten geven voor een extra vergoeding en een andere redelijke ontslaggrond niet, zoals Dekker en Even terecht in hun artikel opmerken.[37] Tevens draagt een dergelijke 'bottom-upbenadering' om door een deugdelijke motive-

27 Cpt. MvT WAB, p. 62.
28 A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds (red.), *Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie WAB,* 4 mei 2018, p. 38.
29 Rb. Overijssel 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3768.
30 Rb. Overijssel 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3768, r.o. 4.13.3.
31 HR 30 juni 2017, *AR Updates* 2017-0826, m.nt. P. Kruit.
32 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 en HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857.
33 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, r.o. 3.3.2-3.3.3.
34 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, r.o. 3.3.2.
35 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, r.o. 3.4.1.
36 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, r.o. 3.3.2.
37 F.M. Dekker & J.H. Even, 'VAAN – VvA – WAB – Cumulatiegrond en vergoeding', *TAP* 2018/153.

ring inzicht en eenheid in de i-vergoeding te creëren, bij aan de doelstelling van de WWZ het ontslagrecht eenvoudiger, eerlijker en daarmee meer voorspelbaar te maken.

4.5 Cumulatie van vergoedingen

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de i-vergoeding losstaat van de billijke vergoeding. De werknemer kan onder de WAB dus aanspraak maken op drie verschillende vergoedingen: de transitievergoeding, de billijke vergoeding én de i-vergoeding. Wij vragen ons af hoe de i-grond zich verhoudt tot de billijke vergoeding bij toepassing van de 'Asscher-escape' (= ontbinding bij een combinatie van gronden onder het huidige WWZ-recht). De compensatie voor een gecombineerde ontslaggrond is onder de WAB immers verwerkt in de i-vergoeding. De memorie van toelichting noemt zelfs de Asscher-escape, waarbij de d- en g-grond tezamen een voldragen ontslaggrond opleveren, als voorbeeld voor een gerechtvaardigd beroep op de cumulatiegrond.[38] Kan dan om diezelfde reden – ontbinding op meerdere onvoldragen gronden – tevens een billijke vergoeding worden toegekend? In het WWZ-ontslagrecht is de Asscher-escape nog weinig toegepast. Volgens Barentsen, Erkens en Weber gaat het om vrij uitzonderlijke situaties waarin de rechter besluit dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst geen zin meer heeft. Vaker kiest de rechter ervoor om de werkgever weg te sturen om het opnieuw met de werknemer te proberen.[39] Zo oordeelde de Kantonrechter Arnhem dat de werkgever ten onrechte had nagelaten de disfunctionerende werkneemster duidelijk en concreet aan te spreken op haar functioneren en haar (vervolgens) in de gelegenheid te stellen dit functioneren te verbeteren.[40] De Kantonrechter Maastricht oordeelde vorig jaar dat in een werkgever-werknemersrelatie het op de weg van de werkgever ligt om de werknemer in staat te stellen en – indien nodig – op te dragen de arbeid in de overeengekomen urenomvang te verrichten.[41] In de gevallen waar de Asscher-escape wél met succes werd toegepast, werd aan de werknemer een billijke vergoeding toegekend wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.[42] Met de komst van de i-grond komt hieraan wat ons betreft een eind. Uit jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de Asscher-escape duur wordt betaald.[43] Zo oordeelde het Gerechtshof Den Haag dat de werknemer naast de transitievergoeding van € 16.187,73 terecht aanspraak maakte op een billijke vergoeding van € 50.000.[44] In verhouding is deze toegekende billijke vergoeding meer dan vijftig procent van de transitievergoeding, in totaal ontvangt de werknemer maar liefst vier keer de transitievergoeding. In een andere zaak kende de Kantonrechter Enschede aan de werknemer een billijke vergoeding toe van € 100.000, terwijl de werknemer ook al aanspraak maakte op de overeengekomen ontslagvergoeding van € 100.000.[45] Onder de WAB zou de werknemer aanzienlijk slechter af zijn met een i-vergoeding van maximaal vijftig procent van de transitievergoeding.

> Een ontbinding op de i-grond is als zodanig geen ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en is dus geen grond voor een billijke vergoeding

Ontslag bij meerdere onvoldragen gronden wordt daarmee niet alleen eenvoudiger, maar ook goedkoper, waarmee wordt voldaan aan twee doelstellingen van de WWZ.[46] Wij menen namelijk dat met de invoering van de WAB de Asscher-escape in het wettelijk systeem is ingebed, waardoor niet langer kan worden betoogd dat het enkel ontbinden van de arbeidsovereenkomst op basis van meerdere onvoldragen gronden leidt tot ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en daarmee tot aanspraak op een billijke vergoeding. Bij ontbinding op de i-grond zonder andere omstandigheden die als ernstig verwijtbaar kwalificeren, dient de rechter aldus te volstaan met de i-vergoeding. De werknemer is hiermee financieel slechter af. De huidige toepassing van de Asscher-escape levert met toekenning van een billijke vergoeding immers beduidend méér op dan de helft van de transitievergoeding waartoe de i-vergoeding is gemaximeerd.

4.6 Rol van herplaatsingsplicht

Op grond van artikel 7:669 lid 1 BW is de werkgever verplicht te onderzoeken of de werknemer binnen een redelijke termijn al dan niet met behulp van scholing kan worden herplaatst. Ook bij ontbinding op de i-grond geldt de herplaatsingsplicht. Indien sprake is van ontbinding op de e-grond rust op de werkgever echter geen herplaatsingsplicht, zo volgt uit de tekst van lid 1 van artikel 7:669 BW. De vraag is of op de werkgever een herplaatsingsplicht rust, wanneer de i-grond gedeeltelijk wordt gevormd door een onvoldragen e-grond. De wetgever wijdt hierover niet uit in de memorie van toelichting. Bestaat er bij een e-combi een volledige herplaatsingsplicht? Of wellicht een verlichte herplaatsingsplicht van bijvoorbeeld een kortere redelijke termijn of reikwijdte waarin de werkgever moet zoeken? Nu een aanpassing van artikel 9 van de Ontslagregeling niet in de WAB is voorzien, lijkt dat laatste scenario onwaarschijnlijk. Het wordt dan aldus een alles-of-nietsscenario voor de

38 Cpt. MvT WAB, p. 61-62.

39 B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & F.A. Weber, 'Kroniek Rechtspraak Wwz', *TRA* 2017/72.

40 Rb. Gelderland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5506, r.o. 4.9.

41 Rb. Limburg 24 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1927, r.o. 4.6.3.

42 Zie bijv.: Rb. Amsterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278 (€ 8.000 als billijke vergoeding) en: Rb. Rotterdam 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963 (€ 10.000 als billijke vergoeding); Rb. Amsterdam 6 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4305 (€ 10.000 als billijke vergoeding); Rb. Zeeland-West-Brabant 28 november 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:7766 (€ 45.000 als billijke vergoeding); Rb. Overijssel 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3870 (€ 100.000 als billijke vergoeding).

43 D.M.A. Bij de Vaate & P. Kruit, 'Billijke vergoeding: over karakter, begroting en artikel 6 EVRM', *ArA* 2017/01.

44 Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

45 Rb. Overijssel 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3870.

46 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5.

herplaatsingsplicht. Indien ervan wordt uitgegaan dat geen herplaatsingsplicht bestaat in het geval een combinatie met de e-grond wordt aangenomen, kan dit tot onwenselijke resultaten leiden. Bij bijvoorbeeld een combinatie van drie of meer gronden zou dan geen herplaatsingsplicht zijn, omdat de werknemer een (heel) klein beetje verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Als troost kan de werknemer dan de i-vergoeding krijgen. Wij betwijfelen of dit tot een redelijke uitkomst leidt. Wellicht kan de rechter dit afdoen met de tweede escape op de herplaatsingsplicht, namelijk het 'niet in de rede liggen' van herplaatsing. Het zou wat ons betreft echter wenselijk zijn indien de wetgever hierover een duidelijke visie schetst.

4.7 Ieder ontslag met een minnelijke regeling van 1,5 maal transitievergoeding?

In het huidige ontslagrecht heeft de werknemer een sterke onderhandelingspositie vanwege de relatief grote kans op afwijzing van een ontbindingsverzoek. In onderhandelingen komt de ontslagvergoeding gemiddeld uit op 1,5 maal de transitievergoeding, zo blijkt uit onderzoek.[47] De cumulatiegrond lijkt de onderhandelingspositie voor de werknemer sterk te gaan verzwakken. Wanneer de cumulatiegrond in de praktijk inderdaad gaat fungeren als artikel 7:685 lid 2 (oud) BW, waardoor ontbinding van de arbeidsovereenkomst weer vrijwel altijd wordt uitgesproken en de vergoeding maximaal 1,5 maal de transitievergoeding bedraagt, is onze voorspelling dat werkgevers op voorhand dit bedrag reeds aan werknemers zullen aanbieden – dit geschiedt thans immers ook al, zo blijkt uit voornoemd onderzoek naar geregelde zaken – waardoor er voor de werknemer in een procedure niets meer te winnen is. Bij de kantonrechter kan het bedrag dan enkel nog omlaag als de rechter wel een voldragen grond c-h aanneemt. Hiermee wordt het ontslag in feite gereduceerd tot een onderhandeling binnen de bandbreedte van 1 tot 1,5 maal de transitievergoeding. Enkel in de zeer uitzonderlijke omstandigheden dat een werknemer aanspraak denkt te kunnen maken op een billijke vergoeding, zal nog een procedure bij de rechter nodig zijn. Hiermee wordt de door de WWZ-wetgever genoemde dejuridisering wat ons betreft weer een stap dichterbij gebracht.[48] Daarnaast verwachten wij dat wanneer de i-grond in de praktijk de functie van artikel 7:685 lid 2 (oud) BW gaat overnemen en ontbinding van de arbeidsovereenkomst net als onder het pre-WWZ-ontslagrecht in meer dan negentig procent van de verzoeken zal worden toegewezen,[49] de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aantrekkelijker wordt gemaakt voor de werkgever. Het is dan immers net zo eenvoudig als voor de WWZ om een ontbindingsverzoek te doen slagen, zij het dat de ontslagvergoeding met maximaal 1,5 maal de transitievergoeding sterk is gereduceerd.

5. Noodzakelijkheid i-grond

Hoe noodzakelijk is de i-grond nu eigenlijk? Natuurlijk, wij constateerden eerder in deze bijdrage dat er een probleem ligt besloten in de huidige toepassing van met name de d- en g-grond. Rechters toetsen deze gronden bijzonder streng, zo blijkt uit het grote percentage afwijzingen. Is dit probleem op een andere wijze op te lossen dan met de introductie van de i-grond, met alle hiervoor beschreven complicaties van dien? Volgens Dekker en Even zou een herformulering van de h-grond ook uitkomst kunnen bieden. Onder deze aangepaste h-grond gaat het dan om omstandigheden die thuishoren bij de gronden c tot en met g alsook totaal andere omstandigheden, waarbij de onvoldragen c tot en met g-grond op zichzelf ontoereikend is voor ontbinding, omdat dan niet is voldaan aan de eis dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.[50] Dekker en Even voegen daar nog aan toe dat desgewenst, en in lijn met het wetsvoorstel WAB, een extra vergoeding kan worden toegekend bij toepassing van de aangepaste h-grond. Volgens Dekker en Even zou invoering van hun voorstel, onder behoud van de mogelijkheid tot een extra vergoeding, discussie voorkomen omtrent de vraag of op de h-grond, dan wel op de nieuwe i-grond wordt ontbonden.[51] De oplossing van Dekker en Even doet echter afbreuk aan de gedachte dat de h-grond conform de parlementaire geschiedenis van de WWZ uitdrukkelijk niet tot doel heeft om onvoldragen overige gronden te compenseren. Wij menen dat een alternatieve oplossing bestaat die zowel de introductie van de i-grond als een ruimere invulling van de h-grond overbodig maakt, namelijk de benodigde ruimte zoeken in de bestaande d- en g-grond.

Op 16 februari 2018 wees de Hoge Raad twee beschikkingen over de invulling van de d- en g-grond.[52] In beide zaken gaat de Hoge Raad in op de wijze waarop de ontslaggronden moeten worden getoetst. Ten aanzien van de d-grond oordeelde de Hoge Raad dat aan de rechter een zekere mate van beoordelingsruimte toekomt om te bepalen of aan een voldragen ontslaggrond is voldaan. Hierbij geldt dat de door de werkgever aangedragen feiten en omstandigheden niet onomstotelijk hoeven komen vast te staan, maar dat kan worden volstaan met het 'voldoende aannemelijk maken' van deze feiten en omstandigheden.[53] Kortom, zowel ten aanzien van de feiten als de juridische kwalificatie ervan heeft de rechter een behoorlijke vrijheid. Laagland gaat zelfs zo ver dat zij stelt dat de werkgever de beoorde-

47 A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar WWZ-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', *TAP* 2016/264.

48 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5.

49 P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 160, tabel 3.55.

50 F.M. Dekker & J.H. Even, 'VAAN – VvA – WAB – Cumulatiegrond en vergoeding', *TAP* 2018/153.

51 F.M. Dekker & J.H. Even, 'VAAN – VvA – WAB – Cumulatiegrond en vergoeding', *TAP* 2018/153.

52 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 en HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.

53 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, r.o. 3.4.3 en 3.4.4.

lingsvrijheid heeft om het voldragen zijn van de ontslaggrond vast te stellen en dat de rechter vervolgens dient te onderzoeken of het besluit op de juiste wijze, met inachtneming van de procedureregels, tot stand is gekomen.[54] Hier zit een aanzienlijk grotere vrijheid dan in de lagere rechtspraak tot nog toe werd aangenomen.

Voorts besliste de Hoge Raad dat voor de g-grond niet vereist is dat sprake is van enige mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. De omstandigheid dat de werkgever van het ontstaan of voortbestaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt, staat op zichzelf evenmin aan ontbinding op de g-grond in de weg.[55] Voor de werkgever lijkt daarmee ook een lagere norm te liggen voor een voldragen g-grond dan in de praktijk tot nog toe werd aangenomen. Een ernstige en/of duurzame verstoring van de arbeidsverhouding wordt door de Hoge Raad niet langer als toetsingscriterium gezien, zo blijkt uit de uitspraak. De werkgever dient slechts voldoende aannemelijk te maken dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Ongeacht wie deze verstoorde relatie heeft veroorzaakt, kan vervolgens tot ontbinding worden overgegaan, zolang de werkgever maar niet doelbewust (= opzettelijk) een verstoorde relatie heeft gecreëerd om van de werknemer afscheid te kunnen nemen. Met deze inkleuring van de g-grond kan de werkgever wat ons betreft in alle situaties waarin daartoe aanleiding bestaat ontbinding van de arbeidsovereenkomst bewerkstelligen, omdat de Hoge Raad aan de g-grond *de facto* een uitleg geeft die al sterk overeenkomt met de verandering in de omstandigheden uit artikel 7:685 lid 2 (oud) BW. De i-grond voegt bij een dergelijk ruime benadering van de g-grond wat ons betreft niet veel toe.

6. Conclusie

Ondanks dat de eerste evaluatie pas vijf jaar na inwerkingtreding van de WWZ zou plaatsvinden, is in verscheidene onderzoeken al een probleem geconstateerd in het WWZ-ontslagrecht. Het realiseren van een ontslag is beduidend moeilijker geworden, waardoor 'vast alleen maar vaster' is geworden. Deze constatering heeft ertoe geleid dat vervroegd een aanpassing in het WWZ-ontslagrecht wordt voorgesteld. De in de WAB voorgestelde i-grond moet het mogelijk maken de arbeidsovereenkomst te ontbinden in situaties waarin wellicht geen sprake is van een voldragen ontslaggrond, maar waarin een einde van de arbeidsovereenkomst desondanks is gerechtvaardigd. Een oplossing die doet denken aan de oude 685-procedure, met daarbij een grote beoordelingsvrijheid voor de rechter. De aanvullende vergoedingsmogelijkheid wordt wettelijk gemaximeerd op een halve transitievergoeding, waarmee ontslag aanzienlijk goedkoper zou worden dan onder de toepassing van de kantonrechtersformule. In deze bijdrage bespraken wij dat de i-grond de nodige juridische complicaties met zich brengt, hetgeen aan de WWZ-doelstelling van een eenvoudiger ontslagrecht bepaald niet tegemoetkomt. De wijze van toetsing van de combinaties, de onduidelijke rol van de herplaatsingsplicht en de afwezigheid van een berekening voor de hoogte van de i-vergoeding maken dat de puntjes bepaald nog niet op de 'i' zijn gezet. Gelet op de ruime uitleg die de Hoge Raad aan zowel de d- als de g-grond heeft gegeven en de mogelijkheid die de rechter heeft om de Asscher-escape toe te passen, menen wij dat de wetgever wellicht wat voorbarig is met de introductie van de cumulatiegrond. De praktijk zou wat ons betreft eerst de gelegenheid moeten krijgen om binnen de nieuwe kaders van de Hoge Raad de ruimte die blijkbaar in het WWZ-ontslagrecht aanwezig is, te zoeken en te vinden.

Over de auteurs

Mr. dr. P. Kruit
Advocaat/partner bij Boontje Advocaten te Amsterdam en universitair docent Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

Mw. mr. L.V.V. Meijers
Advocaat bij Boontje Advocaten te Amsterdam.

54 F.G. Laagland, 'Bewijzen in de ontbindingsprocedure', *AR Updates* 2018-0214 en 0216.

55 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, r.o. 3.3.2.

Mr. drs. P.Th. (Pauline) Sick

Haastige spoed…

Inleiding bij het thema Wet arbeidsmarkt in balans

TRA 2018/69

Sinds ongeveer midden jaren '70 van de vorige eeuw is uit onderzoek bekend dat voetgangers over de hele wereld steeds sneller zijn gaan lopen. Dat geldt vooral voor bewoners van grote steden. Daarbij blijkt bovendien dat voetgangers in steden in rijke landen sneller lopen dan die in arme landen. Anders gezegd: de 'pace of life' (het levenstempo) ligt in economisch productieve landen hoger dan in minder productieve landen.[1]

Uit recenter onderzoek (uit 2007) dat naar dit onderwerp is gedaan, blijkt dat in de tien jaar daaraan voorafgaand het wandeltempo met gemiddeld 10% is opgeschroefd. Waar een voetganger in Malawi over (bijna) 20 meter (60 feet) 31,60 seconden deed, overbrugde een voetganger in Utrecht die afstand in 12,04 seconden.[2] Volgens de onderzoekers kan de toegenomen haast van mensen worden toegeschreven aan het gebruik van e-mail, sms en aan de steeds grotere druk om 24 uur per dag beschikbaar te zijn. Een van de onderzoekers liet bij de publicatie van het onderzoek weten bevreesd te zijn dat zonder "*upper limit*" aan deze ontwikkeling "*we will arrive in places before we have set off*".

Dat is misschien ook wel waar we inmiddels met ons arbeidsrecht zijn aanbeland: we komen alweer ergens aan, terwijl we nauwelijks zijn vertrokken. De inkt van de Wet werk en zekerheid (Wwz) is nog maar net opgedroogd, of we krijgen het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) uitgeserveerd. Nog geen drie jaar na de introductie van de Wwz, waarmee ons ontslagstelsel grondig op de schop ging, heeft het kabinet aanleiding gezien om op een aantal onderdelen daarvan reparatiewetgeving aan te kondigen. En dat terwijl de Wwz zelf ook al met ongekende snelheid door de Tweede en Eerste Kamer werd geloodst.

De vraag is of de arbeidsrechtpraktijk gediend is met dit hoge tempo aan wetswijzigingen. Die begint immers net een beetje aan de Wwz te wennen. De rechtspraak begint goed op stoom te komen met het beantwoorden van de vele rechtsvragen die de Wwz heeft opgeroepen. Natuurlijk is het beeld nog niet op alle onderwerpen volledig uitgekristalliseerd; dat kan ook niet in nog geen drie jaar tijd. De molens van de gerechtelijke procedure draaien nu eenmaal in hun eigen tempo, dat (gelukkig?) meer op dat van de voetganger uit Malawi lijkt dan van die uit Utrecht. Het aantal Wwz-uitspraken van de Hoge Raad sinds de inwerkingtreding van de Wwz is nog beperkt. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad met de beschikkingen die hij inmiddels heeft gewezen op een aantal belangrijke onderdelen duidelijk richting heeft gegeven. Anders gezegd: we beginnen onze wandelschoenen net een beetje in te lopen.

Zo worstelde de rechtspraktijk na de introductie van de Wwz met de vraag, of onder de Wwz de voorwaardelijke ontbinding nog steeds mogelijk is. In zijn eerste Wwz-beschikking van 23 december 2016 heeft de Hoge Raad daarop een bevestigend antwoord gegeven, en daarbij duidelijke handvatten geformuleerd voor de wijze waarop verzoeken daartoe door de rechter moeten worden behandeld.[3] De uitspraak werd verder uitgewerkt en deels gecorrigeerd in de *Vlisco*-beschikking.[4] Sinds die beschikking weten wij dat ook de appelrechter bevoegd is de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden. Daarmee kan de praktijk verder. Natuurlijk blijven er na *Mediant* en *Vlisco* nog verschillende vragen ten aanzien van de voorwaardelijke ontbinding over, maar die zullen in de praktijk vast verder worden beantwoord.

Een ander onderwerp waarover de Hoge Raad zijn duidelijke licht heeft laten schijnen is de billijke vergoeding. Die heeft rond de inwerkingtreding van de Wwz heel wat pennen in beweging gebracht. In de *New Hairstyle*-beschikking[5] heeft de Hoge Raad ten eerste duidelijk gemaakt dat het stelsel van de Wwz zich er niet tegen verzet dat bij het bepalen van de billijke vergoeding rekening wordt gehouden met de gevolgen van het ontslag, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Verder heeft de Hoge Raad in deze beschikking een aantal concrete gezichtspunten geformuleerd die een rol kunnen spelen bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. Uit twee beschikkingen die de Hoge Raad vervolgens over dit onderwerp heeft gewezen blijkt dat deze gezichtspunten ook gelden in geval van een werknemersverzoek tot ontbinding[6] en voor de billijke vergoeding als bedoeld in art. 7:683 lid 3 BW (de billijke vergoeding in hoger beroep als sprake is van een ten onrechte toegewezen ontbinding in eerste aanleg).[7] Zo vormt zich gaandeweg een steeds duidelijker kader voor de manier waarop de omvang van de billijke vergoeding moet worden bepaald.

Bij de introductie van de Wwz rezen ook vragen met betrekking tot de rol van het bewijsrecht. De hiervoor genoemde *Mediant*-beschikking maakte al duidelijk dat het bewijsrecht in ontbindingszaken in beginsel ten volle van toepassing is. Verdere duidelijkheid is door de Hoge Raad gegeven

1 Robert Levine, *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 1999.
2 Pace of life, Richard Wiseman, Universiteit van Hertfordshire, Groot-Brittannië, 2007.
3 ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*).
4 ECLI:NL:HR:2017:571 (*Vlisco*).
5 ECLI:NL:HR:2017:1187.
6 ECLI:NL:HR:2018:878.
7 ECLI:NL:HR:2018:857.

in een aantal beschikkingen van begin dit jaar.[8] Daarin helpt de Hoge Raad de ontbindingspraktijk, die historisch niet erg vertrouwd is met het bewijsrecht, verder op weg, door duidelijk te maken dat in het burgerlijk procesrecht voor bewijslevering niet steeds is vereist dat de relevante feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar dat kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden. Ook maakt de Hoge Raad duidelijk dat een werkgever meer ruimte heeft voor eigen beoordeling van de vraag of sprake is van een d-grond of een g-grond dan ook door de lagere rechtspraak als uitgangspunt werd genomen. Voorts lijkt met name de g-grond meer ruimte te bieden dan in de arbeidsrechtpraktijk aanvankelijk werd gedacht, nu de mate van verwijtbaarheid bij de verstoring van de arbeidsrelatie niet van overwegende betekenis is en ook de duurzaamheid en ernst van de verstoring van de arbeidsverhouding in de uitleg van de Hoge Raad aan betekenis lijken te hebben ingeboet. Zo dwarrelt ook het stof ten aanzien van de uitleg van de ontslaggronden langzaam neer.

Tot slot is in deze inleiding op dit themanummer ook de beschikking van de Hoge Raad het vermelden waard, waarin is bevestigd dat niet is uitgesloten dat een werknemer die rechtsgeldig op staande voet is ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding.[9] Hoewel veel rechtshulpverleners een zucht van ontzetting slaakten toen zij zich die mogelijkheid rond de introductie van de Wwz voor het eerst realiseerden, werd deze uitspraak begin dit jaar zonder veel ophef ontvangen. Ook daaruit blijkt dat 'we' inmiddels aan de Wwz beginnen te wennen.

Bij de introductie van de Wwz werd aangekondigd dat de wet in 2020 zou worden geëvalueerd. Je zou zeggen: dan moet er een goede reden zijn waarom die aangekondigde evaluatie niet gewoon kan worden afgewacht. Die is er niet wat mij betreft. In elk geval wordt die reden in de concept-MvT op de consultatieversie van de Wab niet gegeven. Maar los daarvan: de door het kabinet gesignaleerde 'knelpunten' lijken voor het merendeel toch niet zodanig groot dat die nu tot direct ingrijpen nopen – en zeker niet zonder gedegen en geïntegreerde evaluatie daarvan. Op basis van de eerste bevindingen is bovendien de verwachting alleszins gerechtvaardigd dat de praktijk zal leren omgaan met veel van de knelpunten die het kabinet blijkens de concept-MvT bij de Wab signaleert. En als dat niet gebeurt, lijkt 2020 vroeg genoeg om dat te evalueren. Blijkens de Wab kan het kabinet echter niet dat geduld opbrengen.

Breder kijkend lijkt het er bijna op alsof de haast waarmee het kabinet zich door het arbeidsrechtelijke landschap beweegt, hem het zicht belemmert op de echte uitdagingen waarvoor onze arbeidsmarkt staat. Er doen zich zeer belangrijke ontwikkelingen op de arbeidsmarkt voor die om een stevig antwoord vragen. Dat stevige antwoord blijft echter uit. Ik noem daarvan twee voorbeelden. Het eerste is de onstuimige groei van het aantal zzp'ers. Het kabinet lijkt niet goed te weten wat hij daarmee aan moet. De aankondiging dat de handhaving van de Wet DBA in elk geval tot 1 januari 2020 is opgeschort, is wat dat betreft tekenend. Het is uiterst zorgwekkend dat een duidelijke stellingname van het kabinet over, en regulering van, de juridische en fiscale positie van deze groep – van inmiddels meer dan 1 miljoen werkenden – zo lang uitblijft. Datzelfde geldt voor de groep van andere werkers met een onduidelijke arbeidsrechtelijke status als gevolg van een fenomeen als platformarbeid. De verwachting is dat deze groep werkers in de nabije toekomst alleen maar in omvang zal toenemen.

Een van de grote uitdagingen van onze arbeidsmarkt zal zijn hoe wij die toekomstbestendig maken in een wereld die in hoog tempo globaliseert en digitaliseert. Vanuit politiek Den Haag wordt echter niet zichtbaar initiatief genomen tot een breed maatschappelijk debat daarover. In plaats daarvan wordt de regulering van dit soort ontwikkelingen aan de rechtspraak overgelaten. Het is jammer dat het kabinet zich er blijkens de Wab tot op heden vooral toe beperkt om maar weer eens aan het boutje van de transitievergoeding en het schroefje van de ketenregeling te draaien. Dat doet echter geen recht aan wat de echte knelpunten van onze arbeidsmarkt zijn. De juist geschetste ontwikkelingen vragen om een fundamentele herbezinning op de ordening van onze arbeid.

Dat gezegd hebbend zullen we het voorlopig moeten doen met wat het kabinet ons wel geboden heeft. De redactie van *TRA* heeft in de Wab aanleiding gezien om de belangrijkste onderdelen daaruit kritisch te bespreken en daaraan dit themanummer te wijden. In zeven bijdragen van leden van de redactie worden de voorgestelde wijzigingen besproken met betrekking tot de rechtspositie van oproepkrachten (art. 7:628 BW); de proeftijd (art. 7:652 BW); de ketenregeling (art. 7:668a BW); de cumulatie van ontslaggronden (art. 7:671b BW); de transitievergoeding (art. 7:673 en art. 7:673e BW), de uitzendovereenkomst en payrolling (art. 7:691 lid 2 BW en art. 8a Waadi) en de premiedifferentiatie WW. De redactie hoopt daarmee een bijdrage te leveren aan de verdere ontwikkeling van het debat over deze thema's.

8 ECLI:NL:HR:2018:220 en ECLI:NL:HR:2018:182 (*Decor*).
9 ECLI:NL:HR:2018:484 (*Dräger*).

Prof. mr. S.S.M. (Saskia) Peters

Proeftijd XL: complexiteit die niet (ver)leidt tot meer vastigheid

TRA 2018/70

1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans ('Wab') verruimt de proeftijd ingeval de werkgever ofwel direct 'vast' met een werknemer contracteert, ofwel direct voor een bepaalde tijd van minimaal twee jaar. De maximale proeftijdduur gaat in het eerste geval van twee naar vijf maanden; in het tweede geval van twee naar drie maanden.

De verruiming van de maximale proeftijdduur in eerstbedoelde situatie ('direct vast') leidt niet alleen tot wijzigingen van art. 7:652 BW, maar ook van twee andere regelingen. Ten eerste art. 7:668a BW: waar nu tussen dezelfde partijen alleen tijdelijke contracten meetellen in de keten, voegt de Wab daaraan een tijdens de proeftijd opgezegd vast contract toe. Daarnaast art. 7:653 BW: de werkgever kan niet langer zonder meer rechten ontlenen aan een concurrentiebeding in een vast contract na een proeftijdontslag. Dat kan alleen als "het noodzakelijk is de werknemer aan het beding te houden vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen en de werkgever dit schriftelijk of elektronisch en gemotiveerd aan de werknemer mededeelt".

De beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 januari 2020. Voor arbeidsovereenkomsten gesloten vóór die datum blijft de huidige regeling gelden.[1]

2. Achtergrond regeling

Een belangrijk knelpunt als gevolg van de huidige vormgeving van de arbeidsmarkt is volgens het kabinet dat werkgevers terughoudend zijn werknemers in vaste dienst te nemen door de risico's en kosten die verbonden zijn aan het vaste contract. Werkgevers die dat wél doen, ondervinden concurrentie op arbeidsvoorwaarden van werkgevers die gebruikmaken van allerlei constructies om bedoelde kosten en risico's te vermijden. Dit leidt ook tot problemen aan werknemerszijde. Steeds minder mensen werken op basis van een vast contract[2] en met name voor kwetsbare groepen is er weinig perspectief op zekerheid. Het kabinet zet in op "het verkleinen van de kloof tussen vaste contracten en flexibele arbeid. Beoogd wordt dat het voor werkgevers aantrekkelijker wordt om een vast contract aan te gaan en dat voor werkenden meer perspectief op zekerheid ontstaat."[3] De belangrijkste oorzaak van de sterke flexibilisering van de Nederlandse arbeidsmarkt ligt volgens het kabinet in de grote verschillen in kosten en risico's die de wet aan vaste en flexibele arbeid verbindt. De inzet is daarom gericht op het verkleinen van die wettelijke verschillen.

Met de voorgestelde verlenging van de proeftijd denkt het kabinet te draaien aan de 'verleidingsknop': een proeftijd XL zou het voor werkgevers aantrekkelijker maken direct een vast contract te sluiten. Hiermee zouden de risico's van 'direct vast' worden verkleind, nu de werkgever langer de tijd heeft om te beoordelen of de werknemer voldoet.[4]

3. Commentaar

Ik beoordeel het voorstel aan de hand van de 'verleidingsdoelstelling' van de Wab, de 'vereenvoudigingsdoelstelling' van de Wwz, en de beschermingsfunctie van het ontslagrecht.

3.1 *Verleiding werkgever*

De noodzaak tot het verkleinen van de kloof tussen vaste contracten en flexibele arbeid wordt breed onderschreven. Het voor werkgevers aantrekkelijker maken een vast contract aan te gaan, kan bijdragen aan de realisering van dat doel. Echter: een langere proeftijd verandert vrijwel niets aan de (on)aantrekkelijkheid van het vaste contract vanwege de daaraan verbonden risico's en kosten.

Dat contract is zo kostbaar en risicovol vanwege de daaraan verbonden zware werkgeversverplichtingen, zoals de loondoorbetalings- en re-integratieverplichtingen bij ziekte.[5] Het risico zit niet in de relatief korte duur waarin werkgevers een nieuwe werknemer zonder zorgen kunnen beproeven. Bovendien: mochten zij de huidige proeftijdduur van twee maanden te kort vinden, dan zijn er al legio mogelijkheden zoals het sluiten van een – van rechtswege eindigend – 'proefcontract' alvorens vast met elkaar in zee te gaan. Wat voegt een vast contract met proeftijd van vijf maanden toe aan de huidige mogelijkheid van een tijdelijk contract ('op proef') voor zes maanden plus één dag met proeftijd van één maand? Werknemers zijn met het laatste beter af (zie onder 3.3). Werkgevers zullen heus niet vies zijn van een langere proeftijd, maar het is niet de vorm van risicoreductie of flexibiliteit waarop zij zitten te wachten.[6] Sterker nog: de voorstellen maken het vaste contract eerder *minder* aantrekkelijk voor werkgevers, nu zij bij een proeftijdontslag in beginsel geen rechten meer kunnen ontlenen aan een concurrentiebeding (zie het voorgestelde art. 7:653(5) BW).[7]

1 Art. VII conceptwetsvoorstel Wab.
2 Zie daarover concept-MvT Wab, p. 15.
3 Concept-MvT Wab, p. 14.
4 Concept-MvT Wab, p. 18 en 64.
5 Zie mijn oratie, *TRA* 2016/32.
6 Zie Reactie VNO-NCW/MKB-Nederland, Internetconsultatie Wab, p. 7-8.
7 Voorts moet werkgever dan alsnog de hoge WW-premie betalen (MvT, p. 83-84).

Het lijkt dus onwaarschijnlijk dat deze maatregel werkgevers de gewenste richting in zal duwen. Daarbij komt dat de maatregel *werknemers* een prikkel geeft die haaks staat op het werknemersmobiliteit bevorderende arbeidsmarktbeleid. Volgens dat beleid moeten werknemers niet vast in 'vast' zitten, maar er lustig op los transitioneren. Met deze proeftijdmaatregel wordt 'vast' echter nog vaster. Werknemers zullen nog minder geneigd zijn hun vaste baan op te geven voor een uitdaging elders, als de nieuwe baan weliswaar mooi is verpakt in een vast contract, maar vijf maanden lang elk moment weer kan worden 'afgepakt'. De verlengde proeftijd is voor hen zeer risicovol. Velen zullen niet in de positie verkeren dat risico er helemaal uit te onderhandelen. Mogelijk wel deels, maar met een proeftijd van bijvoorbeeld vier maanden blijft de baanwissel een groot waagstuk.

Er zit ook een innerlijke tegenstrijdigheid in de voorstellen. Enerzijds moeten werkgevers worden verleid tot 'direct vast', maar tegelijkertijd wordt 1. de ketenregeling verruimd, zodat werkgevers meer opeenvolgende (kortere) tijdelijke contracten kunnen geven; en mag 2. bij een tijdelijk contract van ten minste twee jaar de proeftijd maar liefst drie maanden gaan duren.[8] Welke werkgever laat zich door vijf maanden proeftijd tot 'direct vast' verleiden, als hij een 'proefcontract' met elke gewenste lengte en mét proeftijd kan afsluiten, daarop nog een tijdelijk contract kan laten volgen én dit alles in de geruststellende gedachte dat de relatie als de werknemer bijvoorbeeld ziek of zwanger wordt alsnog van rechtswege eindigt?

3.2 *Vereenvoudiging ontslagrecht*

Het kabinet memoreert de doelstelling van de Wwz om het ontslagrecht eenduidiger en eenvoudiger te maken,[9] maar dit voorstel doet het tegendeel. Zo is de maximale proeftijdduur nu een *of* twee maanden. Het voorstel voorziet in maar liefst vier wettelijke maxima: een, twee, drie of vijf maanden. Dat is niet alleen nodeloos ingewikkeld, maar is gelet op het doel van de proeftijd ook niet uit te leggen (zie hierna onder 3.3).[10]

Daarnaast geeft de verlenging van de proeftijd allerlei nieuwe misbruikmogelijkheden, zoals het kabinet onderkent. Daarom wordt zij geflankeerd door anti-misbruikregels in zowel art. 7:652 BW (nieuw lid 5) als in art. 7:668a BW (nieuw lid 2b). Verder leidt zij tot wijziging van art. 7:653 BW: een werkgever kan geen rechten meer ontlenen aan een concurrentiebeding in een vast contract na een proeftijdontslag 'tenzij'.[11] Die 'tenzij' is weer anders vormgegeven dan de (door de Wwz ingevoerde) 'tenzij' bij een tijdelijk contract, wat de regeling van het concurrentiebeding verder compliceert.[12]

Verder lijkt mij niet onaannemelijk dat naarmate de periode waarin een werknemer elke vorm van ontslagbescherming ontbeert langer wordt, de kantonrechter vaker zal oordelen dat een proeftijdontslag in strijd is met goed werkgeverschap. Dat is niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid en leidt tot verdere juridisering van het proeftijdontslag.

3.3 *Bescherming werknemer*

De verlengde proeftijd wordt in de concept memorie van toelichting (hierna: concept-MvT) aangemerkt als een 'substituut voor het aangaan van een tijdelijk contract'.[13] Het op één lijn stellen van proeftijd en tijdelijk contract verhult een groot probleem dat aan het voorstel kleeft: de vérgaande aantasting van de werknemersbescherming.

De werkgever krijgt de mogelijkheid een vast in dienst genomen werknemer gedurende maar liefst vijf maanden van de ene op de andere dag op straat te zetten om elke willekeurige[14] reden. De vrijwel rechteloze periode van de proeftijd is – gelet op het doel van de proeftijd – op zich best uit te leggen. De werkgever mag gedurende korte tijd risicoloos bezien wat voor vlees hij in de kuip heeft. Er is echter geen enkele reden waarom hij daarvoor nu opeens vijf maanden nodig zou hebben of waarom hij bij een vast contract vijf keer zo lang op de werknemer zou moeten studeren als bij een jaarcontract. Die 'vijf maanden escape' heeft natuurlijk maar één reden en dat is werkgevers verleiden tot 'vast' – ten koste van de rechtspositie van de werknemer.[15] Een dergelijke maatregel kan niet bijdragen aan de doelstelling kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt meer perspectief op zekerheid te geven.

Sterker nog: het voorstel kan het einde van de ontslagbescherming van bepaalde groepen werknemers betekenen. De FNV heeft erop gewezen dat bepaalde groepen werknemers, bijvoorbeeld zomervakantiekrachten, die nu op een kort tijdelijk contract (met bijbehorende rechtsbescherming!) in dienst worden genomen, straks een vast contract met vijf maanden proeftijd kunnen verwachten.[16] De enige zekerheid die hun dat oplevert is dat het vast en zeker door een proeftijdontslag zal eindigen.

"Aan de aanpassing van de proeftijd staan geen internationale verplichtingen in de weg", stelt de concept-MvT simpelweg.[17] Duidelijk moge zijn dat die enkele opmerking onvoldoende is. Enige spanning met internationale normen inzake opzegtermijnen, deugdelijke ontslaggronden, bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag en redelijke proeftijdtermijnen kan deze regeling toch niet worden ontzegd.

8 Zie A.A. Pelser-Stekelenburg & S. Gerritse, 'De verlengde proeftijd: een wenselijke wijziging?', *TAP* 2018/60.
9 Concept-MvT Wab, p. 14.
10 Vergelijk Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, p. 16.
11 Zie par. 1.
12 Ibid, p. 17.
13 Concept-MvT Wab, p. 93.
14 Zo lang zij maar niet discriminatoir is.
15 Vergelijk Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, p. 15 en Pelser-Stekelenburg & Gerritse (zie voetnoot 8), p. 15.
16 Reactie FNV Internetconsultatie Wab, p. 12-13.
17 Concept-MvT Wab, p. 66.

Mr. M. (Marize) Verhagen

De nieuwe ketenbepaling: de regeling voor werk of werkloosheid?

TRA 2018/71

1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wab wijzigt de ketenregeling op drie punten. Allereerst wordt de maximumtermijn van de keten van arbeidsovereenkomsten verruimd van twee naar drie jaar. Daarmee wordt gedeeltelijk teruggegrepen naar de ketenregeling voor de inwerkingtreding van de Wwz. Ten tweede wordt het mogelijk om de tussenpoos van tijdelijke contracten terug te brengen naar drie maanden indien de aard van het werk daarom vraagt. Dit is het geval bij terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende een periode van negen maanden kan worden verricht. De eis dat er sprake is van klimatologische of natuurlijke omstandigheden komt te vervallen. Het kan dus ook gaan om terugkerend tijdelijk werk dat niet valt onder seizoenswerk. Ten derde is de ketenregeling niet van toepassing op invalkrachten in het primaire onderwijs die werkzaam zijn op basis van kortdurende contracten voor bepaalde tijd ter vervanging van een zieke leerkracht.[1]

De beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 januari 2020. Er geldt geen overgangsrecht. Dit betekent dat de nieuwe ketenregeling van toepassing is op alle arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die op of na 1 januari 2020 eindigen.

2. Achtergrond regeling

De ketenregeling is één van de bekendste – en meest omstreden – regels uit ons arbeidsrecht. Veel werknemers die werkzaam zijn op basis van tijdelijke arbeidscontracten, krijgen er vroeg of laat mee te maken. Hoe vroeg of laat dat is, is al jaren onderwerp van discussie.

Sinds de introductie van de ketenregeling met de inwerkingtreding van de Wfz in 1999 is de ketenregeling meer dan eens op verschillende punten aangepast. De meest recente aanpassing vond drie jaar geleden plaats met de invoering van de Wwz. Per 1 juli 2015 is de ketenregeling aangepast met het doel ongewenst langdurig verblijf van werknemers in de flexibele schil tegen te gaan.[2] De vraag of de 'nieuwe' ketenregeling ook daadwerkelijk aan dit doel zou bijdragen – of juist het tegenovergestelde teweeg zou brengen – was ten tijde van de parlementaire behandeling al opgeworpen.[3]

Het huidige kabinet snijdt dit controversiële onderwerp met het conceptwetsvoorstel wederom aan. Het kabinet onderkent dat zowel werkgevers als werknemers niet gebaat zijn bij de huidige ketenregeling. De regeling biedt beide partijen onvoldoende ondersteuning bij het aangaan van een arbeidsrelatie die aansluit bij de aard van het werk en hun behoeften. Werkgevers beschikken niet over de flexibiliteit die voor hen noodzakelijk is, terwijl het voor werknemers zinvol kan zijn om voor een langere tijd op basis van bepaalde tijd contracten te werken.[4]

Het verlengen van de maximumtermijn van de ketenregeling zorgt voor opbouw van werkervaring, wat van doorslaggevend belang kan zijn voor de werkgever om een werknemer uiteindelijk een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden. Daarnaast is de mogelijkheid om sectoraal af te wijken van de tussenpoos in het leven geroepen om meer maatwerk te bieden waar nodig. Het is aan de cao-partijen om te bepalen voor welke functies afwijking van de tussenpoos noodzakelijk is en welke voorwaarden hieraan verbonden worden. De uitzondering van de invalkracht voor de zieke werknemer in het primaire onderwijs zorgt ervoor dat invalkrachten op tijdelijke basis kunnen invallen, zonder dat er op een zeker moment een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Het kabinet voert aan dat invalkrachten niet graag voor een kortdurende vervanging worden ingezet, omdat zij dan snel het maximale aantal overeenkomsten binnen de keten bereiken.[5] Veel schoolbesturen hebben voornamelijk moeite met het vinden van kortdurende noodzakelijke vervanging bij ziekte, omdat invalkrachten liever voor een langere periode als invaller op dezelfde school werkzaam zijn.[6]

3. Commentaar

In de ogen van het kabinet wordt er met het voorstel een ketenregeling gecreëerd die de hiervoor benoemde knelpunten zou kunnen wegnemen en de schade van de Wwz op deze punten herstelt. Voordat ik de drie beoogde wijzigingen van inhoudelijk commentaar voorzie, acht ik allereerst een algemene opmerking op haar plaats.

Dat de ketenregeling zo nu en dan onder de loep wordt genomen en wordt geëvalueerd, is een goede ontwikkeling. Uit onderzoek van het CPB blijkt namelijk dat veel werknemers werkzaam zijn op basis van een tijdelijk contract.[7] De tabel uit de concept-MvT laat eenzelfde beeld zien voor de jaren

1 Zie voor de concept wettekst Voorstel van wet Wab, te raadplegen via www.overheid.nl.
2 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 12-15.
3 Zie bijvoorbeeld de motie van de leden Voortman/Pieter Heerma in *Kamerstukken II* 2014/15, 33818, 73 of het debat van 2 juli 2015 in *Handelingen II* 2014/15, 113104.
4 Zie concept-MvT Wab, par. 2.2.
5 Concept-MvT Wab, par. 2.2.
6 Het kabinet baseert de wenselijkheid van deze wijziging op twee onderzoeken: 'Evaluatie CAO afspraken Primair Onderwijs', Andersson Elffers Felix, juni 2017 en 'Vervanging geregeld. Een QuickScan van de effecten van de Wwz', *PenthaRho Organisatie en Ontwikkeling*, februari 2017.
7 Uit onderzoek van het CBP blijkt dat in 2015 21,1% van de werkende bevolking werkzaam was op basis van een flexibel contract. Binnen deze flexibele schil had 36% van de werknemers een tijdelijk contract (waarvan 15% uitzicht had op een vast contract).

2016 en 2017.[8] De ketenregeling voorkomt dat werknemers vast komen te zitten in een draaideur van opeenvolgende tijdelijke contracten en zorgt ervoor dat werknemers na een periode van onzekerheid een sterkere positie verwerven. Voor de werkgever is het van belang dat er steeds opnieuw wordt bezien of de ketenregeling nog aansluit bij de behoefte aan het behoud van een zekere flexibele schil. Door veranderlijke marktomstandigheden is het voor een werkgever van belang om wendbaar te blijven. Een onnodig strenge ketenregeling zou aan die noodzaak afbreuk kunnen doen.

Uit de enquête van de VAAN-VvA werkgroep kunnen we afleiden dat de verkorting van de maximumtermijn in 2015 niet heeft geleid tot een snellere doorstroom naar vaste arbeid.[9] In het licht van de in dit opzicht falende Wwz vind ik de lijmpoging van het kabinet begrijpelijk. De argumenten die het kabinet voor de verlenging van de maximumtermijn aanvoert, vind ik echter niet sterk. Uiteraard kan het nuttig zijn voor een starter om met het oog op de opbouw van werkervaring een langere tijd op basis van tijdelijke contracten te werken. Maar geldt dit ook voor de oudere werknemer die na een jaar WW weer instroomt in zijn oude vak? Universiteit Leiden vraagt zich – mijns inziens terecht – af waar het kabinet de verwachting op baseert dat werknemers die nu na twee jaar moeten vertrekken straks na drie jaar wel een vast contract krijgen.[10] Als we het conceptwetsvoorstel moeten geloven heeft dit met het extra jaar werkervaring te maken. Dit argument vind ik vergezocht. Ik betwijfel of dat jaar extra werkervaring een werkgever uiteindelijk over de streep trekt. Indien dit wel het geval is, is één van de doelstellingen van de Wab behaald: de werkgever behoudt flexibiliteit en de werknemer krijgt uiteindelijk de zekerheid waar hij op heeft gewacht. Keerzijde van deze wijziging is echter dat het uitzicht op een vast contract met een jaar naar achteren wordt geschoven en dat werknemers wellicht na drie in plaats van twee jaar zonder werk komen te zitten. Zo wordt de kloof tussen vast en flex juist groter.[11]

Ook bij tweede wijziging plaats ik kritische kanttekeningen. Nergens uit de concept-MvT blijkt dat de praktijk vraagt om een uitbreiding van de ketenregeling betreffende terugkerend tijdelijk werk. Het kabinet onderbouwt niet waarom deze uitbreiding noodzakelijk is en waar er zich problemen voordoen. Daarnaast laten het CNV en de FNV – de partijen die notabene met de nieuwe mogelijkheid zullen gaan werken – zich ook negatief uit over deze uitbreiding. Volgens de FNV is de uitbreiding van de regeling zinloos en de CNV stelt dat de huidige afwijkingsmogelijkheid voor seizoenswerk meer dan genoeg ruimte biedt om maatwerk te leveren.[12] Of de uitbreiding daadwerkelijk zinloos is, is naar mijn mening nog niet te zeggen. Gezien de reacties van de vakbonden verwacht ik echter dat er weinig gebruik zal worden gemaakt van deze afwijkingsmogelijkheid. Afwijking bij cao vereist immers medewerking van de bonden. Indien de sociale partners wel gebruik maken van deze mogelijkheid brengt de matige afbakening met zich dat meer werknemers structureel werkzaam zullen zijn op basis van een tijdelijk contract. Het criterium “als de aard van het werk daarom vraagt” is nogal breed. Van “flex minder flex” maken, is dus duidelijk geen sprake. Ik deel de mening van Universiteit Leiden in hun reactie dat deze brede formulering de deur op een kier zet voor werkgevers om aan de onderhandelingstafel bedrijfseconomische factoren mee te laten wegen.[13] Het is aan de vakbonden om hier alert op te zijn en de grenzen te bewaken.

Dat het kabinet in de Wab naar een oplossing zoekt voor het tekort aan invalkrachten, is gezien de nieuwsberichten van de afgelopen jaren geen vreemde stap.[14] Het kabinet stelt dat we uit de Evaluatie CAO afspraken Primair Onderwijs 2017 kunnen afleiden dat er behoefte is aan een afwijkende regeling voor invalkrachten en dat de huidige regeling de scholen belemmert in het organiseren van vervanging.[15] Dat er voor het tekort aan invalkrachten een oplossing moet worden gevonden, onderschrijf ik, maar ik betwijfel of de beoogde wijziging de juiste is.[16] Ik sluit mij wel aan bij de mening van de VAAN-VvA Werkgroep dat deze groep flexibele werknemers meer zekerheid dient te krijgen; ze kunnen immers structureler op dezelfde school worden ingezet.[17] Ik vraag mij alleen wel af waarom het kabinet vindt dat deze afwijkingsmogelijkheid bij wet geregeld dient te worden en bij de sociale partners moet worden weggetrokken. Ik ben van mening dat de onderhandelingsvrijheid van de vakbonden zonder deugdelijke onderbouwing wordt ingeperkt. De eerste en juiste stap is dat de sociale partners bij de onderhandelingen voor de nieuwe cao een oplossing trachten te vinden voor dit probleem. Het kabinet had op haar beurt moeten wachten.

Samenvattend ben ik van mening dat de wijzigingen de benodigde onderbouwing missen. Van de uitbreiding van de ketenregeling betreffende terugkerend tijdelijk werk zie ik momenteel zelfs de noodzaak niet in. Eén van de doelstellingen van de Wab, het verkleinen van de kloof tussen vast en flex en het bieden van meer zekerheid aan werknemers, wordt niet behaald. De flexibiliteit van werkgevers wordt wel vergroot, maar ten koste van de kans op zekerheid van de werknemer. Het enige dat de werknemer echt zeker weet, is dat hij straks structureler en langer op basis van tijdelijke contracten kan worden ingezet. Voor de ene werknemer zal dit beter uitpakken dan voor de ander. Een betere balans voor *de hele arbeidsmarkt* wordt met deze wijzigingen dus niet bereikt.

8 Concept-MvT Wab, p. 16.
9 VAAN-VvA, *Evaluatie onderzoek WWZ 2016,* p. 82.
10 Reactie Universiteit Leiden Internetconsultatie Wab, 7 mei 2018, p. 3.
11 Ik kan mij daarom vinden in de reactie van de VAAN-VvA werkgroep op dit punt, zie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 27-28.
12 Reactie CNV Internetconsultatie Wab, 7 mei 2018, p. 2 en Reactie FNV Internetconsultatie Wab, 30 april 2018, p. 2.
13 Reactie Universiteit Leiden Internetconsultatie Wab, 7 mei 2018, p. 4.
14 Zie bijvoorbeeld: ‘Tekort aan invalkrachten op scholen door flexwet’, *NRC* 28 november 2016 en ‘Invalkrachten op scholen zijn schaars’, *AD* 25 augustus 2017.
15 Voor de huidige regeling zie art. 3.5 en 3.5a Cao Primair Onderwijs 2016-2017.
16 Ik laat de mogelijke invloed van het lerarentekort op het tekort aan invalkrachten buiten beschouwing.
17 Reactie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 30.

Prof. mr. B. (Barend) Barentsen

Transitievergoeding

TRA 2018/72

1. Voorgestelde regeling

De transitievergoeding (art. 7:673 BW e.v.) wordt in de Wab op verschillende punten aangepast. Parallel aan dit conceptwetsvoorstel loopt ook al het nog door de vorige regering ingediende voorstel om de mogelijkheid om bij cao een afwijkende vergoeding af te spreken te verruimen en om werkgevers die na twee jaar ziekte ontslaan te compenseren voor de transitievergoeding die zij moeten betalen.[1] De Wab amendeert dat laatste voorstel op onderdelen, maar ik concentreer mij in deze bijdrage op de andere wijzigingen. Voor een goed begrip van de tekst van de Wab is het wel nodig om dat parallelvoorstel in het oog te houden.[2]

De Wab schrapt de voorwaarde dat een arbeidsovereenkomst 24 maanden moet hebben geduurd voordat er recht bestaat op transitievergoeding. Ook bij afloop van een korter dienstverband heeft de werknemer dus aanspraak op transitievergoeding.

De transitievergoeding wordt wel verlaagd. Nu is zij voor de eerste tien dienstjaren 1/6e maandsalaris per half jaar, over de meerdere jaren bedraagt zij 1/4e maandsalaris per half dienstjaar. Die hogere vergoeding bij langdurige dienstverbanden vervalt. Ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer recht op 1/3e maandsalaris per dienstjaar. De nieuwe transitievergoeding wordt niet meer per zes maanden, maar per jaar berekend. Wel wordt in het nieuwe art. 7:673 BW bepaald dat de vergoeding naar rato wordt vastgesteld voor zover de diensttijd een gedeelte van een jaar bedraagt. Thans wordt de transitievergoeding stapsgewijs, per half jaar, opgebouwd.

Ten slotte introduceert de Wab een compensatieregeling voor kleine ondernemers. Wanneer zij hun bedrijf sluiten wegens pensionering of arbeidsongeschiktheid, kunnen zij de transitievergoeding declareren bij het UWV.

2. Achtergrond regeling

Veel werkgevers blijken tegen de transitievergoeding aan te hikken. Ook een grote werkgever als de ING heeft vlak voor invoering van de Wwz nog geprobeerd een aantal arbeidskrachten te 'lozen' om te voorkomen dat er transitievergoeding zou moeten worden betaald.[3] Nu pakt de transitievergoeding aanzienlijk lager uit dan een vergoeding conform de kantonrechtersformule, maar daar hebben zeker kleinere werkgevers geen boodschap aan. Die regelden een ontslag doorgaans via het UWV en dan was er gewoonlijk in het geheel geen vergoeding verschuldigd.

Ook in de concept-MvT Wab wordt geconstateerd dat de huidige regeling het kostenverschil tussen een kort en een lang dienstverband te groot maakt. Na tien jaar wordt de vergoeding hoger, tot twee jaar is er helemaal geen vergoeding verschuldigd. Dat kan ertoe leiden dat werkgevers, net als bij de ketenregeling, erop aansturen hun contracten niet langer dan twee jaar te laten duren. De regering meent dat het kostenargument niet bepalend mag zijn voor de keuze om al of niet langdurig met een werknemer in zee te gaan.[4] Een ander knelpunt dat in de concept-MvT wordt geconstateerd is dat werknemers met een kort dienstverband van transitievergoeding verstoken blijven.[5]

De regering acht het ook onwenselijk dat kleine werkgevers op hoge kosten worden gedreven als zij overgaan tot bedrijfssluiting wegens pensionering of arbeidsongeschiktheid. Ook in dat geval is de werkgever transitievergoeding verschuldigd aan de werknemers die hun baan verliezen als gevolg van de stopzetting van het bedrijf. Dat kan ertoe leiden dat de werkgever zijn eigen (pensioen)reserves moet aanspreken om de transitievergoeding te voldoen. Anders dan tegenvallende bedrijfsresultaten, ziet de regering ziekte en pensionering niet als een normaal ondernemersrisico dat voor rekening van de werkgever behoort te komen.[6] Nu er al een regeling voor compensatie van transitievergoeding bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid in de maak is, wordt er in de Wab bij die regeling aangehaakt voor kleine werkgevers die hun bedrijf staken. Over de langdurig zieke werknemer wordt nog opgemerkt dat ook deze regering het onwenselijk acht de werkgever met zowel de kosten van loondoorbetaling en re-integratie bij ziekte als een transitievergoeding wordt belast.[7]

3. Commentaar

Het weghalen van de tweejaars-drempel, zorgt ervoor dat het verschil tussen een vast en een tijdelijk contract minder groot wordt. De werkgever zal minder dan nu worden geprikkeld om aan te sturen op een dienstverband van 23 maanden. De overgang, ik zou haast zeggen transitie, van een tijdelijk contract naar een meerjarig of zelfs vast contract wordt geleidelijker. Ook de afschaffing van de halfjaarsgewijze opbouw past daar goed bij.

De prijs die werknemers daarvoor moeten betalen is dat ze de hogere vergoeding over het elfde en volgende dienstjaren verliezen. Zeker voor wat oudere werknemers met een

1 Voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Kamerstukken II* 2017/18, 34699, 2.

2 De Wab wijzigt bijvoorbeeld de tekst van art. 7:673e BW, dat nu nog niet bestaat, maar wel in voorstel 34699 is opgenomen.

3 'Bedrijven lozen uitzendkrachten; Asscher boos op ING', *de Volkskrant* 9 april 2015 (www.volkskrant.nl/economie/bedrijven-lozen-uitzendkrachten-asscher-boos-op-ing~bce3919e/).

4 Concept-MvT Wab, p. 66-67.

5 Concept-MvT Wab, p. 66.

6 Concept-MvT Wab, p. 78.

7 Concept-MvT Wab, p. 78.

lang, maar eenzijdig arbeidsverleden bij een werkgever, kan dat nadelig zijn. Aan de andere kant is en blijft het zo dat de transitievergoeding hoger is naarmate de arbeidsrelatie langer heeft geduurd. In die zin is de wellicht lastiger zoektocht naar ander werk na een langdurig dienstverband nog steeds in de vergoeding verdisconteerd. Daar komt bij dat de duur van het dienstverband niet per se iets zegt over de behoefte aan financiering van de transitie naar nieuw werk. Een werknemer die een jaar of zes ergens gewerkt heeft, krijgt ongeveer twee maansalarissen mee. Bij een modaal inkomen valt daar niet zo gek veel aan cursussen of herbronnende sabbaticals mee te financieren, terwijl de behoefte daaraan toch heel groot kan zijn. Ook de ernst van de gevolgen van het ontslag hangt niet recht evenredig samen met de duur van de arbeidsrelatie, maar de transitievergoeding wel.

Dat is nu eenmaal de keuze geweest die is gemaakt in de Wwz, en de Wab levert wat dat aangaat niet meer op dan wat gerommel in de marge. Wat opvalt, is dat de transitievergoeding in de concept-MvT vooral in termen van kostenpost voor de werkgever wordt besproken. Dat is ergens ook wel logisch, nu het hoogst twijfelachtig is of deze wettelijke vergoeding daadwerkelijk bedoeld is om transitie te bevorderen. De werknemer is immers vrij in de besteding ervan, en heeft er ook recht op als hij direct nieuw werk vindt. Het is veeleer een forfaitaire beloning voor trouwe dienst, uit te betalen bij een niet door de werknemer gewenst einde van het dienstverband. In feite gaat het om een gehalveerde kantonrechtersformule-vergoeding (C=1). Wel moet gezegd worden dat in het al gememoreerde voorstel 34699 de mogelijkheid voor cao-partijen om af te wijken van art. 7:673 BW wordt verruimd. De cao-voorziening hoeft niet langer 'gelijkwaardig' te zijn aan de wettelijke, maar moet wel gericht zijn op het voorkomen van werkloosheid of het beperken van de gevolgen daarvan. Gek genoeg zouden arrangementen die afwijken van de wet veel sterker gekoppeld zijn aan het doel dat de wet beweert te dienen. Ook de VAAN/VvA constateert dat het in de Wab eigenlijk helemaal niet lijkt te gaan over het doel van de transitievergoeding.[8]

Dat werknemers ook na afloop van een kort contract transitievergoeding krijgen, gaat hen waarschijnlijk niet veel helpen. Bij een niet voortgezet jaarcontract zou het gaan om een vergoeding ter hoogte van 1/3e maandsalaris. Misschien zou een lagere drempel, van bijvoorbeeld zes maanden in plaats van de huidige twee jaar toch het overwegen waard zijn. Het scheelt werkgevers iets aan loon- en administratiekosten en werknemers schieten toch nauwelijks iets op met de transitiefooi van (maximaal) 1/6e maandsalaris.[9]

De verlaging van de transitievergoeding bij langduriger dienstverbanden werkt natuurlijk ook door bij ontslag op de cumulatiegrond. In dat geval is een extra vergoeding verschuldigd die maximaal de helft van de reguliere transitievergoeding bedraagt. Als compensatie voor ontslag op een (enigszins) onvoldragen grond, laat staan als afschrikmechanisme voor werkgevers die te snel naar de i-grond zouden willen grijpen, stelt dat niet heel veel voor. Bovendien is het de vraag waarom er een extra vergoeding zou moeten worden betaald, als de rechter van oordeel is dat de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs moet eindigen én er geen sprake is van verwijtbaar handelen van de werkgever. Ook het karakter van de vergoeding is wat onduidelijk. Volgens de regering is het uitdrukkelijk geen transitievergoeding. Maar wat dan wel?

Het is al de vraag of de compensatieregeling voor ontslag wegens langdurige ziekte wel zo'n gelukkige keuze is. De Raad van State is daar terecht kritisch over.[10] Waarom moet er nu zo'n ingewikkelde en ten dele fraudegevoelige regeling worden opgetuigd, zodat werkgevers geen last hebben van de transitievergoeding voor langdurig arbeidsongeschikten? Het argument dat het discriminatoir zou zijn om hen uit te sluiten van transitievergoeding overtuigt niet. Zij zitten nu eenmaal niet in een vergelijkbare positie als gezonde werknemers, al was het maar omdat de werkgever al flink in hun transitie heeft geïnvesteerd. (Ik geef toe dat het transitie-karakter van de vergoeding niet heel hard is, zie hiervoor.) Het forfaitaire karakter van de vergoeding kan zowel voor werkgevers als werknemers nadelig uitpakken, zie Peters in *TRA* 2015/88. Dat is eerder reden om de hele regeling op de helling te zetten dan met knip- en plakwerk vermeende gebreken te verhelpen.

Een verdere uitbreiding van het declaratiesysteem tot bedrijfssluitingen in het kleinbedrijf is in dat licht alleen al onverstandig. Bovendien zijn de voorwaarden voor de compensatie (pensioen of arbeidsongeschiktheid) zo niet fraudegevoelig, dan toch in zekere mate beïnvloedbaar door de betrokken ondernemer. In ieder geval berust het staken van het bedrijf, ook al is de ondernemer ziek of oud, op een keuze. Verkoop van de onderneming of voortzetting in afwezigheid van de eigenaar zijn in een aantal gevallen mogelijk. De VAAN/VvA heeft er ook terecht op gewezen dat het voorstel niet duidelijk maakt hoe groot het probleem eigenlijk is.[11] Bestaat er echt behoefte aan de compensatieregeling? Daarbij moet bedacht worden dat de regeling, die spreekt van pensioen of arbeidsongeschiktheid van de *werkgever*, kennelijk alleen ziet op natuurlijke personen die werknemers in dienst hebben en die hun bedrijf staken. Komt het nog heel vaak voor dat ondernemingen met personeel in die juridische vorm worden gedreven? De gedachte dringt zich op dat de Wab hier een micro-probleem met een ingewikkelde regeling wil oplossen, die dan ook nog eens voor een heel kleine groep zou gelden.

De balans opmakend, valt de keuze voor het schrappen van de tweejaarsdrempel goed te begrijpen. Ook de verlaging van de transitievergoeding zou heel wel verdedigbaar kunnen zijn, maar dan is eigenlijk eerst nodig dat duidelijk wordt gemaakt waar deze vergoeding voor is bedoeld.

8 Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 42-43.
9 Zie in die zin B. Barentsen, E.L.H. van der Vos & A.M. de Witte, *Reactie Internetconsultatie Wab* 7 mei 2018, onder 4.
10 Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34699, 4.
11 Notitie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 43.

Mr. R.A.A. (Rogier) Duk, mr. A. (Arnold) Keizer & mr. H.W.M.A. (Harry) Staal

Cumulatie van ontslaggronden

TRA 2018/73

1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wab maakt het mogelijk de arbeidsovereenkomst te doen beëindigen als het in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren vanwege een optelsom van ten minste twee van de gronden (c) tot en met (h). Deze cumulatiegrond wordt geplaatst in art. 7:669 lid 3 onder i BW (de 'i-grond') en luidt als volgt:

> "i. een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden bedoeld in de onderdelen c tot en met h die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren."

Indien de kantonrechter ontbindt op de i-grond kan hij aan de werknemer een vergoeding toekennen van ten hoogste de helft van de transitievergoeding die de werkgever op grond van art. 673 lid 1 en lid 3 BW aan de werknemer verschuldigd is (voorgesteld art. 7:671b lid 8 BW).

De beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 januari 2020. Het voorgestelde artikel VIII geeft weer dat de cumulatiegrond kan worden toegepast bij verzoekschriften na inwerkingtreding. Ook voor hoger beroep geldt dat de startdatum van de procedure in eerste aanleg bepalend is.[1]

2. Achtergrond regeling

Het concept voor een memorie van toelichting ('MvT') onderkent dat het gesloten stelsel van ontslaggronden leidt tot knelpunten.[2] Het kabinet wenst vaste contracten aantrekkelijker te maken; werkgevers moeten er op kunnen vertrouwen dat ontslag mogelijk is als de huidige ontslaggronden geen soelaas bieden, maar een einde van de relatie wel redelijkerwijs aan de orde is.[3] Hiermee wordt de verwachting uitgesproken dat de gewenste doorstroom van 'flex naar vast' met de voorgestelde maatregel bevorderd wordt.

Cumulatie van iedere (onvoldoende voldragen) grond (c) tot en met (h) is mogelijk. Er is voor gekozen om cumulatie niet te beperken tot bijvoorbeeld een combinatie van disfunctioneren (d) en verstoorde arbeidsverhouding (g). Een combinatie van de (a) of (b) grond en een andere ontslaggrond is niet mogelijk. De (a) en (b) gronden staan in eerste aanleg ter beoordeling van het UWV. Een dergelijke combinatie zou tot onduidelijkheid leiden over de aangewezen ontslagroute.[4]

De concept-MvT geeft aan dat de enkele wens tot beëindiging onvoldoende is.[5] Hetzelfde geldt als partijen niet meer door één deur kunnen, waarvoor de (g)-grond de route blijft. De rechter kan (volgens de concept-MvT) de i-grond ook ambtshalve toepassen (art. 25 Rv).[6]

De extra vergoeding van maximaal 50% van de transitievergoeding is een mogelijkheid, geen verplichting. De rechter zal zowel de toekenning als de omvang moeten motiveren. De hoogte hangt af van de mate waarin aan de cumulerende gronden is voldaan. Als één of meer ontslaggrond(en) 'bijna voldragen' is/zijn, kan dit aanleiding zijn om de extra vergoeding achterwege te laten of te verlagen.[7] De extra vergoeding vormt een 'compensatie' voor de ontoereikendheid van afzonderlijk aangedragen ontslaggronden. Zij staat los van de billijke vergoeding die gekoppeld blijft aan ernstig verwijtbaar handelen en/of nalaten van de werkgever.[8]

3. Commentaar

Verhouding tot doelstellingen Wwz. De Wwz introduceerde een gesloten stelsel van ontslaggronden.[9] De wetgever beoogde met dit nieuwe stelsel 'de voorspelbaarheid van de uitkomst van een ontslagprocedure' te vergroten, waardoor ontslag eenvoudiger, sneller en eerlijker zou worden.[10] De smeerolie van een (hogere dan neutrale) vergoeding bij zwakke ontslagdossiers verdween. Een onvoldragen grond dient tot afwijzing van het ontbindingsverzoek te leiden.[11] Deze instructie vond haar weerslag in de praktijk. 75% van de kantonrechters geeft in elk geval te kennen minder snel te ontbinden sinds de Wwz de norm stelt.[12] Jurisprudentieonderzoek van de VAAN en de VvA bevestigt dit beeld: 79% van de verzoeken op de d-grond wordt afgewezen.[13]

De invoering van de cumulatiegrond zet dit gesloten stelsel op een forse kier. Hoewel de statistieken tekenend zijn voor de vastheid van het contract voor onbepaalde duur en corri-

1 Ibid.
2 Concept-MvT Wab, p. 60.
3 Concept-MvT Wab, p. 18.
4 Ibid.
5 Concept-MvT Wab, p. 62.
6 Ibid. Deze veronderstelling is overigens – met een dergelijke stelligheid – onjuist. De aanvulling zou immers anders, onder zekere omstandigheden, niet (enkel) de rechtsgronden betreffen, maar de grondslag van het verzoek zelf.
7 Ibid.
8 Concept-MvT Wab, p. 63.
9 De restgrond (art. 7:669 lid 3 onder (h) BW) is immers voorbehouden aan buitencategorieën: *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38-39 en *Kamerstukken II* 2013/14, 338187, p. 130.
10 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5.
11 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 86-87.
12 J.H. Bennaars et al., *Evaluatie ontslaggronden WWZ*, HSI, Amsterdam: UVA, 2016, p. 21 (hierna: het HSI rapport).
13 A.R. Houweling et al., *VAAN-VvA Evaluatie-onderzoek WWZ*, Den Haag: BJu 2016, p. 17.

gerend handelen van de wetgever niet onbegrijpelijk is, is de keuze voor een cumulatiegrond onzes inziens ongelukkig.

Ten eerste leidt de wijziging tot meer complexiteit zonder dat het noodzakelijkerwijs de geconstateerde knelpunten oplost. De optelsom van gronden tot één voldragen cumulatiegrond verraadt een bijna mathematische benadering van het ontslagrecht, die de praktijk moeilijk verdraagt. Is bij aantoonbaar disfunctioneren – zonder verbetertraject – 50% (of enig ander percentage) van de cumulatie-emmer gevuld? Voegt een verschil van mening over de wijze van uitvoering van de functie 30% toe? En als de werknemer twee keer te laat komt, loopt de ontbindingsemmer dan over? Of misschien toch maar *mediation* voor die ontbrekende 20%? Gevallen laten zich niet in percentages vatten en de implicatie dat dit wel kan, leidt onvermijdelijk tot gebrek aan eenduidigheid.

Ten tweede lost de cumulatiegrond bepaalde probleemgevallen niet op. Bijvoorbeeld: een werknemer disfunctioneert op een sleutelfunctie, en de werkgever vindt het in de gegeven situatie – terecht? – onverantwoord verbetering (over zes maanden?) af te wachten. En: een werknemer heeft moeite met de 'upgrading' van zijn functie, en krijgt daardoor problemen met een collega die wél 'bij de tijd' is. Beide gevallen zijn niet goed onder de in lid 3 genoemde gevallen te brengen, waardoor cumulatie ook niet aan de orde is. Kortom, de complexiteit neemt toe, terwijl een wezenlijke toename van de kans op ontbinding niet te voorspellen is en het stelsel niet alle probleemgevallen oplost. Het is vooral dweilen met de kraan open door de aard van het 'gesloten' stelsel van ontslaggronden. De houdbaarheid van de arbeidsverhouding laat zich onzes inziens maar moeilijk in een beperkt aantal afgebakende (al dan niet cumulerende) gronden vatten.

Ten derde kan de cumulatiegrond tot onnodige verharding van de procedure leiden. Werkgeversadvocaten zullen veelal (subsidiair) de i-grond aan gaan voeren om de ontbindingskansen te vergroten. Bij gebrekkige disfunctioneringsdossiers in het bijzonder worden werkgevers gestimuleerd om óók een (gedeeltelijke?) verstoring van de arbeidsverhouding te onderbouwen. Zowel in de voorbereidingsfase als in de ontbindingsprocedure zelf zal de focus niet alleen liggen op feitelijke afweging van iemands functioneren, maar zullen de onderlinge verhoudingen op scherp komen te staan. Wij betwijfelen of dit recht doet aan een 'eerlijker' stelsel, zoals de Wwz voorstond.

Onduidelijke reikwijdte. De wetgever geeft weinig richting aan de manier waarop de rechter de cumulatiegrond zou kunnen toepassen. De woorden 'in redelijkheid niet kan worden gevergd' lijken enger dan het oogmerk van de concept-MvT om te kunnen ontbinden als 'een einde van de arbeidsovereenkomst *redelijkerwijs aan de orde is*'.[14] Tegelijkertijd spreekt de wetgever bij bespreking van de extra vergoeding van meer of minder aanwezig zijn van voldragen gronden. Dit impliceert dat rechters meer ruimte krijgen om de cumulatiegrond toe te passen. Zoals de VAAN-VvA in haar commentaar al aangaf, leidt cumulatie van de restgrond (h) met een andere grond tot een mogelijk ruim bereik.[15] In de finale MvT is op zijn minst nadere duiding wenselijk.

Ontbinding vs. opzegging. Een extra vergoeding bij toepassing van de cumulatiegrond geldt niet bij opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dit lijkt logisch, omdat de cumulatiegrond niet op de a- of b-grond ziet ter behoud van het exclusieve domein van het UWV. De wetgever staat echter niet stil bij gevallen waarin de reguliere preventieve toets ontbreekt, maar een redelijke grond vereist blijft. Het betreft hier werknemers genoemd in art. 7:671 lid 1 onder (d) (huishoudelijke hulp), (e) (statutair bestuurder) en (f) (geestelijke) BW.[16] Bij opzegging komt deze werknemers de transitievergoeding (art. 7:673 lid 1(a)(1°) BW) toe alsook, bij gebreke van een redelijke grond, herstel (groep d) of een billijke vergoeding (groepen e en f, art. 7:682 leden 2 en 3 BW). Maar dus geen extra vergoeding. Het beschermingsniveau van deze groepen neemt alsdan af zonder dat hun de aanvullende compensatie wordt geboden. De concepttoelichting op de Wab benoemt dit gevolg of deze groepen in het geheel niet. Het is wenselijk dat deze ogenschijnlijke lacune wordt gedicht – door bijv. toevoeging van een nieuw *c* aan art. 7:682 leden 2 en 3 BW – óf dat wordt onderbouwd waarom de extra vergoeding niet toekomt aan één of meer van deze groepen.[17]

Omvang vergoeding en verhouding tot billijke vergoeding. In de internetconsultatie stellen Universiteit Leiden en de NOvA voor om de extra vergoeding in Eurobedragen te maximeren. De onderliggende gedachte delen wij, namelijk dat het thans voorgestelde maximum in voorkomende gevallen niet het beoogde 'maatwerk' biedt. De extra vergoeding vormt een 'compensatie' voor het feit dat een enkele ontslaggrond onvoldragen is. In combinatie met de eveneens voorgestane versobering van de transitievergoeding, heeft deze compensatie slechts beperkt effect. In 2016, werkte 68% van de 7.9 miljoen werknemers minder dan

14 Concept-MvT Wab, p. 18.

15 VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, Notitie, 4 mei 2018, p. 36.

16 De werknemer werkzaam in het bijzonder onderwijs, als bedoeld in art. 7:671 lid 1 onder (h) BW scharen wij hier niet onder, aangezien de reguliere preventieve toets enkel niet geldt indien (i) de opzegging is gelegen in handelen of nalaten van de werknemer onverenigbaar met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de onderwijsinstelling; en (ii) een commissie van beroep is ingesteld en toetst. Het ligt in de rede dat een ontbinding op de i-grond veelal nog aan de kantonrechter is voorbehouden, hoewel competentiegeschillen mogelijk zijn (cumulatie van (f) en (h)-grond bijvoorbeeld). Vgl. ook reactie minister Asscher op het amendement op dit punt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 52 en 57).

17 Men zou bijvoorbeeld de mening kunnen zijn toegedaan dat de positie van de statutair bestuurder er onder de Wwz op vooruit is gegaan (standaard transitievergoeding, billijke vergoeding als geen redelijke grond versus 681(oud)-vergoeding met een drukkend effect van de hoge bomen vangen veel wind jurisprudentie), waardoor een lichte correctie en minder ruimte voor een billijke vergoeding voor statutair bestuurders (art. 7:682 lid 3 BW) gerechtvaardigd zou kunnen zijn.

tien jaar bij dezelfde werkgever.[18] Daardoor zal deze extra vergoeding in het merendeel van de gevallen niet meer dan anderhalf maandsalaris omvatten. Daarnaast verwachten wij dat het effect van de extra vergoeding bij toekenning van een billijke vergoeding vervluchtigt. In de concept-MvT zegt het kabinet van oordeel te zijn dat beide vergoedingen los van elkaar staan.[19] Het ligt echter in de rede dat de extra vergoeding een aftrekpost vormt bij de begroting van de billijke vergoeding, zoals dat nu ook al vaak (geheel of ten dele) gebeurt met de transitievergoeding in navolging van de *New Hairstyle*-beschikking.[20] Daarbij komt dat de Wab leidt tot een gecompliceerder stelsel waarin de scheidslijn tussen de cumulatiegrond en bijvoorbeeld de *Asscher-escape*[21] dun is. De beperkte hoogte van de extra vergoeding afgezet tegen de situatie waarin de financiële sluisdeuren van de billijke vergoeding opengaan, duidt in onze opvatting op een onevenwichtigheid. Deze onevenwichtigheid kan worden geredresseerd door een duidelijke keuze tussen een open en een gesloten stelsel, waarbij bijvoorbeeld de h-grond breder inzetbaar is voor de kantonrechter en de ontslaggronden (c) tot en met (g) gereduceerd worden tot een gezichtspuntencatalogus.[22] Naar analogie verwijzen wij naar art. 7:678 lid 2 BW. Deze niet-limitatieve opsomming van dringende redenen heeft de afgelopen 110 jaar bewezen dat een dergelijk systeem ruimte laat voor verdiscontering van maatschappelijke (en andere) ontwikkelingen.

18 CBS 23 april 2018: www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/17/1-op-3-werkt-10-jaar-of-langer-bij-dezelfde-werkgever.

19 Concept-MvT Wab, p. 63.

20 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.5.

21 Het uitgangspunt dat een onvoldragen ontslaggrond tot afwijzing leidt en niet financieel gecompenseerd kan worden, kan uitzondering leiden als een onvoldoende onderbouwd ontbindingsverzoek op de d-grond leidt tot een verstoorde arbeidsverhouding. Ontbinding met een billijke vergoeding is dan mogelijk, aldus minister Asscher in *Handelingen I* 2013/14, 33818, 32-14-10.

22 Zie over deze mogelijkheid ook het commentaar NOvA (par. 26) en VAAN-VvA (par. 4.1).

Rechtspositie van oproepkrachten (verder) versterkt?

TRA 2018/74

1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans ('Wab') behelst vijf voorstellen die de rechtspositie van oproepkrachten beïnvloeden. Specifiek gaat het om de positie van werknemers met oproepovereenkomsten met uitgestelde prestatieplicht ('mup'),[1] waarbij 'de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgesteld'.

- *Ten eerste* kan genoemde doelgroep niet (langer) verplicht worden gehoor te geven aan een oproep die minder dan vier dagen van tevoren aan hen bekend is gemaakt (art. 7:628a lid 2 BW).
- *Ten tweede* moeten werkgevers die een gedane oproep alsnog intrekken binnen vier dagen voor aanvang van de arbeid, toch loon betalen (art. 7:628a lid 3 BW). Van de in lid 2 en lid 3 genoemde termijnen kan bij cao worden afgeweken, mits minimaal een dag resteert (art. 7:628a lid 4 BW). Alleen schriftelijke of elektronische oproepen en afzeggingen zijn rechtsgeldig.
- *Ten derde* worden de termijnen genoemd in art. 7:628a lid 2 BW (vier dagen) en art. 7:628a lid 4 BW (korter dan vier dagen maar ten minste een dag) ook leidend voor de door oproepkrachten in acht te nemen opzegtermijn (art. 7:672 lid 5 BW).
- *Ten vierde* dienen werkgevers aan oproepkrachten die twaalf maanden bij hen werkzaam zijn geweest een vaste arbeidsomvang aan te bieden, gebaseerd op de gemiddelde maandelijkse arbeidsduur in de twaalf voorgaande maanden (art. 7:628a lid 5 BW). Bij de berekening van deze termijn worden eventuele tussenpozen van ten hoogste zes maanden buiten beschouwing gelaten (lid 6). Blijft een aanbod achterwege dan heeft de werknemer toch aanspraak op loon over genoemde gemiddelde arbeidsomvang (lid 7). Afwijking van art. 7:628a BW ten nadele van de werknemer is niet toegestaan (lid 8).
- *Ten vijfde* moet op de loonstrook vermeld worden of sprake is van een schriftelijk aangegane arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en of daarin[2] de omvang van de arbeid eenduidig is vastgelegd.

2. Achtergrond regeling

Oproepovereenkomsten mup zijn te onderscheiden in zogenoemde 'nulurencontracten' en 'min-maxcontracten'. Beide varianten geven oproepkrachten weinig tot geen inkomenszekerheid. Bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Wfz)[3] werden daarom al maatregelen genomen om hun (inkomens) positie te versterken. Zo kwam er een rechtsvermoeden van de arbeidsomvang (art. 7:610b BW) en werd een minimale looncompensatie (art. 7:628a lid 1 BW) toegekend aan werknemers met een niet of niet eenduidig vastgelegde arbeidsomvang of 'met een arbeidsomvang van minder dan vijftien uur per week, waarbij de tijdstippen voor het verrichten van arbeid niet vooraf zijn vastgelegd'.[4] Zij hebben voor iedere oproep van minder dan drie uur aanspraak op ten minste drie uurloon. Dat kan tot gevolg hebben dat over bepaalde tijdvakken dubbele beloning ontstaat. In 2013 oordeelde de Hoge Raad[5] dat dit niet in strijd is met de tekst van art. 7:628 lid 1 BW. Integendeel, de Hoge Raad overwoog dat (de mogelijkheid van) dubbele beloning juist strookt met het beschermende karakter van deze bepaling. Dit prikkelt immers de werkgever het werk zodanig in te richten dat de werknemer niet meermalen per dag voor telkens een korte periode wordt opgeroepen, dan wel dat de werknemer financieel wordt gecompenseerd voor de daarmee gepaard gaande onzekerheid.[6] Vervolgens is bij de Wwz de mogelijkheid die art. 7:628 lid 5 (oud) BW bood aan de werkgever om de loondoorbetaling gedurende zes maanden of bij cao (onbeperkt) langer uit te sluiten, ingeperkt tot alleen die in de cao bepaalde functies, die zich naar hun aard kenmerken door werkzaamheden met een incidenteel karakter en (dus) geen vaste omvang hebben.

Het kabinet stelt zich de vraag of dit alles voldoende effect heeft gehad. Als contra-indicatie mag gelden dat de oproepformule onverminderd populair is onder werkgevers. Inmiddels werken bijna 946.000 werknemers op oproepbasis,[7] een verdrievoudiging ten opzichte van de ongeveer 300.000 oproepkrachten in 1996.[8] Slechts een deel van de oproepkrachten is economisch onafhankelijk en het armoederisico onder oproepkrachten is hoog.[9] Rechters interpreteren het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW in geval van min-maxcontracten soms zuinig door dit vast te stellen op

1 Blijkens de concept-MvT bij de Wab, p. 29, ziet de regeling niet op zogenoemde 'voorovereenkomsten' waarbij pas een arbeidsovereenkomst ontstaat als aan een oproep gehoor wordt gegeven. Deze worden ook in deze korte bijdrage buiten beschouwing gelaten.

2 Vanuit taalkundig oogpunt kan 'daarin' slaan op 'arbeidsovereenkomst' of op 'arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd'. Vanuit het doel om zekerheid voor werknemers te bevorderen (zie hierover concept-MvT Wab, p. 88), valt de eerstgenoemde lezing te prefereren.

3 Wet van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 300 en *Stb.* 1998, 74.

4 Concept-MvT Wab, p. 30.

5 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907, *JAR* 2013/140.

6 Overigens is het arrest ook wel als 'te legistisch' aangeduid; zie F.M. Dekker, 'De minimumloongarantie van art. 7:628a BW', *TAP* 2013/6, p. 228-235.

7 Concept-MvT Wab, p. 30.

8 A.T.J.M. Jacobs, *Ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2001, p. 99.

9 Zie concept-MvT Wab, p. 30-31 (voetnoten 39 t/m 44). Zelfs als studerende en schoolgaande oproepkrachten worden uitgezonderd, is slechts 35 procent financieel zelfstandig.

het minimum overeengekomen aantal uren, in plaats van op de gemiddelde arbeidsomvang over de referteperiode. Dat is, aldus het kabinet, niet in overeenstemming met wat de wetgever destijds voor ogen stond.[10] Bovendien is het aantal rechtszaken gering, hetgeen volgens het kabinet impliceert dat het voor oproepkrachten lastig kan zijn de aan hen toegekende rechtsbescherming daadwerkelijk te handhaven.[11]

3. Commentaar

Zal de Wab een betere balans in de arbeidsmarkt voor oproepkrachten weten te bewerkstelligen, waar de Wfz, de Wwz en bovengenoemd arrest uit 2013 te weinig gewicht in de schaal legden? Blijkens de reactie van de werkgroep VAAN/VvA verdienen de voorstellen nogal wat verheldering op detailniveau.[12] Zo kan bijvoorbeeld de reikwijdte van de beoogde bepalingen preciezer worden gedefinieerd. Strekt de extra bescherming voor oproepovereenkomsten 'waarvan de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgelegd', zich uit tot alle min-maxcontracten? Of gaat het, anders[13] dan in het huidige art. 7:628a lid 1 BW, alleen om (nulurencontracten en) contracten met een minimum arbeidsomvang van minder dan 15 uur? En zo ja, moeten dan – binnen deze '15-min-categorie' – situaties waarbij de arbeidsomvang wél eenduidig is vastgesteld,[14] worden uitgezonderd of juist niet? De onduidelijkheid over de exacte omvang van de doelgroep is vooral fnuikend als het gaat om de verplichting voor de werkgever in de dertiende maand een oproepovereenkomst aan te bieden van minimaal de gemiddelde maandelijkse omvang van de arbeid in de voorafgaande twaalf gewerkte maanden (de zogenoemde 'vastklikregeling'). Hoe verhoudt zich dit tot art. 7:610b BW, waar, bij min-maxcontracten, het rechtsvermoeden niet (altijd) tot uitgangspunt wordt genomen in gevallen waarin voor de aard van de specifieke arbeid pieken en dalen juist kenmerkend zijn?[15] Denk bijvoorbeeld aan oproepcontracten voor werkzaamheden die een seizoenmatig karakter hebben.

De vraag is voorts of het op deze en sommige andere punten aanscherpen van de gebruikte formuleringen in de Wab voldoende is voor het bereiken van de beoogde doelen. Het kabinet wil met de voorgestelde maatregelen 'nodeloze' permanente beschikbaarheid en langdurige inkomensonzekerheid voorkomen in die gevallen waarin de aard van het werk dat niet vereist.[16] Onbetwistbaar neemt inderdaad de *inkomensonzekerheid* van oproepkrachten af door werkgevers te verplichten tot loondoorbetaling als zij een gedane oproep binnen vier dagen voor aanvang van de werkzaamheden intrekken, alsook door de invoering van genoemde vastklikregeling na twaalf gewerkte maanden.[17] *Nodeloze beschikbaarheid* wordt bovendien beperkt als werknemers weten dat ze hiertoe geen verplichting hebben wanneer ze niet uiterlijk vier dagen van te voren zijn opgeroepen.[18] Deze minimale meldingstermijn biedt uiteraard geen garantie dat de betrokken oproepkracht in die periode daadwerkelijk ander werk zal kunnen vinden. Interessant is wel dat het kabinet op dit punt enkel het arbeidsovereenkomstenrecht in lijn brengt met de Arbeidstijdenwet waarin deze vierdagentermijn en ook de schriftelijkheidseis al zijn neergelegd.[19] In Duitsland bestaat een soortgelijke minimale oproepperiode.[20]

(Hoe) Gaan deze verbeteringen op papier nu ook in praktijk een beter uitgebalanceerde verhouding tussen oproepkracht en werkgever verzekeren? Het kabinet poogt daartoe, meer dan in het huidige recht, rekening te houden met het zogenoemde 'doenvermogen' van oproepkrachten.[21] Zo is bepaald dat alleen schriftelijke of elektronische[22] oproep en intrekking daarvan rechtsgeldig zijn. In combinatie met een verplichte melding op de loonstrook van een al dan niet eenduidig vastgelegde arbeidsomvang, creëren deze vormvereisten een sterkere bewijspositie van de oproepkracht bij het claimen van zijn rechten. En voor een oproepkracht die twaalf maanden geduld betracht (én in die periode ook effectief tewerk wordt gesteld), verschuift uiteindelijk het initiatief tot formele vaststelling van de (vanaf dan te garanderen) feitelijke arbeidsomvang naar de werkgever. Of de voorstellen daadwerkelijk leiden tot een beter (machts)evenwicht tussen oproepkrachten en werkgever, valt lastig te voorspellen, al was het maar omdat dit van meer afhangt dan de Wab vermag. Factoren als de mate van arbeidskostenconcurrentie, de organisatiegraad van oproepkrachten en (het behoud van) toegankelijke rechtshulp spelen ook een rol. Een belangrijke prikkel voor naleving en tevens voorwaarde voor succesvolle handhavingsacties, is echter de handhaafbaarheid van het recht. Op dat punt geven de (nog iets te verbeteren) wijzigingsvoorstellen zowel een steuntje in de rug aan het bonafide bedrijfsleven als aan oproepkrachten die hun 'doenvermogen' durven aan te spreken.

10 Concept-MvT Wab, p. 32.
11 Concept-MvT Wab, p. 33.
12 Zie VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 19 e.v.
13 Zie de formulering in de concept-MvT Wab, p. 30, 32-33.
14 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3943, Rb. Noord-Nederland 20 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3002.
15 Rb. Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:883.
16 Concept-MvT Wab, p. 33.
17 Het voorstel sluit op dit laatste punt aan bij sectorale regelingen in de zorgsector (cao VTT 2016-2018 en cao GGZ 2015-2017); concept-MvT Wab, p. 36.
18 De werkgroep VAAN/VvA vraagt zich af wat rechtens is als korter dan vier dagen voor aanvang van de arbeid de opdracht vervalt en de werkgever de oproepkrachtwerknemer andere passende werkzaamheden aanbiedt. Is de werkgever daartoe bevoegd én is de werknemer dan gehouden die werkzaamheden te accepteren? Het beoogde art. 7:628a lid 2 BW lijkt te suggereren dat het antwoord op de laatste vraag negatief is. Dit wordt bevestigd in de MvT Wab, p. 36 (2e alinea), alsmede dat het antwoord op de eerste vraag positief is.
19 Zie art. 4:2 lid 3 Arbeidstijdenwet jo. art. 4:1 lid 2 Arbeidstijdenwet, aangehaald in concept-MvT Wab, p. 34, 103.
20 Concept-MvT Wab, p. 35.
21 Concept-MvT Wab, p. 37, onder verwijzing naar de WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid,* Den Haag: WRR-rapport nr. 97, 2017.
22 De mogelijkheid van elektronische opgave sluit aan bij art. 7:655 BW. Onduidelijk is wat hieronder wordt verstaan. Mail? Whats app? Via sociale media of een site van de werkgever? De rechtspraak accepteert elektronische communicatie ook als deze niet expliciet is voorgeschreven, maar wel de eis van schriftelijkheid geldt. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 juni 2015, *JAR* 2015/173 inzake art. 7:668 lid 1 BW.

Prof. mr. F.G. (Femke) Laagland

Payrolling: het initiatiefwetsvoorstel maar dan net iets anders

TRA 2018/75

1. Voorgestelde regeling

Het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) vertoont op het terrein van payrolling veel overeenkomsten met het initiatiefwetsvoorstel van de linkse partijen PvdA, GroenLinks en SP uit november 2017. Ook de Wab introduceert een definitie van payrolling (art. 7:692 BW en art. 1 lid 1 (g) Waadi), stelt het verlichte ontslagregime buiten toepassing (art. 7:692a BW) en legt in de Waadi vast dat payrollwerknemers recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers direct bij de inlener in dienst (art. 8a Waadi). De gelijkenis tussen beide voorstellen verbaast niet nu de regeling in zowel de Wab als het initiatiefwetsvoorstel erop is gericht het concurreren op arbeidsvoorwaarden aan banden te leggen. Er zijn een paar verschillen. Zo biedt de Wab payrollwerknemers recht op een adequate in plaats van een gelijkwaardige pensioenvoorziening. Uit de concepttoelichting blijkt dat is gedacht aan de plusregeling van StiPP vanaf de eerste dag van ter beschikkingstelling.[1] Verder vallen werknemers in dienst van een personeels-BV binnen concernverband ook onder de regeling inzake gelijke arbeidsvoorwaarden (art. 8a lid 7 Waadi).

2. Achtergrond regeling

Het gebruik van payrolling als juridische constructie heeft de laatste jaren een enorme vlucht genomen. Hoewel de praktijk verschillende vormen van payrolling kent, is doorgaans sprake van werving en selectie van een werknemer door een opdrachtgever waarna het payrollbedrijf de beoogd werknemer in dienst neemt en exclusief aan de opdrachtgever ter beschikking stelt. Payrolling kent op basis van het huidige recht verschillende economische voordelen. Zo is het payrollbedrijf als werkgever primair verantwoordelijk voor de loonbetaling bij ziekte en de daaraan verbonden re-integratie. Ook valt de arbeidsrelatie doorgaans buiten het bereik van de toepasselijke cao en pensioenregeling van de inlener of de sector waarbinnen de inlener actief is.

In de loop van tijd is op wetgevingsniveau reeds een aantal regelingen tot stand gebracht waaraan payrollwerknemers bescherming kunnen ontlenen. Op grond van de regeling inzake inlenersaansprakelijkheid kunnen payrollwerknemers bij de inlener terecht met hun loonclaim (art. 7:616a BW). Verder heeft art. 20 Ontslagregeling tot doel payrollwerknemers dezelfde ontslagbescherming te bieden als reguliere werknemers. Deze bepaling verklaart de situatie bij de inlener bepalend bij de beoordeling of de payrollwerkgever tot ontslag kan overgaan. De wederindiensttredingsvoorwaarde van art. 22 Ontslagregeling sluit hierbij aan. De ontslagbescherming is echter gerelateerd aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor die tijd is van een gelijke behandeling met reguliere werknemers geen sprake. Dit is een gevolg van de arresten *C4C/StiPP* en *Leerorkest* waarin de Hoge Raad overwoog dat art. 7:690 en 7:691 BW geen allocatiefunctie vereisen.[2] Sindsdien wordt aangenomen dat ook payrollcontracten vallen onder het verlichte regime van art. 7:691 BW. Hierdoor is de ketenregeling pas van toepassing na 26 weken met een mogelijkheid tot uitbreiding tot 78 weken bij cao. Deze regel geldt ook voor het uitzendbeding zodat de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer gedurende deze periode eindigt als de derde de opdrachtovereenkomst met het payrollbedrijf beëindigt. Hoewel de Hoge Raad in het arrest *C4C* een opening laat om art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio wordt voorkomen, lijkt de praktische waarde hiervan gering. Het huidige recht biedt ondernemers aldus tal van economische voordelen om werknemers niet direct maar via een payrollbedrijf in dienst te nemen. Dat payrollbedrijven – net als uitzendbureaus – vallen onder de relatief dure sector 51 voor de premies werknemersverzekeringen doet aan deze voordelen iets maar niet veel af.

3. Commentaar

Over het initiatiefwetsvoorstel van de linkse partijen heeft de afdeling advisering van de Raad van State zich op 19 februari van dit jaar kritisch uitgelaten.[3] Nu het huidige voorstel in de Wab eenzelfde opzet en vormgeving kent, is het advies ook nu van waarde. Twee observaties uit het advies zijn interessant ter bespreking.

De Raad van State benoemde allereerst dat een afzonderlijke behandeling van het onderwerp niet de voorkeur verdient (zie p. 3-4). Aan dit punt van kritiek wordt tegemoetgekomen nu de Wab payrolling in samenhang met andere arbeidsrechtelijke hervormingen behandelt. Aan de andere kant wees de Raad van State expliciet naar de loondoorbetaling bij ziekte en de regels inzake zzp'ers en juist deze twee onderwerpen ontbreken in de Wab. Vooral het onderwerp van de zzp'ers baart zorgen. Als het gebruik van payrolling aan banden wordt gelegd, is de kans groot dat ondernemers (meer dan reeds het geval is) hun toevlucht zoeken in (schijn) constructies met zelfstandigen. Zolang een duidelijke visie op de problematiek rondom zelfstandigen ontbreekt (wetsvoorstel is aangekondigd voor 2020), leidt de voorgestelde regeling inzake payrolling enkel tot een verschuiving van het probleem.

1 Concept-MvT, p. 53-54.

2 HR 4 november 2016, *JAR* 2016/286 (*C4C/StiPP*) en HR 2 december 2016, *JAR* 2017/16 (*Leerorkest*).

3 *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, 4.

Het tweede punt heeft betrekking op de definiëring van het begrip payrollovereenkomst. Ter afbakening met de uitzendovereenkomst hanteert het initiatiefwetsvoorstel twee afbakeningscriteria: (i) de overeenkomst komt niet tot stand in het kader van het bij elkaar brengen van vraag en aanbod; en (ii) er is sprake van exclusiviteit. De Raad van State stelde dat het onderscheid tussen payrolling en uitzending minder eenvoudig te trekken valt dan het initiatiefwetsvoorstel en de toelichting suggereren en deed een oproep de afbakeningscriteria te heroverwegen (zie p. 15). Het kabinet geeft aan deze oproep in de Wab geen gehoor; de definitie in het voorgestelde art. 7:692 BW is gelijk aan het initiatiefwetsvoorstel. Zoals de Raad van State opmerkte kan de definiëring grote gevolgen hebben voor de uitzendbranche. Het bij elkaar brengen van vraag en aanbod is namelijk gerelateerd aan de individuele overeenkomst (eerste afbakeningscriterium). Het komt regelmatig voor dat een uitzendbureau een werknemer krijgt aangedragen door de inlener en deze werknemer vervolgens aan de betreffende inlener ter beschikking stelt. In het licht van de huidige definitie sluit het uitzendbureau dan een payrollovereenkomst met de uitzendkracht. Uiteraard is het mogelijk in de overeenkomst op te nemen dat de inlener toestemming verleent de werknemer ergens anders ter beschikking te stellen (tweede afbakeningscriterium). Maar ook op dit criterium valt het nodige af te dingen. Is het enkel opnemen van een dergelijke clausule voldoende om aan de kwalificatie van een payrollovereenkomst te ontkomen? Een bevestigend antwoord maakt de payrollovereenkomst wel erg eenvoudig te omzeilen. Dat lijkt mij niet beoogd. Naast de clausule zal de feitelijke situatie bepalend zijn. Dat houdt in dat ook uitzendbureaus te maken kunnen krijgen met de regels inzake payrolling. Of het kabinet zich van deze consequentie bewust is geweest, valt niet eenduidig uit de concepttoelichting op te maken (zie enkel p. 49). Dat verbaast gezien het heldere advies van de Raad van State.

De VAAN-VvA werkgroep noemt in haar reactie op de internetconsultatie dat een definitie van payrolling achterwege kan blijven als in de tekst van art. 7:690 BW de allocatiefunctie wordt vermeld.[4] Art. 7:610 BW zou in zijn huidige vorm aan rechters voldoende mogelijkheden bieden om een payrollovereenkomst als arbeidsovereenkomst te kwalificeren. Ik heb hier mijn bedenkingen bij. Art. 7:610 BW gaat uit van een twee-partijenovereenkomst. Ook als een payrollbedrijf enige invulling aan het materiele werkgeverschap geeft, staat voorop dat de werknemer zijn werkzaamheden onder leiding en gezag van een derde verricht. De tekst van art. 7:610 BW is op een dergelijke drie-partijenovereenkomst onvoldoende toegesneden. Naar mijn idee biedt de huidige tekst van art. 7:690 BW een goede basis voor de driehoeksrelatie in het algemeen. Ik zou aan de formulering liever niets veranderen. Hoe specifieker men de wettekst maakt, hoe eenvoudiger het zal zijn constructies te bedenken die er net buiten vallen. Beter zou men kunnen opnemen dat art. 7:691 BW enkel geldt voor bedrijven die bijvoorbeeld meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis halen uit het actief samenbrengen van vraag en aanbod. De allocatiefunctie is in dat geval gekoppeld aan de onderneming van de werkgever en niet – zoals in de voorgestelde definitie – aan de individuele driehoeksrelatie. Hetzelfde kan gelden voor de Waadi. Ik geef toe: ook aan deze oplossing kleven nadelen. Zo wordt de aard van het bedrijf bepalend voor de kwalificatie van een individuele overeenkomst. Het kan hierdoor zijn dat zowel een uitzendwerknemer als een payrollwerknemer door de inlener is geworven, terwijl op beide overeenkomsten een ander arbeidsvoorwaardenregime van toepassing is. Bovendien zijn constructies denkbaar waarop de allocatiefunctie van het bedrijf als onderscheidend criterium niet eenvoudig valt toe te passen. Wat geldt bijvoorbeeld als de werving en selectie door een ander dan de inlener en de werkgever wordt verricht?[5]

Tot slot een paar opmerkingen over het voorgestelde art. 8a Waadi. Ook werknemers in dienst van een personeels-BV vallen op grond van lid 7 onder het bereik van dit artikel. In deze situatie heeft de werkmaatschappij doorgaans zelf geen werknemers in dienst. De werknemers hebben in dat geval recht op de arbeidsvoorwaarden zoals die gelden in de bedrijfstak (art. 8a lid 2 Waadi). In mijn commentaar op het initiatiefwetsvoorstel benoemde ik reeds een aantal vragen die de bepaling opwerpt.[6] De Wab geeft op deze vragen geen antwoord. Sterker nog, iedere toelichting op de bepaling ontbreekt. De VAAN-VvA werkgroep wijst voorts op mogelijke consequenties voor internationale concerns.[7] De werkgroep noemt het voorbeeld van een naar Nederland gedetacheerde expat die vanaf de eerste dag recht krijgt op het loon dat in de bedrijfstak gebruikelijk is. Deze conclusie lijkt mij niet juist. Op grensoverschrijdende intra-concerndetachering is de Detacheringsrichtlijn van toepassing en die biedt slechts recht op de Nederlandse harde kern arbeidsvoorwaarden zoals vastgelegd in wetgeving of toepasselijke ge-avv'de cao. Het voorgestelde art. 8a Waadi valt hier niet onder en Nederland kan de bepaling evenmin op grensoverschrijdende detacheringsconstructies van toepassing verklaren.[8] In dit licht bestaat wel een ander risico. Concerns kunnen via grensoverschrijdende detacheringsconstructies art. 8a Waadi trachten te omzeilen. Denk aan het oprichten van een personeels-BV in het buitenland. Voor toepassing van de Detacheringsrichtlijn is echter wel vereist dat de buitenlandse concernvennootschap substantiële ondernemingsactiviteiten ontplooit (art. 3 lid 4 Handhavingsrichtlijn). Of een personeels-BV hieraan voldoet, valt te betwijfelen.

4 Zie reactie VAAN-VvA werkgroep, Internetconsultatie Wab, p. 9-11.

5 Zie voor meer voorbeelden de reactie van L.G. Verburg, Internetconsultatie Wab.

6 Zie mijn column in *TRA* 2018/4.

7 Reactie VAAN-VvA werkgroep, Internetconsultatie Wab, p. 12.

8 Vgl. HvJ EG 18 december 2007, *JAR* 2008/12 (*Laval*).

Prof. mr. W.L. (Willemijn) Roozendaal

Premiedifferentiatie WW

TRA 2018/76

1. Voorgestelde regeling

In het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans wordt voorgesteld om in de Wet financiering sociale verzekeringen onderscheid te maken tussen een lage WW-premie voor "werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin de omvang van de te verrichten arbeid eenduidig is vastgelegd", en een hoge WW-premie voor "overige werknemers". Nadere voorwaarden en hoogte van de premies zal worden geregeld bij Amvb. Vooralsnog denkt de regering aan een premieverschil tussen "vast" en "flex" van vijf procentpunten. De huidige sectorale premiedifferentiatie voor de eerste zes maanden van WW-uitkeringen vervalt in het voorstel. Aan de deels sectorgewijze premiedifferentiatie in ZW en WGA zal pas op een later moment worden gesleuteld.

In de concept-MvT wordt uiteengezet welke nadere voorwaarden gelden bij de toepassing van de lage premie. Voorgesteld wordt de lage premie te herzien, ook al was er sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin het aantal uren eenduidig is vastgelegd, in de volgende situaties:

1. De werknemer krijgt binnen een jaar na aanvang van de overeenkomst een WW-uitkering uit hoofde van diezelfde arbeidsovereenkomst.
2. De werknemer krijgt een WW-uitkering wegens arbeidsurenverlies bij een werkgever terwijl de arbeidsovereenkomst bij diezelfde werkgever voortduurt (met uitzondering van urenverlies door bedrijfseconomische omstandigheden of arbeidsongeschiktheid).
3. De arbeidsovereenkomst wordt binnen vijf maanden na aanvang beëindigd.

Ter bevordering van de handhaving van deze regeling moet de werkgever op de loonstrook gaan vermelden welke van beide typen contracten met de werknemer is gesloten.

2. Achtergrond regeling

De WW wordt sinds de invoering in 1949 in twee delen gefinancierd. De eerste periode van werkloosheid werd voorheen verzekerd via de bedrijfsverenigingen die elk voor de eigen sector de hoogte van de premie bepaalden. Indien de werkloosheid langere tijd aanhield, werd de uitkering gefinancierd vanuit het Algemeen Werkloosheidsfonds (Awf). De gedachte hierachter was dat de werknemer die kort werkloos was zich verbonden zou blijven voelen met de bedrijfstak en na afloop van de werkloosheid terug zou keren in de bedrijfstak. Naarmate de werkloosheid langer duurde, verminderde de band met de bedrijfstak en lag financiering vanuit het AWf dus meer in de rede.

Deze systematiek is sindsdien niet fundamenteel veranderd. De eerste zes maanden van WW-uitkeringen worden op dit moment gefinancierd via 67 verschillende sectorpremies, die worden gestort in een sectorfonds. Sectorgewijze premieheffing wordt thans gehanteerd als middel om sociale partners te prikkelen om de premie laag te houden.[1]

Over de vraag hoe effectief de prikkelwerking van de huidige sectorindeling is, is weinig bekend.[2] Men kan aan de effectiviteit twijfelen omdat de prikkel niet gericht is op individuele werkgevers, maar afhankelijk is van gezamenlijke inspanningen in de sector. Daar is voor gekozen omdat een individuele premie te veel instabiliteit voor werkgevers meebrengt.

De samenwerking van de sociale partners op dit terrein is in het Sociaal akkoord van 2013 aangemerkt als een belangrijke route om de sectoren sterker uit de economische crisis te laten komen. In dit kader is tot 2017 in totaal voor meer dan € 1 miljard geïnvesteerd, waarvan zo'n € 400 miljoen afkomstig was van de Regeling Cofinanciering Sectorplannen, en € 600 miljoen uit de sectoren zelf. Initiatieven bestonden onder andere uit van-werk-naar-werk-trajecten, bijscholingsprogramma's en langdurige beroepsbegeleide leerweg-trajecten (bbl). Nog in juni 2017 heeft demissionair minister Asscher de kamer met instemming bericht over de resultaten van deze initiatieven, waarvan de eindevaluaties overigens pas in 2020 verwacht worden.[3] De sectorindeling is in die zin een gewaardeerde grondslag voor samenwerking in sectoren. Toen de SER in 2015 adviseerde over de financiering van de WW, zag het geen aanleiding om de huidige sectorsystematiek te verlaten.[4] Alternatieven om tot een stabielere premiestelling te geraken zoals een langjarige premie werden door de SER afgeraden juist vanwege het verlies van de prikkelende werking van de sectorpremie.

Het huidige kabinet had volgens het Regeerakkoord van 2017 niet speciaal plannen om de sectorpremie af te schaffen. Wel is in het regeerakkoord al aangekondigd dat het kabinet zou gaan bekijken hoe de premiedifferentiatie in de WW kan bijdragen aan het aantrekkelijker maken van het vast contract. De achtergrond hiervan is gelegen in het feit dat uit allerlei onderzoeken blijkt dat de instroom in de WW voor een veel groter deel bestaat uit werknemers met een flexibel dienstverband dan uit werknemers met een vast

1 Zie voor deze prikkelfilosofie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27227, 1.
2 *Kamerstukken II* 2010/11, 29544, 329, bijlage 3.
3 *Kamerstukken II* 2016/17, 33566, 99.
4 Advies 2015/02: 20 februari 2015 (Commissie Toekomstige arbeidsmarktinfrastructuur en Werkloosheidswet) *Werkloosheid voorkomen, beperken en goed verzekeren: Een toekomstbestendige arbeidsmarktinfrastructuur en Werkloosheidswet*, p. 100.

contract.[5] Door de kamer is erop aangedrongen om deze plannen deel uit te laten maken van de Wab.[6]

De reden dat nu wordt voorgesteld om de premiedifferentiatie naar type contract in de plaats te stellen van de premiedifferentiatie per sector, is blijkens de toelichting op de Wab ingegeven door het feit dat de Belastingdienst heeft aangegeven beide types premiedifferentiatie niet gecombineerd te kunnen uitvoeren. Dit heeft te maken met de complexiteit van de sectorindeling, die deels op verouderde sectorafbakeningen berust en aanleiding geeft tot veel grensgeschillen.

3. Commentaar

Uit de relatief talrijke inbreng van werkgeversorganisaties[7] bij de internetconsultatie blijkt dat dit in die hoek als misschien wel het meest ingrijpende onderdeel van de Wab wordt ervaren. De hoge premie voor flexcontracten zal weliswaar niet tot een verhoging van de totale WW-premielasten leiden, maar wel tot een verschuiving van de premielast van werkgevers in sectoren met relatief hoge premies, naar werkgevers met veel flexibele overeenkomsten. Hiertegen bestaan bezwaren bij sectoren met een lage premie en/of een ruime hoeveelheid flexarbeid.

Veelvuldig wordt het bezwaar geuit dat sectorinspanningen om werkloosheid te voorkomen en te beperken teniet worden gedaan door het afschaffen van de sectorfondsen, terwijl men daar juist tevreden over is,[8] niet alleen vanwege de prikkelwerking maar ook vanwege de mogelijkheid een anti-cyclische premieheffing na te streven. Een bezwaar is ten tweede de gedwongen solidariteit met andere sectoren. Tekenend is de reactie van Detailhandel Nederland die bezwaar maakt tegen meebetalen aan de “hoge uitkeringen in de bankensector”.

Ook het belasten van flexarbeid krijgt kritiek. Hoewel het beginsel van differentiatie tussen ‘vast’ en ’flex’ zelf niet fundamenteel wordt aangevallen, wordt wel gesignaleerd dat het kabinet zelf onderkent dat flexarbeid tot op zekere hoogte een legitiem doel dient en in sommige sectoren niet vermeden kan worden. Daarom gaat het volgens werkgevers niet aan om flexarbeid altijd deze ‘boete’ op te leggen.[9] Men verwacht dat werkgevers gaan vluchten in automatisering en het aannemen van zzp’ers.

Aan werkgeverszijde wordt voorts geklaagd dat de definitie van de doelgroep van de lage premie te beperkt is, en derhalve de restgroep voor flex te ruim.[10] Volgens deze definitie is immers elk contract waarbij niet elke maand precies hetzelfde loon wordt uitbetaald, een flexcontract, en bovendien met terugwerkende kracht. Dat geldt dus voor werknemers die fluctuerende overwerkuren uitbetaald krijgen, incidenteel hebben ingevallen voor een collega, of een min-max contract met kleine bandbreedte (bijv. 30-38) hebben. Verder wordt geklaagd dat de premieheffing op deze contracten niet zichtbaar een band zal hebben met daadwerkelijke instroom in de WW. In sectoren waar veel met scholieren of studenten wordt gewerkt, of waar bbl-trajecten worden aangeboden, vragen flexkrachten immers zelden een uitkering aan.

Van werknemerszijde waren er een stuk minder bezwaren tegen dit voorstel. CNV en FNV menen dat het verschil tussen de hoge en lage premie te klein is omdat het kostenverschil tussen vast en flex in werkelijkheid veel groter is. De NovA ziet handhavingsproblemen, en stelt voor de premiebetaling transparant te maken voor de werknemer. De VAAN ziet risico’s voor oneigenlijk gebruik, bijvoorbeeld in de vorm van het gezamenlijk aanmerken van een contract voor bepaalde tijd als een contract voor onbepaalde tijd met een beëindigingsovereenkomst. Daaraan kan worden toegevoegd het probleem dat het met terugwerkende kracht heffen van de hoge premie wordt voorkomen als de werknemer geen WW aanvraagt. Dit kan leiden tot het onder druk zetten van werknemers om geen WW-uitkering aan te vragen, hetgeen nu naar het schijnt bij sommige eigenrisicodragers ook gebeurt.

4. Eindoordeel

Naar mijn oordeel wordt met het vervangen van de sectorfondsen door premiedifferentiatie naar contractvorm het kind met het badwater weggegooid. Er is de afgelopen jaren veel geïnvesteerd in samenwerking in sectoren. Het is een desinvestering om al die opgedane kennis en contacten nu van tafel te vegen om een experiment aan te gaan waarvan de uitkomst ook onzeker is. Uit de ervaringen van enige sectoren met een gedifferentieerde premie tussen korte contracten en lange contracten valt in ieder geval niet op te maken dat dit een groot verschil zal hebben in de keuze van werkgevers tussen vast of flex.[11] Idealiter wordt de sectorindeling gecombineerd met premiedifferentiatie tussen vast en flex. Daartoe zal het nuttig zijn de sectorfondsen te herijken, liefst in samenhang met de ZW en de WIA, zoals ook de NovA voorstaat.

5 SEO (2013) De sociaaleconomische situatie van langdurige flexibele werknemers; UWV (2010) Groei van de flexibele arbeid en de gevolgen voor het beroep op de WW.

6 De motie Jasper van Dijk c.s. ‘Vast werk loont’, 34855, 8, is op 13 maart 2018 nagenoeg unaniem aangenomen door de Tweede Kamer, *Handelingen II* 2017/18, 60-19.

7 Er is inbreng van o.a. VEBIDAK (Dakdekkers), Zelfstandige Publieke Werkgevers, Koninklijke Metaalunie, NBBU, KNMT (tandartsen), KHN (Horeca), VNG, CBM (Meubelindustrie), TLN (transport), Uneto-vini (installatiebranche), Vakcentrum (detailhandel), LTO (agrarische sector), VGT (Textiel), Actiz (zorg); VNO/NCW/MKB Nederland; Brancheorganisatie Zorg, ABU, Detailhandel Nederland; Podiumkunsten.

8 VEBIDAK, Koninklijke Metaalunie, NBBU, KNMT, CBM, TLN, Uneto-Vini, Vakcentrum, LTO, VGT, VNO/NCW/MKB Nederland; Acture (uitvoerder eigenrisicodragen); Detailhandel Nederland; Podiumkunsten; ook de CNV vindt dit.

9 VGT (textiel); Acture.

10 Koninklijke Metaalunie, KNMT, FME, KHN, Uneto-Vini, Lto, VGT, Actiz, VNO/NCW/MKB, Brancheorganisatie zorg; Detailhandel Nederland.

11 Beleidsdoorlichting SZW begrotingsartikel 5: Werkloosheid, December 2016, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 30982, 29, p. 77: “Premiedifferentiatie naar contractvorm heeft mogelijk een beperkt effect op seizoenswerkloosheid (WW-instroom), maar dit is niet eenduidig aangetoond.”

WET ARBEIDSMARKT IN BALANS: WIJZIGINGEN BOEK 7[1]

Artikel 626 – Schriftelijke opgave

1. De werkgever is verplicht bij elke voldoening van het in geld vastgestelde loon de werknemer een schriftelijke of elektronische opgave te verstrekken van het loonbedrag, van de gespecificeerde bedragen waaruit dit is samengesteld, van de gespecificeerde bedragen die op het loonbedrag zijn ingehouden, alsmede van het bedrag van het loon waarop een persoon van de leeftijd van de werknemer over de termijn waarover het loon is berekend ingevolge het bepaalde bij of krachtens de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag recht heeft, tenzij zich ten opzichte van de vorige voldoening in geen van deze bedragen een wijziging heeft voorgedaan.
2. De opgave vermeldt voorts de naam van de werkgever en van de werknemer, de termijn waarover het loon is berekend, de overeengekomen arbeidsduur, of er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die schriftelijk is aangegaan, en of sprake is van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 628a, lid 9 en 10.
3. De werkgever verstrekt de elektronische opgave op zodanige wijze dat deze door de werknemer kan worden opgeslagen en voor hem toegankelijk is ten behoeve van latere kennisneming.
4. Voor het verstrekken van een elektronische opgave is uitdrukkelijke instemming van de werknemer vereist.
5. Van dit artikel kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

Artikel 628a – Loonaanspraak per oproep

1. Indien een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week is overeengekomen en de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet zijn vastgelegd, dan wel indien sprake is van een oproepovereenkomst, heeft de werknemer voor iedere periode van minder dan drie uur waarin hij arbeid heeft verricht, recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij drie uur arbeid zou hebben verricht.
2. Indien sprake is van een oproepovereenkomst, kan de werknemer door de werkgever niet verplicht worden aan de oproep om arbeid te verrichten gehoor te geven, indien de werkgever de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet ten minste vier dagen van te voren schriftelijk of elektronisch aan de werknemer bekendmaakt.
3. Indien sprake is van een oproepovereenkomst en de werkgever binnen vier dagen voor de aanvang van het tijdstip van de arbeid de oproep om arbeid te verrichten ten dele dan wel volledig intrekt of de tijdstippen wijzigt, heeft de werknemer recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij de arbeid overeenkomstig de oproep zou hebben verricht. De oproep om arbeid te verrichten wordt schriftelijk of elektronisch ingetrokken of gewijzigd.
4. De termijn van vier dagen, bedoeld in de leden 2 en 3, kan bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden verkort, mits de termijn niet korter is dan 24 uur.
5. Indien sprake is van een oproepovereenkomst, doet de werkgever steeds als de arbeidsovereenkomst 12 maanden heeft geduurd binnen een maand schriftelijk of elektronisch een aanbod voor een vaste arbeidsomvang, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang

[1] De Voort Advocaten|Mediators te Tilburg is niet aansprakelijk voor eventuele schade en kosten, van welke aard ook, voortvloeiend uit mogelijke schrijffouten, onjuistheden en/of onvolledigheid van de wetteksten.

van de arbeid in die voorafgaande periode van 12 maanden, waarbij niet op grond van artikel 628, lid 5 of lid 7, ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van artikel 628, lid 1. De termijn voor aanvaarding van het aanbod bedraagt ten minste een maand. Voor de berekening van de periode van 12 maanden worden arbeidsovereenkomsten, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld.

6. Het eerdere aanbod, dat de werkgever aan de werknemer heeft gedaan, op grond van lid 5, geldt ook voor arbeidsovereenkomsten die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden opvolgen.
7. De leden 5 en 6 zijn van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.
8. Gedurende de periode waarin de werkgever de verplichting, bedoeld in lid 5 of 6, niet is nagekomen, heeft de werknemer recht op loon over de arbeidsomvang, bedoeld in lid 5.
9. Van een oproepovereenkomst als bedoeld in dit artikel is sprake indien:
   a. de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van:
      1°. ten hoogste een maand; of
      2°. ten hoogste een jaar en het recht op loon van de werknemer gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid; of
   b. de werknemer op grond van artikel 628, lid 5 of lid 7, of artikel 691, lid 7, geen recht heeft op het naar tijdruimte vastgestelde loon, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht.
10. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over wanneer sprake is van een oproepovereenkomst.
11. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan bepaald worden dat lid 2, lid 3 en lid 5 niet van toepassing zijn voor bij die overeenkomst of regeling aangewezen functies, die als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend en niet aansluitend door dezelfde werknemer kunnen worden uitgeoefend gedurende een periode van meer dan negen maanden per jaar.
12. Van dit artikel kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

Artikel 652 – Proeftijd

1. Indien partijen een proeftijd overeenkomen, is deze voor beide partijen gelijk.
2. De proeftijd wordt schriftelijk overeengekomen.
3. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste twee maanden.
4. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste:
   a. een maand, indien de overeenkomst is aangegaan voor langer dan zes maanden en korter dan twee jaren;
   b. twee maanden, indien de overeenkomst is aangegaan voor twee jaren of langer.
5. Indien het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op een kalenderdatum is gesteld, kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste een maand.
6. Er kan geen proeftijd worden overeengekomen indien de arbeidsovereenkomst:
   a. is aangegaan voor ten hoogste zes maanden;

b. een opvolgende arbeidsovereenkomst betreft tussen een werknemer en dezelfde werkgever, tenzij die overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist dan de vorige arbeidsovereenkomst; of

c. een opvolgende arbeidsovereenkomst betreft tussen een werknemer en een andere werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van de vorige werkgever te zijn.

7. Van de leden 4, onderdeel a, en 5, kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.

8. Elk beding in strijd met dit artikel is nietig.

Artikel 653 – Concurrentiebeding

1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien:
   a. de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan; en
   b. de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.
2. In afwijking van lid 1, aanhef, en onderdeel a, kan een beding als bedoeld in lid 1 worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.
3. De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 en lid 2:
   a. geheel vernietigen indien het beding, bedoeld in lid 2, niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen; of
   b. geheel of gedeeltelijk vernietigen indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.
4. Aan een beding als bedoeld in lid 1 of lid 2 kan de werkgever geen rechten ontlenen, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
5. Indien een beding als bedoeld in lid 1 of lid 2 de werknemer in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn, kan de rechter steeds bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen. De rechter stelt de hoogte van deze vergoeding met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid vast. De vergoeding is niet verschuldigd, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Wab (nr. 2) voegde onder vernummering van lid 5 tot lid 6 een nieuw lid 5 in; amendement nr. 38 laat lid 5 vervallen. Dit houdt in dat dit artikel niet gewijzigd wordt door de Wab.

Artikel 655 – Informatieplicht werkgever

1. De werkgever is verplicht aan de werknemer een schriftelijke of elektronische opgave te verstrekken met ten minste de volgende gegevens:
   a. naam en woonplaats van partijen;

b. de plaats of plaatsen waar de arbeid wordt verricht;
c. de functie van de werknemer of de aard van zijn arbeid;
d. het tijdstip van indiensttreding;
e. indien de overeenkomst voor bepaalde tijd is gesloten, de duur van de overeenkomst;
f. de aanspraak op vakantie of de wijze van berekening van de aanspraak;
g. de duur van de door partijen in acht te nemen opzegtermijnen of de wijze van berekening van deze termijnen;
h. het loon en de termijn van uitbetaling alsmede, indien het loon afhankelijk is van de uitkomsten van de te verrichten arbeid, de per dag of per week aan te bieden hoeveelheid arbeid, de prijs per stuk en de tijd die redelijkerwijs met de uitvoering is gemoeid;
i. de gebruikelijke arbeidsduur per dag of per week;
j. of de werknemer gaat deelnemen aan een pensioenregeling;
k. indien de werknemer voor een langere termijn dan een maand werkzaam zal zijn buiten Nederland, mede de duur van die werkzaamheid, de huisvesting, de toepasselijkheid van de Nederlandse sociale verzekeringswetgeving dan wel opgave van de voor de uitvoering van die wetgeving verantwoordelijke organen, de geldsoort waarin betaling zal plaatsvinden, de vergoedingen waarop de werknemer recht heeft en de wijze waarop de terugkeer geregeld is;
l. de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan, dan wel de toepasselijke arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 8 of 8a van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs;
m. of de arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst is als bedoeld in artikel 690, dan wel een payrollovereenkomst is als bedoeld in artikel 692;
n. of de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan;
o. of sprake is van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 628a, lid 9 en 10.

2. Voor zover de gegevens, bedoeld in lid 1, onderdelen a tot en met j, n en o, zijn vermeld in een schriftelijk aangegane arbeidsovereenkomst of in de opgave, bedoeld in artikel 626, kan vermelding achterwege blijven. Voor zover de gegevens, bedoeld in het eerste lid, onderdelen f tot en met i, zijn vermeld in een toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan, kan worden volstaan met een verwijzing naar deze overeenkomst of regeling.

3. De werkgever verstrekt de opgave binnen een maand na de aanvang van de werkzaamheden of zo veel eerder als de overeenkomst eindigt. De gegevens, bedoeld in lid 1, onderdeel k, worden verstrekt voor het vertrek. De opgave wordt door de werkgever ondertekend. Indien de opgave elektronisch wordt verstrekt, is deze voorzien van een gekwalificeerde handtekening als bedoeld in artikel 3, onderdeel 12, van verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van richtlijn 1999/93/EG (PbEU 2014, L 257). Wijziging in de gegevens wordt binnen een maand nadat de wijziging van kracht is geworden, aan de werknemer schriftelijk of elektronisch medegedeeld, tenzij deze voortvloeit uit wijziging van een wettelijk voorschrift, collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.

4. Indien de overeenkomst betreft het doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend verrichten van huishoudelijke of persoonlijke diensten ten behoeve van een natuurlijk persoon, behoeft de werkgever slechts op verlangen van de werknemer de gegevens te verstrekken.

5. De werkgever die weigert de opgave te verstrekken of daarin onjuiste mededelingen opneemt, is jegens de werknemer aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade.
6. De leden 1 tot en met 5 zijn van overeenkomstige toepassing op een overeenkomst die de voorwaarden regelt van een of meer arbeidsovereenkomsten die partijen zullen sluiten indien na oproep arbeid wordt verricht, en op het aangaan van een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst, al dan niet gevolgd door andere soortgelijke overeenkomsten, waarbij de ene partij, natuurlijk persoon, zich verbindt voor de andere partij tegen beloning arbeid te verrichten, tenzij deze overeenkomst wordt aangegaan in beroep of bedrijf. Op de in dit lid bedoelde overeenkomsten is artikel 654 van overeenkomstige toepassing.
7. Indien lid 6 van toepassing is, wordt in de opgave, bedoeld in lid 1, tevens vermeld welke overeenkomst is aangegaan.
8. De werkgever verstrekt de elektronische opgave op zodanige wijze dat deze door de werknemer kan worden opgeslagen en voor hem toegankelijk is ten behoeve van latere kennisneming.
9. Voor het verstrekken van een elektronische opgave is uitdrukkelijke instemming van de werknemer vereist.
10. Een beding in strijd met dit artikel is nietig

Artikel 668a – Ketenregeling

1. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:
   a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd en een periode van <u>36 maanden</u>, 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, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.
2. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.
3. Lid 1, onderdeel a, is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst aangegaan voor ten hoogste drie maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor <u>36 maanden</u> of langer.
4. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst als bedoeld onder a of b van lid 1.
5. <u>Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan de periode van 36 maanden, bedoeld in lid 1, onderdeel a, worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden en kan het aantal van drie, bedoeld in lid 1, onderdeel b, worden verhoogd naar ten hoogste zes, indien uit die overeenkomst of regeling blijkt dat voor bij die overeenkomst of regeling te bepalen functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist.</u>
6. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan van <u>lid 2, onderdeel a</u> worden afgeweken ten nadele van de werknemer.

7. Bij schriftelijke overeenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan ten nadele van de bestuurder van een rechtspersoon worden afgeweken van de periode, bedoeld in lid 1, onderdeel a.
8. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan dit artikel buiten toepassing worden verklaard voor bepaalde functies in een bedrijfstak indien Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij ministeriële regeling deze functies heeft aangewezen, omdat het voor die functies in die bedrijfstak bestendig gebruik is en vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering en van die functies noodzakelijk is de arbeid uitsluitend te verrichten op grond van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, niet zijnde uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690. Bij die regeling kunnen nadere voorwaarden worden gesteld aan het buiten toepassing verklaren, bedoeld in de eerste zin.
9. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan voor daarin aangewezen arbeidsovereenkomsten die uitsluitend of overwegend zijn aangegaan omwille van de educatie van de werknemer dit artikel geheel of gedeeltelijk niet van toepassing worden verklaard.
10. Dit artikel is niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan in verband met een beroepsbegeleidende leerweg als bedoeld in artikel 7.2.2. van de Wet educatie en beroepsonderwijs.
11. Dit artikel is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst met een werknemer die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, indien de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen.
12. De periode, bedoeld in lid 1, onderdeel a, wordt verlengd tot ten hoogste 48 maanden, en het aantal, bedoeld in lid 1, onderdeel b, bedraagt ten hoogste zes, indien het betreft een arbeidsovereenkomst met een werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt. Voor de vaststelling of de in dit lid bedoelde periode of het bedoelde aantal arbeidsovereenkomsten is overschreden worden alleen arbeidsovereenkomsten in aanmerking genomen die zijn aangegaan na het bereiken van de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd.
13. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kunnen de tussenpozen, bedoeld in lid 1, onderdelen a en b, worden verkort tot ten hoogste drie maanden, voor bij die overeenkomst of regeling aangewezen functies, die gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend en niet aansluitend door dezelfde werknemer kunnen worden uitgeoefend gedurende een periode van meer dan negen maanden per jaar.
14. <u>Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kunnen op verzoek van de Stichting van de Arbeid de tussenpozen, bedoeld in lid 1, onderdelen a en b, worden verkort tot ten hoogste drie maanden, voor bij die regeling aan te wijzen functies, die gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend en niet aansluitend door dezelfde werknemer kunnen worden uitgeoefend gedurende een periode van meer dan negen maanden per jaar.</u>
15. <u>Dit artikel is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst met een werknemer op een school als bedoeld in artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs of artikel 1 van de Wet op de expertisecentra, indien die arbeidsovereenkomst is aangegaan in verband met vervanging wegens ziekte van een werknemer die een onderwijsgevende of onderwijsondersteunende functie met lesgebonden of behandeltaken bekleedt.</u>

Artikel 669

1. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onderdeel e.
2. Herplaatsing, bedoeld in lid 1, is niet vereist, indien de werknemer een geestelijk ambt bekleedt.
3. Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan:
   a. het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering;
   b. ziekte of gebreken van de werknemer waardoor hij niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten, mits de periode, bedoeld in artikel 670, leden 1 en 11, is verstreken en aannemelijk is dat binnen 26 weken, of bij een werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, 6 weken, geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht;
   c. het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer met voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen, mits het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer en aannemelijk is dat binnen 26 weken, of bij een werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, 6 weken, geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht;
   d. de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer;
   e. verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren;
   f. het weigeren van de werknemer de bedongen arbeid te verrichten wegens een ernstig gewetensbezwaar, mits aannemelijk is dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht;
   g. een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren;
   h. andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren;
   i. <u>een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.</u>

4. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst, die is ingegaan voor het bereiken van een tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd, eveneens opzeggen in verband met of na het bereiken van de tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd.
5. Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden:
   a. nadere regels gesteld met betrekking tot een redelijke grond voor opzegging, de herplaatsing van de werknemer en de redelijke termijn, bedoeld in lid 1, waarbij onderscheid kan worden gemaakt naar categorieën van werknemers;
   b. regels gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen, bedoeld in lid 3, onderdeel a.
6. De regels, bedoeld in lid 5, onderdeel b, zijn niet van toepassing indien bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan, andere regels worden gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen, bedoeld in lid 3, onderdeel a, en een onafhankelijke commissie als bedoeld in artikel 671a, lid 2, wordt aangewezen.
7. Dit artikel is niet van toepassing op een opzegging tijdens de proeftijd.

Artikel 671b – Ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek werkgever

1. De kantonrechter kan op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst ontbinden:
   a. op grond van artikel 669, lid 3, onderdelen c tot en met i;
   b. op grond van artikel 669, lid 3, onderdelen a en b, indien de toestemming, bedoeld in artikel 671a, is geweigerd; of
   c. op grond van artikel 669, lid 3, onderdelen a en b, indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd.
2. De kantonrechter kan het verzoek, bedoeld in lid 1, slechts inwilligen indien aan de voorwaarden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, bedoeld in artikel 669, is voldaan en er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 670 of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift gelden.
3. Indien het verzoek om ontbinding is gegrond op artikel 669, lid 3, onderdeel a, is artikel 671a, leden 5 en 7, van overeenkomstige toepassing.
4. Indien het verzoek om ontbinding is gegrond op artikel 669, lid 3, onderdeel c, wijst de kantonrechter het verzoek af, indien de werkgever niet beschikt over een verklaring ter zake van een deskundige als bedoeld in artikel 629a, tenzij het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.
5. Indien het verzoek om ontbinding is gegrond op artikel 669, lid 3, onderdeel e, in verband met het, zonder deugdelijke grond door de werknemer niet nakomen van de verplichtingen, bedoeld in artikel 660a, wijst de kantonrechter het verzoek af, indien de werkgever:
   a. de werknemer niet eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van die verplichtingen of om die reden, met inachtneming van het bepaalde in artikel 629, lid 7, de betaling van het loon heeft gestaakt; of
   b. niet beschikt over een verklaring ter zake van een deskundige als bedoeld in artikel 629a, tenzij het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.

6. Indien de werkgever de ontbinding verzoekt op grond van artikel 669, lid 3, onderdelen b tot en met i, en een opzegverbod als bedoeld in artikel 670, leden 1 tot en met 4 en 10, of een met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift geldt, kan de kantonrechter, in afwijking van lid 2, het verzoek om ontbinding inwilligen, indien:
   a. het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben; of
   b. er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen.
7. Het opzegverbod, bedoeld in artikel 670, lid 1, geldt niet indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen.
8. Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel i, kan hij aan de werknemer een vergoeding toekennen van ten hoogste de helft van de transitievergoeding, bedoeld in artikel 673, lid 2.
9. Indien het verzoek om ontbinding een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft die tussentijds kan worden opgezegd, en de kantonrechter het verzoek inwilligt:
   a. bepaalt hij het einde van de arbeidsovereenkomst op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, waarbij, indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, de duur van de periode die aanvangt op de datum van ontvangst van het verzoek om ontbinding en eindigt op de datum van dagtekening van de ontbindingsbeslissing in mindering wordt gebracht, met dien verstande dat een termijn van ten minste een maand resteert;
   b. kan hij, in afwijking van onderdeel a, het einde van de arbeidsovereenkomst bepalen op een eerder tijdstip, indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer;
   c. kan hij aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
10. Indien het verzoek om ontbinding een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft die niet tussentijds kan worden opgezegd, en de kantonrechter het verzoek inwilligt, bepaalt hij op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt en:
   a. kan hij de werknemer een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd;
   b. kan hij de werknemer naast de vergoeding, bedoeld in onderdeel a, een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever; of
   c. kan hij, indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, de werkgever een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd.
11. Elk beding waarbij de mogelijkheid voor de werkgever om de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden, bedoeld in lid 1, wordt uitgesloten of beperkt, is nietig.

Artikel 672 – opzegtermijnen

1. Opzegging geschiedt tegen het einde van de maand, tenzij bij schriftelijke overeenkomst of door het gebruik een andere dag daarvoor is aangewezen.
2. De door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt bij een arbeidsovereenkomst die op de dag van opzegging:
   a. korter dan vijf jaar heeft geduurd: één maand;
   b. vijf jaar of langer, maar korter dan tien jaar heeft geduurd: twee maanden;
   c. tien jaar of langer, maar korter dan vijftien jaar heeft geduurd: drie maanden;
   d. vijftien jaar of langer heeft geduurd: vier maanden.
3. In afwijking van lid 2 bedraagt de door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging één maand indien de werknemer de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt.
4. De door de werknemer in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt één maand.
5. Indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd, bedraagt de door de werknemer in acht te nemen termijn van opzegging, in afwijking van lid 4, de termijn, bedoeld in artikel 628a, leden 2 en 4, of vier dagen, indien het een functie betreft die is aangewezen op grond van artikel 628a, lid 11. Lid 1 is niet van toepassing.
6. Indien de toestemming, bedoeld in artikel 671a, lid 1 of lid 2, is verleend, wordt de door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging verkort met de duur van de periode die aanvangt op de datum waarop het volledige verzoek om toestemming is ontvangen en eindigt op de datum van dagtekening van de beslissing op het verzoek om toestemming, met dien verstande dat een termijn van ten minste een maand resteert.
7. De termijn, bedoeld in lid 2 of lid 3, kan slechts worden verkort bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan. De termijn kan schriftelijk worden verlengd.
8. Van de termijn, bedoeld in lid 4, kan schriftelijk worden afgeweken. De termijn van opzegging voor de werknemer mag bij verlenging niet langer zijn dan zes maanden en voor de werkgever niet korter dan het dubbele van die voor de werknemer.
9. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan, mag de termijn van opzegging, bedoeld in lid 8, tweede volzin, voor de werkgever worden verkort, mits de termijn niet korter is dan die voor de werknemer.
10. Voor de toepassing van lid 2 worden arbeidsovereenkomsten geacht eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 682 of artikel 683.
11. De partij die opzegt tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, is aan de wederpartij een vergoeding verschuldigd gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren.
12. De kantonrechter kan de vergoeding, bedoeld in het lid 11, matigen indien hem dit met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt, met dien verstande dat de vergoeding niet minder kan bedragen dan het in geld vastgestelde loon over de opzegtermijn, bedoeld in lid 2, noch minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden.

Artikel 673 - Transitievergoeding

1. De werkgever is aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien:
   a. de arbeidsovereenkomst:
      1°. door de werkgever is opgezegd;

2°. op verzoek van de werkgever is ontbonden; of

3°. na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet en voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan, die tussentijds kan worden opgezegd en ingaat na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden; of

b. de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever:

1°. door de werknemer is opgezegd;

2°. op verzoek van de werknemer is ontbonden; of

3°. na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voortgezet.

2. De transitievergoeding is voor elk kalenderjaar dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd gelijk aan een derde van het loon per maand en een evenredig deel daarvan voor een periode dat de arbeidsovereenkomst korter dan een kalenderjaar heeft geduurd. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de berekeningswijze van de transitievergoeding. De transitievergoeding bedraagt maximaal € 81.000,– of een bedrag gelijk aan ten hoogste het loon over twaalf maanden indien dat loon hoger is dan dat bedrag.

3. Het bedrag, genoemd in lid 2, wordt telkens met ingang van 1 januari door Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gewijzigd overeenkomstig de ontwikkeling van de contractlonen zoals deze voor het betrokken jaar, blijkens bekendmaking in de MacroEconomische Verkenningen, in het voorafgaande jaar is geraamd. Het bedrag wordt daarbij afgerond op het naaste veelvoud van € 1.000,–. Het gewijzigde bedrag is uitsluitend van toepassing indien de arbeidsovereenkomst op of na de datum van de wijziging eindigt of niet wordt voortgezet.

4. Voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst, bedoeld in lid 2, worden:

a. maanden waarin de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen, tot het bereiken van de achttienjarige leeftijd buiten beschouwing gelaten; en

b. een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld. De vorige zin is eveneens van toepassing indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.

5. Indien in de in lid 4, onderdeel b, bedoelde situatie bij de beëindiging van een voorafgaande arbeidsovereenkomst:

a. een transitievergoeding is betaald, wordt een bedrag ter hoogte van de transitievergoeding die bij die beëindiging op grond van de leden 1 en 2 verschuldigd was in mindering gebracht op de transitievergoeding;

b. op grond van artikel 673b, lid 1, een voorziening is verstrekt, wordt een bedrag ter waarde van die voorziening in mindering gebracht op de transitievergoeding.

6. Onder bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen voorwaarden kunnen op de transitievergoeding in mindering worden gebracht:

a. kosten van maatregelen in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid van de werknemer; en

b. kosten verband houdende met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van de werknemer die tijdens de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt.

7. De transitievergoeding is niet verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst:
   a. geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen;
   b. geschiedt in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd; of
   c. het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.
8. In afwijking van lid 7, onderdeel c, kan de kantonrechter de transitievergoeding geheel of gedeeltelijk aan de werknemer toekennen indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
9. Indien, na een einde van rechtswege, het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan de kantonrechter:
   a. naast de transitievergoeding aan de werknemer ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen; of
   b. indien de werknemer op grond van lid 7, onderdeel a, geen recht op transitievergoeding heeft, aan de werknemer ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen.
10. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald wat voor de toepassing van lid 2 wordt verstaan onder loon.

Wet wijziging transitievergoeding vervangt lid 5

Artikel 673b

1. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan worden bepaald dat de transitievergoeding, bedoeld in artikel 673 lid 1, of artikel 673a, niet is verschuldigd, indien:
   a. de arbeidsovereenkomst is geëindigd of niet is voortgezet wegens omstandigheden als bedoeld in artikel 669 lid 3, onderdeel a; en
   b. op grond van de collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan recht bestaat op een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, op een redelijke financiële vergoeding, of op een combinatie daarvan.
2. De collectieve arbeidsovereenkomst, bedoeld in lid 1, onderdeel b, is afgesloten met een of meer verenigingen van werknemers die in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder hun leden tellen, die krachtens hun statuten ten doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen, die als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en ten minste twee jaar in het bezit zijn van volledige rechtsbevoegdheid. Ten aanzien van een vereniging van werknemers die krachtens haar statuten geacht kan worden een voortzetting te zijn van een of meer andere verenigingen van werknemers met volledige rechtsbevoegdheid, wordt de duur van de volledige rechtsbevoegdheid van die vereniging of verenigingen voor de vaststelling van de tijdsduur van twee jaar mede in aanmerking genomen.

Wijziging door wet wijziging transitievergoeding

Artikel 673e

1. Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, genoemd in hoofdstuk 5 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen, verstrekt op verzoek van de werkgever die op grond van artikel 673 een transitievergoeding verschuldigd was, een vergoeding, indien de arbeidsovereenkomst:
   a. na de periode, bedoeld in artikel 670, lid 1, onderdeel a, en lid 11:
      1°. is beëindigd omdat de werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat was de bedongen arbeid te verrichten; of
      2°. van rechtswege is geëindigd en de werknemer op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, wegens ziekte of gebreken niet in staat was de bedongen arbeid te verrichten;
   b. is geëindigd in verband met het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming en de werkgever, die minder dan een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen aantal werknemers in dienst had:
      1°. de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd bereikt of heeft bereikt;
      2°. als gevolg van ziekte of gebreken niet in staat is zijn werkzaamheden redelijkerwijs voort te zetten; of
      3°. is overleden.
2. De vergoeding, bedoeld in lid 1, is gelijk aan de vergoeding die de werkgever in verband met het eindigen of niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer heeft verstrekt, verhoogd met de kosten die op grond van artikel 673, lid 6, op de transitievergoeding in mindering mogen worden gebracht, met dien verstande dat de vergoeding, bedoeld in lid 1, onderdeel a, niet meer bedraagt dan het bedrag aan transitievergoeding dat, voor aftrek van de kosten, bedoeld in artikel 673, lid 6, verschuldigd zou zijn bij het beëindigen of niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst op de dag na het verstrijken van de termijn van twee jaar, bedoeld in artikel 670, lid 1, onderdeel a, of, indien dat bedrag lager is, het bedrag aan loon als bedoeld in de Wet op de loonbelasting 1964, dat de werkgever gedurende dat tijdvak op grond van de arbeidsovereenkomst met de werknemer heeft betaald. Artikel 670, eerste lid, laatste zin, is van overeenkomstige toepassing op de termijn, bedoeld in de vorige zin.
3. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing, indien de werkgever op grond van artikel 673 een transitievergoeding verschuldigd zou zijn als de arbeidsovereenkomst, die bij overeenkomst is beëindigd, door opzegging of door ontbinding zou zijn beëindigd.
4. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld met betrekking tot lid 1, aanhef en onderdeel b.
5. Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen herziet het besluit tot toekennen van de vergoeding, indien de vergoeding ten onrechte of tot een te hoog bedrag is toegekend. De onverschuldigd betaalde vergoeding wordt teruggevorderd.
6. In afwijking van artikel 7:10, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht beslist het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen binnen dertien weken gerekend vanaf de dag na die waarop de termijn voor het indienen van het bezwaarschrift is verstreken.
7. Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden regels gesteld met betrekking tot de aanvraag van de vergoeding, bedoeld in dit artikel.

Artikel 682 - Herstel arbeidsovereenkomst of billijke vergoeding

1. De kantonrechter kan op verzoek van een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd met de toestemming, bedoeld in artikel 671a:
   a. de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen indien de opzegging in strijd is met artikel 669, lid 1 of lid 3, onderdeel a of b;
   b. aan hem, bij een opzegging in strijd met artikel 669, lid 1 of lid 3, onderdeel a, ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen indien herstel in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever; of
   c. aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen indien de opzegging wegens omstandigheden als bedoeld in artikel 669, lid 3, onderdeel b, het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
2. De kantonrechter kan op verzoek van een werknemer als bedoeld in artikel 671, lid 1, onderdelen d of h:
   a. de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen indien de opzegging in strijd is met artikel 669; of
   b. aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen indien de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
3. De rechter kan op verzoek van een werknemer als bedoeld in artikel 671, lid 1, onderdelen e of f, aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen indien de opzegging:
   a. in strijd is met artikel 669; of
   b. het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
4. Indien de werkgever, niet zijnde een werkgever als bedoeld in artikel 690, binnen 26 weken na de datum van de ontbindingsbeschikking op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel a, dezelfde werkzaamheden als die welke de werknemer verrichtte door een ander laat verrichten en hij de voormalige werknemer niet in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten, kan de kantonrechter op verzoek van de werknemer:
   a. de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen met ingang van de dag waarop deze is geëindigd; of
   b. aan de werknemer ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen.
5. Indien de werkgever, bedoeld in artikel 690, verzuimt om, indien binnen 26 weken na de datum van de ontbindingsbeschikking op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel a, een vacature ontstaat voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden als die welke de werknemer verrichtte voor de ontbinding, de voormalige werknemer in de gelegenheid te stellen als kandidaat voor de terbeschikkingstelling bij de derde, bedoeld in artikel 690, te worden voorgedragen, kan de kantonrechter op verzoek van de werknemer:
   a. de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen met ingang van de dag waarop deze is geëindigd; of
   b. aan de werknemer ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen.
6. Indien de kantonrechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uitspreekt als bedoeld in lid 1, onderdeel a, of lid 2, onderdeel a, bepaalt hij op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst wordt hersteld en treft hij voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst.
7. <u>De kantonrechter kan op verzoek van een werknemer als bedoeld in artikel 671, lid 1, onderdelen d, e, f of h, aan hem ten laste van de werkgever een vergoeding toekennen van ten</u>

hoogste de helft van de transitievergoeding, bedoeld in artikel 673, lid 2, indien de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel i.

8. Elk beding waarbij de bevoegdheid, bedoeld in de leden 1 tot en met 5 en 7, wordt uitgesloten of beperkt, is nietig

Artikel 686a - Procesregeling

1. Over het bedrag van de vergoeding, bedoeld in de artikelen 672, lid 11, en 677, leden 2 en 4, is de wettelijke rente verschuldigd, te rekenen vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Over het bedrag van de transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 673, 673a en 673c, is de wettelijke rente verschuldigd, te rekenen vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.
2. De gedingen die op het in, bij of krachtens deze afdeling bepaalde zijn gebaseerd, worden ingeleid met een verzoekschrift.
3. In gedingen die op het in, bij of krachtens deze afdeling bepaalde zijn gebaseerd, kunnen daarmee verband houdende andere vorderingen worden ingediend met een verzoekschrift.
4. De bevoegdheid om een verzoekschrift bij de kantonrechter in te dienen vervalt:
   a. twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, indien het een verzoek op grond van de artikelen 672, lid 11, 677, 681, lid 1, onderdelen a, b en c, en 682, leden 1, 2 en 3, betreft;
   b. drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, indien het een verzoek op grond van de artikelen 673, 673a, 673b, 673c en 673d betreft;
   c. twee maanden na de dag waarop de werknemer op de hoogte is of redelijkerwijs had kunnen zijn van de situatie, bedoeld in de artikelen 681, lid 1, onderdelen d en e, en 682, leden 4 en 5, maar ten laatste twee maanden na de dag waarop de termijn van 26 weken, bedoeld in die leden of onderdelen, is verstreken;
   d. twee maanden na de dag waarop de toestemming, bedoeld in artikel 671a, is geweigerd, indien het een verzoek op grond van artikel 671b, lid 1, onderdeel b, betreft;
   e. drie maanden na de dag waarop de verplichting op grond van artikel 668, lid 1, is ontstaan, indien het een verzoek op grond van artikel 668, lid 3, betreft.
5. De behandeling van de verzoeken, bedoeld in dit artikel, vangt niet later aan dan in de vierde week volgende op die waarin het verzoekschrift is ingediend.
6. Alvorens een ontbinding als bedoeld in artikel 671b of 671c waaraan een vergoeding verbonden wordt, uit te spreken, stelt de rechter de partijen van zijn voornemen in kennis en stelt hij een termijn, binnen welke de verzoeker de bevoegdheid heeft zijn verzoek in te trekken. Indien de verzoeker dat doet, zal de rechter alleen een beslissing geven omtrent de proceskosten.
7. Lid 6 is van overeenkomstige toepassing indien de rechter voornemens is een ontbinding als bedoeld in artikel 671b of 671c uit te spreken zonder daaraan een door de verzoeker verzochte vergoeding te verbinden.
8. Artikel 55 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing op de artikelen 677 en 681.
9. Verzoeken op grond van deze afdeling worden gedaan aan de ingevolge de artikelen 99, 100 en 107 tot en met 109 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevoegde kantonrechter.

10. De rechter kan een zaak in twee of meer zaken splitsen indien het verzoek en de in het verzoekschrift ingediende vorderingen als bedoeld in het derde lid, zich naar het oordeel van de rechter niet lenen voor gezamenlijke behandeling. In de beslissing tot splitsing vermeldt de rechter, voor zover van toepassing, het bijkomende griffierecht dat ingevolge artikel 8 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken van partijen wordt geheven en binnen welke termijn dit griffierecht of dit verhoogde griffierecht betaald dient te worden. De gesplitste zaken worden voortgezet in de stand waarin zij zich bevinden op het moment van de splitsing.

Artikel 691 – Bijzondere regels uitzendovereenkomst

1. Op de uitzendovereenkomst is artikel 668a eerst van toepassing zodra de werknemer in meer dan 26 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.
3. Een beding als bedoeld in lid 2 verliest zijn kracht indien de werknemer in meer dan 26 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 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.
7. Bij schriftelijke overeenkomst kan ten nadele van de werknemer worden afgeweken van artikel 628, lid 1, tot ten hoogste de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid verricht. Artikel 628, leden 5, 6 en 7, is niet van toepassing.
8. 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; <u>en</u>
   <u>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.</u>

Artikel 692 – Definitie payrollovereenkomst

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

Artikel 692a – Bijzondere bepalingen payrollovereenkomst

1. De artikelen 628, leden 5 en 6, en 691 zijn niet van toepassing op de payrollovereenkomst.
2. In de payrollovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat voor de eerste zes maanden van die overeenkomst ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van artikel 628, lid 1, indien deze afwijking in de functie waarin de werknemer werkzaam is bij de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, bestendig gebruik is of in deze afwijking is voorzien in de collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan die van toepassing is op deze onderneming.
3. In geval van payrollovereenkomsten, die elkaar opvolgen als bedoeld in artikel 668a, kan een afwijking als bedoeld in lid 2 voor ten hoogste in totaal zes maanden worden overeengekomen.
4. Artikel 628, lid 8, is van overeenkomstige toepassing op de leden 2 en 3.
5. In de payrollovereenkomst kan alleen schriftelijk ten nadele van de werknemer worden afgeweken van bepalingen waar slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan van kan worden afgeweken, indien voor de functie waarin de werknemer werkzaam is, in deze afwijking is voorzien in de collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Indien in de collectieve arbeidsovereenkomst die van toepassing is op de werkgever gebruikmaking van een in de eerste volzin bedoelde afwijking uitdrukkelijk uitgesloten of beperkt is prevaleert de uitsluiting of de beperking in de collectieve arbeidsovereenkomst die van toepassing is op de werkgever.
6. Onder onderneming wordt in dit artikel verstaan de onderneming, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel c, van de Wet op de ondernemingsraden.

Ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid

> Retouradres Postbus 90801

De voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 1A
2513 AA Den Haag

Directie Arbeidsverhoudingen
Afdeling Arbeidsrecht en Diversiteit

Postbus 90801

Parnassusplein, Den Haag

Onze referentie
2019-0000180798

Datum 13 december 2019
Betreft Compensatieregeling transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer

Op 1 april 2020 treedt het laatste onderdeel van de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234) in werking. Het betreft het onderdeel waarin is geregeld dat compensatie wordt verstrekt voor een betaalde transitievergoeding na ontslag van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer (verder *de compensatieregeling)*. Doel van de compensatieregeling is het voorkomen van dubbele kosten voor werkgevers: te weten het loon dat zij gedurende twee jaar ziekte betalen en de transitievergoeding die zij vervolgens bij ontslag verschuldigd zijn. UWV compenseert deze transitievergoeding op verzoek van de werkgever. Hierdoor wordt gestimuleerd dat werkgevers eerder tot beëindiging van (slapende) dienstverbanden overgaan en werknemers aanspraak kunnen maken op de transitievergoeding.

In aanloop naar de inwerkingtreding van de compensatieregeling op 1 april 2020 blijkt dat er in de praktijk een aantal vragen leeft. De vragen hebben met name betrekking op twee aspecten van de compensatieregeling. Ten eerste zijn er vragen over de maximale hoogte van de door UWV te verstrekken compensatie. Ten tweede leeft de vraag hoe het recente arrest van de Hoge Raad van 8 november jongstleden (aangaande de beëindiging van een slapend dienstverband op verzoek van de werknemer) zich verhoudt tot de compensatieregeling. Ten derde leven er vragen rondom de termijn waarbinnen UWV beslist als er sprake is van zogenoemde 'oude gevallen'. Met deze brief wil ik duidelijkheid verschaffen over deze vragen.

Maximering compensatie transitievergoeding
UWV verstrekt op verzoek van de werkgever bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (na ten minste 104 weken ziekte) een compensatie die niet hoger kan zijn dan de (wettelijk verschuldigde en) door de werkgever betaalde transitievergoeding. De wet maximeert het te compenseren bedrag daarnaast op twee onderdelen[1]:

1. De compensatie is maximaal de transitievergoeding die is opgebouwd vanaf het begin van het dienstverband tot het moment dat de werknemer

[1] Artikel 7:673e, tweede lid, BW.

twee jaar ziek is. Op grond van de wet wordt over de periode waar sprake was een verlengde loondoorbetalingsverplichting (als gevolg van een loonsanctie) of de periode dat het dienstverband slapend is gehouden ook transitievergoeding opgebouwd. Dit gedeelte van de transitievergoeding is de werkgever verschuldigd, maar wordt door UWV niet gecompenseerd.

2. De compensatie bedraagt daarnaast maximaal het tijdens twee jaar ziekte betaalde loon (het zogenoemde 'tweede maximum'). Hiermee wordt voorkomen dat de werkgever meer compensatie krijgt dan de loonkosten die zijn gemaakt tijdens twee jaar ziekte. Doel van deze regeling is immers het voorkomen van dubbele kosten voor werkgevers.

Met betrekking tot het bovengenoemde 'tweede maximum' vragen veel werkgevers naar de hoogte van de compensatie wanneer tijdens de eerste twee jaar ziekte ook een uitkering (bijvoorbeeld een vervroegde IVA-uitkering (WIA), een WAZO-, WAJONG-, WGA- of Ziektewetuitkering (no-riskpolis)) of loonkostensubsidie is verstrekt, al dan niet via de werkgever, aan de zieke werknemer. Op grond van de compensatieregeling zijn deze uitkeringen niet als 'loon tijdens ziekte' te beschouwen, waardoor een lager bedrag zou worden gecompenseerd. Ook bij loonkostensubsidie geldt dat de werkgever wel loon betaalt, maar dit loon eigenlijk al (deels) vergoed krijgt. Aan deze situatie is in de wetsgeschiedenis geen aandacht besteed. Wanneer echter in deze gevallen een lagere compensatie wordt verstrekt, strookt dat niet met het doel van sommige van deze uitkeringen of subsidies om het voor werkgevers aantrekkelijker te maken werknemers met een ziekte(verleden) of handicap in dienst te nemen. Als de werkgever geen of veel minder dan de betaalde transitievergoeding gecompenseerd krijgt bij ontslag na twee jaar ziekte (omdat de feitelijke loonkosten tijdens ziekte minder hoog waren), wordt de prikkel om deze mensen in dienst te nemen grotendeels tenietgedaan. Het is daarom zinvol te onderzoeken of het mogelijk is om bepaalde uitkeringen en subsidies niet van invloed te laten zijn op het maximale compensatiebedrag en dus of aanpassing van het 'tweede maximum' wenselijk en uitvoerbaar is.

Om die reden heb ik, in overleg met het UWV, besloten om het 'tweede maximum' niet in werking te laten treden per 1 april 2020. Dat betekent dat de compensatie niet wordt gemaximeerd op het door de werkgever tijdens twee jaar ziekte betaalde loon. Hiertoe zal nog voor 1 januari 2020 het Besluit van 11 juli 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (Stb. 2019, 266) worden aangepast. Hiermee ontstaat tijd om nader te onderzoeken of, hoe en met welke van de eventueel verstrekte socialezekerheidsuitkeringen bij het vaststellen van het maximale compensatiebedrag rekening kan worden gehouden. Ook kan dan onderzocht worden of en hoe dit door UWV kan worden uitgevoerd. Het niet in werking laten treden van het 'tweede maximum' past binnen de budgettaire kaders van de regeling.

Hoge Raad beslissing van 8 november 2019 inzake beëindiging slapende dienstverbanden
De Hoge Raad heeft op 8 november jl.[2] geoordeeld over de vraag of, kort gezegd, de werkgever verplicht is om een slapend dienstverband op verzoek van de werknemer te beëindigen. Samengevat bepaalt de Hoge Raad dat wanneer voldaan is aan de vereisten die beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens

[2] ECLI:HR:2019:1734.

langdurige arbeidsongeschiktheid mogelijk maken, de werkgever op grond van goed werkgeverschap in beginsel gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van het (slapende) dienstverband met wederzijds goedvinden. De werkgever dient dan tevens in te stemmen met een vergoeding ter hoogte van de transitievergoeding zoals die verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst na 104 weken (of na de periode van een eventuele loonsanctie)[3].

Directie Arbeidsverhoudingen
Afdeling Arbeidsrecht en Diversiteit

Datum
13-12-2019

Onze referentie
2019-0000180798

Deze uitspraak roept vragen op in de praktijk. De eerste vraag is of de vergoeding die door de werkgever betaald wordt op grond van deze door de Hoge Raad vastgestelde verplichting gecompenseerd zal worden door het UWV. Ik ga ervan uit dat de wet redelijkerwijs de ruimte biedt om ook in deze gevallen van beëindiging met wederzijds goedvinden compensatie te verstrekken. Dit mede gelet op het feit dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat ook in dergelijke gevallen compensatie zal worden verstrekt, en dat dit in lijn is met de bedoeling van de wetgever bij de compensatieregeling. Ik heb met UWV afgesproken dienovereenkomstig te handelen en dus ook in deze situaties tot compensatie over te gaan.

Vervolgens is de vraag welke implicaties de uitspraak van de Hoge Raad heeft voor het overgangsrecht van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab). Met ingang van 1 januari 2020 wijzigt de opbouw van de transitievergoeding. Dit kan in voorkomende gevallen leiden tot een lagere transitievergoeding. Daarom is voor de compensatieregeling overgangsrecht van toepassing. Het overgangsrecht bepaalt dat wanneer het einde van de 104 weken ziekte vóór 1 januari 2020 ligt, maar de procedure tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst na 1 januari 2020 start, de compensatie ook berekend wordt volgens de nieuwe berekening. Immers, anders is de werkgever op grond van de wet een transitievergoeding verschuldigd volgens de nieuwe berekening, en zou UWV door uit te gaan van de opgebouwde transitievergoeding op het moment van 104 weken ziekte de compensatie berekenen op grond van de oude berekening van de transitievergoeding. Om in aanmerking te komen voor compensatie ter hoogte van de oude berekening, dient de werkgever de procedure tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst dus voor 1-1-2020 te starten. In geval van beëindiging met wederzijds goedvinden, dient de werkgever voor 1-1-2020 met de werknemer tot overeenstemming te zijn gekomen. De daadwerkelijke beëindigingsdatum kan dan overigens wel na 1 januari 2020 liggen[4].

De uitspraak van de Hoge Raad is zeer recent. Werkgevers hebben mogelijk, ondanks de aangenomen compensatieregeling en de oproep aan werkgevers om over te gaan tot beëindiging van het slapende dienstverband die ik meerdere malen heb gedaan, daar toch mee gewacht tot dat de Hoge Raad duidelijkheid zou

[3] De Hoge Raad geeft hierop een uitzondering. Deze verplichting bestaat niet wanneer de werkgever gerechtvaardigde belangen heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Als voorbeeld noemt de Hoge Raad het bestaan van reële re-integratiemogelijkheden. De omstandigheid dat de werknemer op korte termijn de aow-gerechtigde leeftijd bereikt, geldt volgens de Hoge Raad niet als gerechtvaardigd belang. Ook kan de werkgever zich na de inwerkingtreding van de compensatieregeling op 1 april 2020 niet (meer) beroepen op financiële problemen als gerechtvaardigd belang.

[4] Artikel XIII lid 2 Wab. Met betrekking tot beëindigingen met wederzijds goedvinden wordt uitgegaan van de datum waarop partijen overeenstemming hebben bereikt. Ligt die datum voor 1-1-2020, dan geldt dat de compensatie wordt berekend op grond van het oude recht. Ook als de arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld door inachtneming van de opzegtermijn) na 1-1-2020 eindigt.

verschaffen over de vraag of er ook een verplichting tot beëindiging van het dienstverband bestaat. Nu de Hoge Raad onlangs heeft vastgesteld dat die verplichting onder omstandigheden bestaat, is het zaak voor werkgevers om tijdig actie te ondernemen.

Voor mij staat voorop dat de compensatieregeling per 1 april 2020 in werking kan treden. Om dit te kunnen realiseren, kies ik ervoor om het overgangsrecht te handhaven. Het UWV zet alles op alles om de compensatieregeling per 1 april 2020 te kunnen uitvoeren. Als ik zou besluiten om de regelgeving aan te passen, zo kort voor de inwerkingtredingsdatum, betekent dat dat inwerkingtreding per 1 april 2020 niet meer haalbaar is. Daarnaast geldt dat ruim voor de uitspraak van de Hoge Raad reeds bekend was onder welke voorwaarden de bij beëindiging van een slapend dienstverband betaalde vergoeding voor compensatie in aanmerking kan komen, en hoe hoog deze compensatie zou zijn. In februari 2019 is de lagere regelgeving gepubliceerd, waarmee de inwerkingtredingsdatum is vastgesteld en de vereisten voor de aanvraag nader zijn uitgewerkt.[5] In het voorjaar van 2019 is gestart met een voorlichtingscampagne door mijn ministerie en UWV, om de compensatieregeling extra onder de aandacht te brengen van werkgevers. Daarnaast heeft UWV op 1 juli 2019 bekend gemaakt welke gegevens een werkgever beschikbaar moet stellen voor een geslaagd verzoek om compensatie. Ten slotte heeft UWV de afgelopen maanden in diverse bijeenkomsten met zowel grote als kleine werkgevers de inhoud van het aanvraagformulier en het daaraan gekoppelde proces besproken. Dit heeft geleid tot veel waardevolle opmerkingen en ervaringen die UWV heeft gebruikt om het aanvraagproces verder te ontwikkelen.

Hierbij herhaal ik mijn oproep aan werkgevers om slapende dienstverbanden te beëindigen. Gezien de uitspraak van de Hoge Raad doen werkgevers die te maken hebben met slapende dienstverbanden waarvan het einde van de 104 weken ziekte (eventueel verlengd met een periode van loonsanctie) voor 1 januari 2020 eindigt, er verstandig aan nog voor die datum de procedure tot het beëindigen van het dienstverband te starten, of met hun werknemer tot overeenstemming te komen. De werkgever kan dan nog voor de hogere compensatie in aanmerking komen.

Beslistermijn UWV bij 'oude gevallen'
In de lagere regelgeving, waarnaar hierboven is verwezen, is onder meer bepaald binnen welke termijn UWV beslist op aanvragen voor compensatie. Voor zogenoemde 'oude gevallen' heeft het UWV een beslistermijn van zes maanden.[6] Dit heeft te maken met het feit dat ook in het verleden betaalde vergoedingen, vanaf 1 juli 2015, voor compensatie in aanmerking komen. Gezien het grote aantal verwachte aanvragen dat op deze periode ziet[7], is het niet haalbaar voor UWV om binnen de reguliere termijn (van 8 weken, op grond van de Algemene wet bestuursrecht) te beslissen.

Bij de totstandkoming van de regeling is ervan uitgegaan dat slapende dienstverbanden zo snel mogelijk na het verstrijken van het opzegverbod beëindigd zouden worden en dat daarbij een vergoeding zou worden verstrekt, omdat deze vergoeding gecompenseerd wordt. Bedoeld is dan ook te regelen dat

[5] Regeling compensatie transitievergoeding, 18 februari 2019 (Stcrt. 2019, 10547). Inwerkingtredingsbesluit d.d. 20 februari 2019 (Stb. 2019, 76).
[6] Artikel 3, tweede lid, van de Regeling compensatie transitievergoeding.
[7] Ingeschat is dat het gaat om circa 63.000 gevallen.

de langere beslistermijn geldt voor die situaties waarin de arbeidsovereenkomst na langdurige ziekte van de werknemer beëindigd had *kunnen* worden voor 1 april 2020. Dat zijn aldus situaties waarbij het opzegverbod voor 1 april 2020 is verstreken. Ik zal de ministeriële regeling derhalve zo aanvullen dat de verlengde beslistermijn niet alleen geldt in situaties waarin de arbeidsovereenkomst is beëindigd en een vergoeding is betaald voor 1 april 2020, maar ook in situaties waarin het opzegverbod is verstreken voor 1 april 2020 en de formele beëindiging en betaling van de vergoeding pas na 1 april 2020 plaatsvindt.

Directie Arbeidsverhoudingen
Afdeling Arbeidsrecht en Diversiteit

Datum
13-12-2019

Onze referentie
2019-0000180798

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Handreiking

contracting, uitzending of payrolling?

Aanleiding

Waarom deze handreiking?

Deze handreiking is bedoeld om ondernemingen en werknemers handvatten te bieden bij het maken van onderscheid tussen contracting en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals uitzending of payrolling.

Waarom is het onderscheid van belang?

Voor contracting en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (m.n. uitzending of payrolling) gelden verschillende regels. Het gaat hier bijvoorbeeld over de manier waarop werkenden (kunnen) worden aangestuurd, maar ook met betrekking tot arbeidsvoorwaarden, zoals loon. Het is dus belangrijk om een bewuste keuze te maken en de juiste regels toe te passen. Op die manier kan worden
voorkomen dat u voor verrassingen komt te staan en (bijvoorbeeld) geconfronteerd wordt met loonvorderingen. Zie de paragraaf over 'gevolgen van de werkwijze'

Handreiking is een hulpmiddel, wetgeving is leidend

Met de handreiking wordt meer duidelijkheid geboden over de begrippen contracting, uitzending en payrolling. Maar uiteindelijk zijn wet- en regelgeving, en de uitleg daarvan door de Nederlandse rechter, bepalend voor de kwalificatie van de arbeidsverhouding. Een onderneming is altijd zelf verantwoordelijk voor naleving van wet–en regelgeving.

Deze handreiking is te beschouwen als dynamisch document. Nieuwe wetgeving of jurisprudentie wordt hierin verwerkt, indien dat bijdraagt aan het doel van de handreiking. Er kan echter niet gegarandeerd worden dat de informatie in deze handreiking altijd volledig en actueel is. Daarnaast is de feitelijke situatie altijd bepalend voor de vraag of er sprake is van contracting, uitzending of payrolling.

Wettelijk kader contracting en ter beschikking stellen van arbeidskrachten

Wat is contracting?

- Bij contracting worden door de opdrachtgever werkzaamheden, werkprocessen of bepaalde activiteiten uitbesteed aan een ander bedrijf, de opdrachtnemer. De opdrachtnemer voert de activiteiten met eigen werknemers uit.
- De opdrachtnemer werkt voor eigen rekening en risico en is verantwoordelijk voor het eindresultaat van de opdracht. De opdrachtnemer bepaalt zelf hoeveel en welke werknemers hij daarvoor inzet. Ook berusten leiding en toezicht over de werknemers bij de opdrachtnemer en gaat de opdrachtnemer over het eindresultaat.
- Contracting staat niet nader gedefinieerd in de wet, maar in de praktijk neemt het twee juridische vormen aan:

1. Aanneming van werk (artikel 7:750 BW): de opdrachtnemer verplicht zich een tastbaar product op te leveren.

Voorbeeld

Een bouwbedrijf bouwt in opdracht van een distributiebedrijf een grote bedrijfshal naast de huidige hal, en gebruikt daarvoor eigen personeel.

2. Overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW): de opdrachtnemer verplicht zich tot het uitvoeren van werkzaamheden waarbij geen tastbaar product wordt opgeleverd (ook wel: overeenkomst van dienstverrichting).[1]

Voorbeeld

Een metaalverwerkingsbedrijf wil zich meer richten op zijn kerntaken en besluit zijn catering en IT-werkzaamheden uit te besteden. Er worden twee bedrijven ingehuurd, een cateringbedrijf en een IT-bedrijf. Het cateringbedrijf komt met eigen werknemers de werkzaamheden uitoefenen, en oefent ook zelf toezicht en leiding over de werkzaamheden uit. De IT-werkzaamheden worden door het IT-bedrijf onder eigen toezicht en leiding uitgeoefend.

- Contracting kan in alle sectoren plaatsvinden. Bekende voorbeelden zijn: schoonmaak, catering, beveiliging en ICT. Contracting is een toegestane vorm van uitbesteding van werk.

Indicatoren dat sprake is van contracting

- Het is van belang om te benadrukken dat alle feiten en omstandigheden van het geval meewegen in de beoordeling of sprake is van contracting of het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De feitelijke situatie is uiteindelijk doorslaggevend, ongeacht de (schriftelijke) afspraken die zijn gemaakt. De rechter kan hier een oordeel over geven.
- Onder andere uit de rechtspraak en literatuur zijn indicatoren af te leiden om te beoordelen of sprake is van contracting. Zo kan worden gekeken naar de volgende indicatoren:
  a) De opdrachtnemer heeft werkzaamheden aangenomen of overgenomen van de opdrachtgever.
  b) Deze werkzaamheden worden door de opdrachtnemer zelfstandig uitgevoerd. De opdrachtgever heeft dan ook geen invloed op hoe de opdracht precies wordt uitgevoerd.
  c) Het overgenomen werk door de opdrachtnemer is afgebakend van het werk dat door de opdrachtgever zelf wordt uitgevoerd.
  d) De opdrachtnemer is gespecialiseerd in dienstverlening in de relevante sector(en) (Denk aan: een cateringbedrijf exploiteert een bedrijfsrestaurant en/of kantine bij verschillende ondernemingen).
  e) De opdrachtnemer heeft een prestatieafspraak met de opdrachtgever waarbij de opdrachtgever betaalt voor het geleverde eindproduct en bijvoorbeeld niet per uur. Er is bijvoorbeeld niet afgesproken dat er arbeidskrachten worden geleverd voor een bepaald aantal uren.
  f) De opdrachtnemer maakt gebruik van vaste teams van werknemers en bepaalt ook zelf de opleiding en arbeidsvoorwaarden van deze werknemers.

[1] In het Burgerlijk Wetboek staat: werkzaamheden die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een tastbaar product, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

g) De opdrachtnemer stuurt eigen werknemers mee die leiding en toezicht hebben over de mensen die het werk uitvoeren.
h) De door de opdrachtnemer ingezette teams werken zelfstandig en stellen zich onafhankelijk op van andere bedrijfsonderdelen van de opdrachtgever.
i) De opdrachtnemer is zelf verantwoordelijk voor planning en administratie, management en toezicht en leiding en moment van uitvoering van de werkzaamheden.
j) De opdrachtgever heeft geen instructiebevoegdheid. Hij bepaalt niet hoe het werk wordt uitgevoerd, dat bepaalt de opdrachtnemer.
k) De door de opdrachtnemer ingezette teams maken gebruik van eigen productiemiddelen en/of hebben de verantwoordelijkheid over deze middelen (en niet de opdrachtgever).
l) De opdrachtnemer werkt voor eigen rekening en risico en is aansprakelijk als de opdracht onjuist is uitgevoerd.

Ter beschikking stellen van arbeidskrachten

- Van ter beschikking stellen van arbeidskrachten is sprake als een werkgever tegen een vergoeding een werknemer arbeid laat uitvoeren voor een andere onderneming (*inlener*), die de leiding en het toezicht over die werknemer uitoefent. Tussen de inlener en de werknemer geldt geen arbeidsovereenkomst.
- Op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) van toepassing.
- Er zijn verschillende vormen van ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De bekendste, te weten uitzending en payrolling, worden hieronder toegelicht.

Wat is uitzending?

- Bij uitzending wordt een werknemer door een werkgever (het uitzendbedrijf) ter beschikking gesteld aan een ander bedrijf (*inlener*). Deze inlener heeft voor het verrichten van de arbeid een opdracht verstrekt aan het uitzendbedrijf.
- De leiding en het toezicht over de werknemer berusten bij de inlener.

Wat is payrolling?

- Bij payrolling is ook sprake van terbeschikkingstelling, maar vervult de werkgever (het payrollbedrijf) geen allocatieve functie (werving en selectie) en wordt de werknemer exclusief ter beschikking gesteld aan een inlener.
- Bij payrolling werft en selecteert een onderneming (*inlener*) zelf een werknemer, of hij laat een ander dit voor hem doen. Die werknemer treedt vervolgens in dienst bij een (payroll)werkgever (*formele werkgever*).
- Het payrollbedrijf stelt de werknemer vervolgens exclusief ter beschikking aan de inlener.
- De leiding en het toezicht over de werkzaamheden van de werknemer berusten bij de inlener.

Gevolgen van de werkwijze

Verschillende arbeidsvoorwaarden van toepassing

- Voor contracting en ter beschikking stellen van arbeidskrachten gelden verschillende regels met betrekking tot de toepasselijke arbeidsvoorwaarden.
- Bij contracting: de arbeidsvoorwaarden van de opdrachtnemer zijn van toepassing, bijvoorbeeld een cao of een arbeidsvoorwaardenreglement.
- Bij ter beschikking stellen van arbeidskrachten:
  - Uitzending: Artikel 8 van de Waadi bepaalt dat de ter beschikking gestelde werknemers recht hebben op hetzelfde loon en overige vergoedingen en arbeidstijden als werknemers in gelijkwaardige functies van de inlener. De cao voor uitzendkrachten (de ABU- of NBBU-cao) kan van toepassing zijn en/of de cao van een inlener. In de cao's kunnen bijzondere regels staan met betrekking tot de toepasselijke arbeidsvoorwaarden, bijvoorbeeld het loon, die afwijken van de hoofdregel dat ter beschikking gestelde werknemers recht hebben op hetzelfde loon.
  - Payrolling: payrollwerknemers hebben per 1 januari 2020 op grond van artikel 8a van de Waadi recht op alle arbeidsvoorwaarden als die ook gelden voor vergelijkbare werknemers die in dienst zijn van de inlener. Hier kan niet bij cao van worden afgeweken, behalve voor een werknemer van de sociale werkvoorziening.

Niet-naleven kan leiden tot (loon)vorderingen

Als werkgevers/inleners niet de juiste arbeidsvoorwaarden toepassen, kan dit ertoe leiden dat zij alsnog daartoe worden verplicht, met (aanzienlijke) loonvorderingen tot gevolg. Dat geldt zowel in het geval van contracting als bij andere vormen van uitbesteding.

Voorbeeld

Bij een champignonkweker is de champignonpluk uitbesteed aan een extern bedrijf. Dit externe bedrijf heeft eigen werknemers die de champignons bij de champignonkweker komen plukken. De rechter oordeelt dat de toezicht en leiding bij de opdrachtgever ligt (de champignonkweker, en dus niet, zoals de opdrachtnemer volhoudt, bij de opdrachtnemer zelf). Ondanks dat het externe bedrijf aangeeft te werken met contracting blijkt uit de feitelijke situatie dat het hier gaat om uitzenden. Omdat er sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, specifiek van uitzenden, dienen de uitzendkrachten beloond te worden op basis van de Waadi en de toepasselijke uitzend-cao.

De Inspectie SZW houdt toezicht op de Waadi en beoordeelt of sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Een overtreding van de Waadi kan telefonisch worden gemeld bij de Inspectie SZW.

Duidelijke afspraken én goede uitvoering zijn belangrijk

- Het is voor opdrachtgevers/inleners en opdrachtnemers/werkgevers van belang om duidelijke afspraken te maken. Daarnaast wegen alle feiten en omstandigheden van het geval mee in de beoordeling of sprake is van contracting of het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Uiteindelijk is de feitelijke situatie doorslaggevend.
- Afspraken over wederzijdse verantwoordelijkheden en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden zijn belangrijk voor een juiste kwalificatie van de arbeidsverhouding.
- Heeft de opdrachtgever, in geval van contracting, daadwerkelijk de intentie om een activiteit uit te besteden en het toezicht en de leiding daarover af te staan?
- Zorg dus dat u als inlener of als werkgever hier een bewuste keuze in maakt, en hier ook naar handelt in de praktijk.

Overzicht verschillen

	Contracting	Uitzending (TBA[2])	Payrolling (TBA)
Opdrachtgever/inlener heeft leiding en toezicht over uitgevoerde werkzaamheden?	Nee Opdrachtnemer heeft leiding en toezicht.	Ja	Ja
Opdrachtnemer voert werkzaamheden op eigen risico en rekening uit?	Ja	Nee Rekening en risico bij inlener.	Nee Rekening en risico bij inlener.
Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor resultaat van de werkzaamheden/opdracht en bepaalt hoe dat wordt bereikt?	Ja	Nee Inlener is verantwoordelijk en bepaalt.	Nee Inlener is verantwoordelijk en bepaalt.
Vervult de werkgever geen allocatieve functie én is de werknemer exclusief ter beschikking gesteld aan een inlener?	Nee	Nee	Ja
Waadi van toepassing?	Nee	Ja	Ja
Arbeidsvoorwaarden opdrachtgever/inlener van toepassing?	Nee	Ja Let op eventueel relevante cao.	Ja

[2] Ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

> Retouradres Postbus 90801 2509 LV Den Haag

De voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 1A
2513 AA Den Haag

Directie Werknemersregelingen
Afdeling Werkloosheid

Postbus 90801
2509 LV Den Haag
Parnassusplein 5
T 070 333 44 44
www.rijksoverheid.nl

Onze referentie
2019-0000170333

Datum 9-12-2019
Betreft Administratieve vereisten WW-premiedifferentiatie naar de aard van het contract

Op 1 januari 2020 treedt de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) in werking, waaronder WW-premiedifferentiatie naar de aard van het contract. De voorbereidingen daarvoor en de voorlichting hierover – vanuit mijn ministerie, het UWV, en de Belastingdienst, maar ook door vele private partijen – zijn in volle gang. Via werkgeversorganisaties hebben mij signalen bereikt dat niet alle werkgevers op tijd zullen kunnen voldoen aan de administratieve vereisten die onderdeel zijn van WW-premiedifferentiatie naar de aard van het contract. Hierbij informeer ik uw Kamer, mede namens de Staatssecretaris van Financiën, nader over deze administratieve vereisten en de manier waarop de Belastingdienst daarmee in zijn uitvoeringspraktijk mee zal omgaan.

Om het aanbieden van een vast contract aantrekkelijker te maken voor werkgevers, betaalt een werkgever vanaf 1 januari 2020 een lage WW-premie over het loon van een werknemers met een vast contract en een hoge WW-premie over het loon van een werknemer met een flexibel contract. De lage WW-premie mag worden afgedragen voor werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor een onbepaalde tijd, mits er geen sprake is van een oproepovereenkomst. In andere gevallen – behalve enkele specifieke uitzonderingen – geldt de hoge WW-premie.

Werkgeversorganisaties hebben mij aangegeven dat niet alle werkgevers het gebruik hebben om arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd op schrift te stellen. Het is bij sommige ondernemingen bijvoorbeeld gebruikelijk om, als na een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan, geen nieuwe arbeidsovereenkomst op te maken. In plaats daarvan stuurt de werkgever de werknemer een bevestiging per brief of e-mail dat de overeenkomst voor bepaalde tijd is overgegaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Om voor deze werknemers de lage WW-premie af te mogen dragen, zal de werkgever alsnog een schriftelijke arbeidsovereenkomst moeten opmaken, door beide partijen ondertekend, waaruit blijkt dat aan de voorwaarden voor de lage WW-premie (een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet zijnde een oproepovereenkomst) is voldaan.

Om de administratieve lasten te beperken is geregeld dat werkgevers in zulke situaties niet een geheel nieuwe arbeidsovereenkomst hoeven op te maken, maar kunnen werkgevers volstaan met een schriftelijk, door beide partijen ondertekend

addendum bij de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst. Deze mogelijkheid – en de voorwaarden waaronder deze kan worden toegepast – is door de Belastingdienst actief bij salarisadministrateurs en werkgevers onder de aandacht gebracht.[1]

Directie Werknemersregelingen
Afdeling Werkloosheid

Datum
9-12-2019

Onze referentie
2019-0000170333

Werkgeversorganisaties hebben mij aangegeven dat niet alle werkgevers in staat zullen zijn om vóór 1 januari 2020 een door beide partijen ondertekende schriftelijke arbeidsovereenkomst of een door beide partijen ondertekend schriftelijk addendum voor al hun vaste werknemers in hun loonadministratie te hebben opgenomen. In samenspraak met de Belastingdienst geef ik werkgevers daarom drie maanden extra de tijd om te voldoen aan deze administratieve vereisten voor de lage WW-premie.

Concreet betekent dit het volgende. Werkgevers mogen de lage WW-premie afdragen, ook als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (niet zijnde een oproepovereenkomst) nog niet schriftelijk is vastgelegd, of als de arbeidsovereenkomst of het addendum nog niet door beide partijen is ondertekend. In zulke situaties kunnen werkgevers in de loonaangifte de indicatierubriek 'schriftelijke arbeidsovereenkomst' vullen met 'ja'. Deze coulance geldt alleen voor arbeidsovereenkomsten van werknemers die voor 1 januari 2020 in dienst zijn getreden; voor andere arbeidsovereenkomsten geldt de coulance niet.

Uiterlijk voor 1 april 2020 dient voor deze werknemers de door beide partijen ondertekende schriftelijke arbeidsovereenkomst of het door beide partijen ondertekende schriftelijke addendum in de loonadministratie aanwezig te zijn en moet daaruit blijken dat de werknemer reeds op uiterlijk 31 december 2019 voor onbepaalde tijd in dienst was. Als niet voor 1 april 2020 aan deze voorwaarden is voldaan maar de arbeidsovereenkomst wel voortduurt na 31 maart, is met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2020 alsnog de hoge WW-premie verschuldigd.

de Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

[1] Belastingdienst, 28 oktober 2019. "Schriftelijk addendum voldoende voor lage WW-premie." Beschikbaar via https://fsa.pleio.nl/news/view/59669774/schriftelijk-addendum-voldoende-voor-lage-ww-premie.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Kennisdocument Premiedifferentiatie WW

Versie 1.1

datum 16 december 2019

Inhoud

Inleiding—3

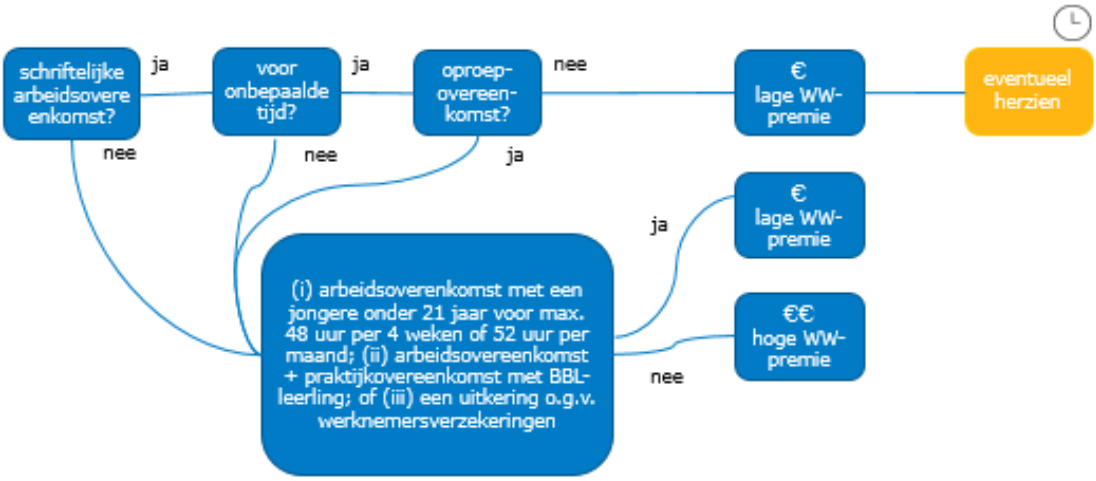
1 Premiedifferentiatie WW in vragen en antwoorden—4
1.1 Stroomschema's—4
—4
—4
1.2 Waarom heeft het kabinet een afspraak gemaakt over premiedifferentiatie WW in het Regeerakkoord?—4
1.3 Hoe is tot en met 2019 de WW-premie geregeld?—5
1.4 Wat gaat er veranderen door de nieuwe premiedifferentiatie WW?—5
1.5 Wanneer betaalt de werkgever de lage WW-premie?—6
1.6 Welke premie betaalt de werkgever als er wel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is, maar geen schriftelijke arbeidsovereenkomst?—6
1.7 Wanneer betaalt de werkgever de hoge WW-premie?—7
1.8 Wat zijn de uitzonderingen op het betalen van de lage of hoge WW-premie?—8
1.9 Is een hoog en laag premiepercentage nieuw?—9
1.10 Hoe wordt het premiepercentage vastgesteld?—9
1.11 Hoe wordt de WW-premie in de loonaangifte verwerkt?—9
1.12 Hoe wordt de WW-premie in de loonaangifte verwerkt indien de werkgever met een werknemer twee verschillende schriftelijke arbeidsovereenkomsten heeft gesloten waarvan één flexibel is en één vast?—13
1.13 Kan de lage WW-premie worden herzien waardoor de werkgever alsnog de hoge WW-premie is verschuldigd?—14
1.14 Hoe wordt de herziening van de WW-premie in de loonaangifte verwerkt?—15
1.15 Hoe wordt de WW-premie in de loonaangifte verwerkt indien er een fout is gemaakt?—17
1.16 Wat zijn verloonde uren? En hoe moet de 30% herzieningssituatie worden berekend?—17
1.17 Hoe ziet de toepassing van premiedifferentiatie WW eruit?—19
1.18 Geldt de premiedifferentiatie WW ook voor overheidswerkgevers?—19
Bijlage: enkele bijzondere situaties—21

Inleiding

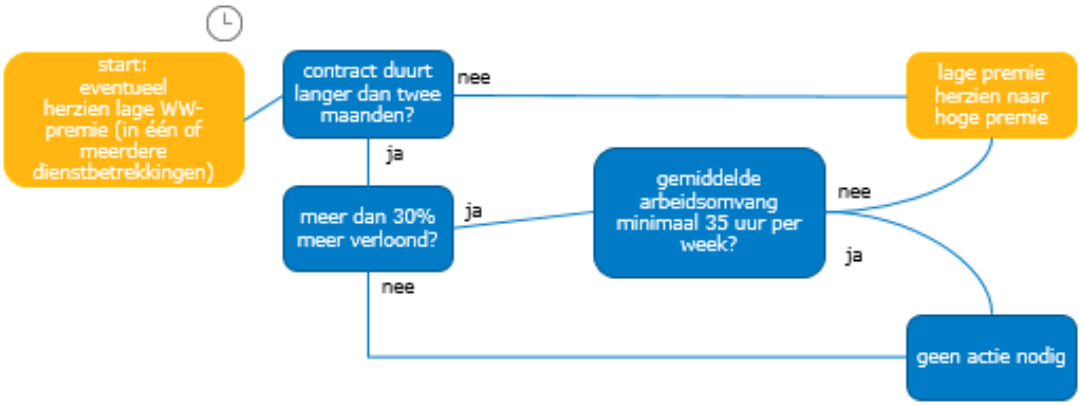
De Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) is op 5 februari aangenomen door de Tweede Kamer en op 28 mei 2019 is het wetsvoorstel door de Eerste Kamer aanvaard. De meeste onderdelen van de Wab, waaronder premiedifferentiatie WW, treden per 1 januari 2020 in werking.
In dit kennisdocument wordt ingegaan op de nieuwe wet- en regelgeving met betrekking tot premiedifferentiatie WW. De Wet arbeidsmarkt in balans zoals gepubliceerd in het Staatsblad (Stb. 2019, 219 en 266) en de lagere regelgeving gepubliceerd in het Staatsblad (Stb. 2019, 236; 2019, 233) en de Staatscourant (Stcrt. 2019, 38919) zijn leidend.

1 Premiedifferentiatie WW in vragen en antwoorden

1.1 Stroomschema's



Figuur 1: hoge/lage WW-premie



Figuur 2: Herziening

1.2 Waarom heeft het kabinet een afspraak gemaakt over premiedifferentiatie WW in het Regeerakkoord?

Per 1 januari 2020 treedt de Wet arbeidsmarkt in balans in werking. De Wab bestaat uit een samenhangend pakket van maatregelen ter bevordering van een sterke en goed functionerende arbeidsmarkt. Eén van de maatregelen is premiedifferentiatie WW naar aard van het contract. Premiedifferentiatie WW is in lijn met het doel van het in het Regeerakkoord 2017-2021 aangekondigde maatregelenpakket om de arbeidsmarkt in balans te brengen. Met de nieuwe vorm van premiedifferentiatie WW is de hoogte van de WW-premie niet meer afgeleid van de sector en

de risicopremiegroep waarin de werkgever actief is. De aard van het contract – vast (voor onbepaalde tijd) of flexibel – is vanaf 2020 leidend voor de hoogte van de WW-premie. In geval van een vast contract betaalt de werkgever minder WW-premie. Zo worden werkgevers gestimuleerd om vaste contracten te bieden aan werknemers. Om in aanmerking te komen voor de lage premie moet het gaan om een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij geen sprake is van een oproepovereenkomst.

1.3 Hoe is tot en met 2019 de WW-premie geregeld?

Voor de werknemersverzekeringen is het bedrijfsleven verdeeld in sectoren. Elke sector bestaat uit één of meer bedrijfs- of beroepstakken of gedeelten daarvan. Elke werkgever met verzekerd personeel is van rechtswege aangesloten bij één van deze sectoren. Er zijn 67 verschillende sectoren. Afhankelijk van de werkzaamheden wordt een werkgever door de Belastingdienst ingedeeld in één van de sectoren. Uitgangspunt is dat werkgevers met dezelfde werkzaamheden bij dezelfde sector zijn aangesloten. Zolang de ondernemingsactiviteiten van een werkgever niet wijzigen, blijft hij ingedeeld bij dezelfde sector. Indien de ondernemingsactiviteiten wijzigen, dan deelt de Belastingdienst de werkgever in een andere sector in. Per sector verschilt het premiepercentage voor de WW. De hoogte van de sectorpremie is afhankelijk van het werkloosheidsrisico in de betreffende bedrijfs- of beroepssector. Uit het sectorfonds worden de eerste zes maanden van de WW uitgekeerd, hierna wordt de uitkering uit het Algemeen Werkloosheidsfonds (AWf) uitgekeerd. Voor het Algemeen werkloosheidsfonds geldt een aparte uniforme premie AWf.

1.4 Wat gaat er veranderen door de nieuwe premiedifferentiatie WW?

Het oorspronkelijke idee van de indeling in sectoren is dat werknemers zich verbonden voelen met de sector en dat de sector de sectorpremie voor de WW laag kan houden door werkloosheid zoveel mogelijk beperkt te houden, oftewel ‘de vervuiler betaalt’. Dit blijkt niet goed te werken. De sectorindeling, met zijn oorsprong in de jaren ’50 van de vorige eeuw, sluit niet goed aan op de huidige economische en maatschappelijke situatie in Nederland. Werknemers zijn bijvoorbeeld niet meer hun leven lang werkzaam in één bepaalde sector en werkzaamheden binnen ondernemingen vallen steeds vaker onder verschillende sectoren. In de Wab wordt geregeld dat de sectorpremies en de uniforme premie AWf voor de WW worden afgeschaft en worden vervangen door één gedifferentieerde WW-premie ten gunste van het AWf. In de nieuwe systematiek zullen daarom alle WW-uitkeringslasten en alle premieopbrengsten (dus van zowel de hoge als de lage premie) lopen via het Algemeen Werkloosheidsfonds. De hoogte van de premie wordt niet langer afhankelijk gesteld van de mate van werkloosheid in de sector, maar van de aard van het contract. Vanaf 1 januari 2020 zijn er twee verschillende WW-premiepercentages: een hoge en een lage WW-premie. De Wab verplicht de werkgever om op de loonstrook te vermelden of er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, of er wel of geen sprake is van een oproepovereenkomst en of de arbeidsovereenkomst schriftelijk is overeengekomen.

1.5 Wanneer betaalt de werkgever de lage WW-premie?

De hoofdregel is dat de werkgever de lage WW-premie betaalt voor werknemers die werkzaam zijn op een vast contract, dat wil zeggen een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is. Aan de voorwaarde dat een arbeidsovereenkomst schriftelijk is vastgelegd wordt ook voldaan bij een digitale arbeidsovereenkomst.

Er is sprake van een oproepovereenkomst:

- wanneer de omvang van de arbeid niet is vastgelegd in een aantal uren per tijdseenheid van maximaal een maand;
- wanneer de omvang van de arbeid niet is vastgelegd in een aantal uren per tijdseenheid van maximaal een jaar waarbij het loon gelijkmatig over het jaar is gespreid; of
- wanneer de werknemer op grond van artikel 7:628 lid 5 of artikel 7:691 lid 7 BW (uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht) geen recht heeft op het naar tijdruimte vastgestelde loon, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht.

De werknemer heeft bij een oproepovereenkomst geen zekerheid over het aantal te werken uren en het loon. Een min-maxcontract valt ook onder oproepovereenkomst omdat een werknemer geen zekerheid heeft over de uit te betalen uren per maand omdat het aantal gewerkte uren kan variëren tussen de bandbreedte van het contract. Dit geldt ook voor een nul-urencontract.
De regering heeft rekening gehouden dat in sectoren die sterk afhankelijk zijn van seizoensarbeid het niet altijd mogelijk is om met werknemers een vast contract met een vaste arbeidsomvang per week of maand overeen te komen. Daarom maakt de Wab het mogelijk om ook de lage WW-premie te betalen voor schriftelijke contracten voor onbepaalde tijd waarbij de arbeidsomvang per jaar overeen is gekomen, mits het recht op loon gelijkmatig over het jaar is gespreid (de zogenoemde jaarurennorm).
Voor alle gevallen waarin niet aan de voorwaarden voor de lage WW-premie wordt voldaan, geldt de hoge WW-premie. Dat is onder andere het geval bij een oproepovereenkomst, overeenkomst voor bepaalde tijd of bij een arbeidsovereenkomst die niet schriftelijk is overeengekomen. Zie voor uitzonderingen op de hoofdregel vraag 1.8.
In de bijlage met bijzondere situaties wordt nader ingegaan op een aantal situaties waarin sprake is van een tijdelijke of blijvende wijziging van het aantal overeengekomen uren en de gevolgen die dat heeft voor de hoogte van de WW-premie.

1.6 Welke premie betaalt de werkgever als er wel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is, maar geen schriftelijke arbeidsovereenkomst?

Indien er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten, dan wordt niet voldaan aan de voorwaarden voor de lage WW-premie (behoudens de uitzonderingen die in vraag 1.8 zijn benoemd). De werkgever is dan de hoge WW-premie verschuldigd. Wanneer een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten die van rechtswege is overgegaan

in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is de lage WW-premie verschuldigd indien de oorspronkelijke schriftelijke arbeidsovereenkomst is aangepast aan de nieuwe situatie of in het geval de werkgever beschikt over een schriftelijk, door beide partijen ondertekend addendum bij de oorspronkelijke schriftelijke arbeidsovereenkomst. Een dergelijk addendum is ook voldoende voor het afdragen van de lage WW-premie als de originele arbeidsovereenkomst nooit op schrift gesteld is of niet meer in de administratie van de werkgever beschikbaar is.

De voorwaarden voor een addendum op basis waarvan de lage WW-premie is verschuldigd zijn als volgt:

- Werknemer en werkgever hebben een schriftelijk addendum ondertekend;
- Uit dit addendum blijkt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is; en
- De werkgever bewaart dit addendum bij de loonadministratie.

De werkgever is verplicht om op de loonstrook te vermelden of er een schriftelijke arbeidsovereenkomst (of schriftelijk addendum bij de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst) is overeengekomen en in de loonaangifte met een indicatie Ja/Nee aan te geven of er hiervan sprake is. Via het digitaal verzekeringsbericht van UWV kan de werknemer controleren of de aard van het contract juist in de loonaangifte is opgenomen.

Werkgevers krijgen tot 1 april 2020 de tijd om te voldoen aan deze administratieve vereisten voor de lage WW-premie. Dit betekent dat werkgevers tot die tijd de lage WW-premie mogen afdragen, ook als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (niet zijnde een oproepovereenkomst) nog niet schriftelijk is vastgelegd, of als de arbeidsovereenkomst of het addendum nog niet door beide partijen is ondertekend. In zulke situaties kunnen werkgevers in de loonaangifte over die tijdvakken de indicatierubriek ‘schriftelijke arbeidsovereenkomst’ vullen met ‘ja’. Deze coulance geldt alleen voor arbeidsovereenkomsten van werknemers die voor 1 januari 2020 in dienst zijn getreden; voor andere arbeidsovereenkomsten geldt de coulance niet.

Uiterlijk voor 1 april 2020 dient voor deze werknemers de door beide partijen ondertekende schriftelijke arbeidsovereenkomst of het door beide partijen ondertekende schriftelijke addendum in de loonadministratie aanwezig te zijn en moet daaruit blijken dat de werknemer reeds op uiterlijk 31 december 2019 voor onbepaalde tijd in dienst was. Ook een digitale handtekening volstaat, evenals instemming via de e-mail of in een HR-systeem. Als niet voor 1 april 2020 aan deze voorwaarden is voldaan maar de arbeidsovereenkomst wel voortduurt na 31 maart, is met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2020 alsnog de hoge WW-premie verschuldigd.

1.7 Wanneer betaalt de werkgever de hoge WW-premie?

Voor alle gevallen, met uitzondering van de uitzonderingen die in vraag 1.8 zijn benoemd, waarin niet aan de voorwaarden van de lage WW-premie (schriftelijk, onbepaalde tijd en geen

oproepovereenkomst) wordt voldaan, geldt de hoge WW-premie. Dit geldt dus voor alle flexibele dienstverbanden. Daaronder vallen werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar ook uitzendkrachten die een uitzendovereenkomst hebben met een uitzendbeding. De hoge WW-premie is ook van toepassing bij een fictieve dienstbetrekking. Een fictieve dienstbetrekking voldoet voor toepassing van de lage WW-premie namelijk niet aan het vereiste dat sprake is van een dienstbetrekking zoals bedoeld in artikel 3 WW die steunt op de arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW). Daarnaast betaalt de werkgever ook de hoge WW-premie voor oproepkrachten die werkzaam zijn op basis van een oproepovereenkomst. (Zie vraag 4 voor meer informatie over een oproepovereenkomst.) De hoge premie geldt echter niet als één van de hierna in vraag 1.8 genoemde uitzonderingen van toepassing is.

1.8 Wat zijn de uitzonderingen op het betalen van de lage of hoge WW-premie?

Er zijn drie situaties waarin de werkgever altijd de lage WW-premie mag betalen.

a) Wanneer een werkgever met een BBL-leerling een praktijkovereenkomst sluit en die voorziet van dagtekening en in de administratie opneemt, dan mag de werkgever de lage WW-premie betalen als de werkgever ook een arbeidsovereenkomst met de BBL-leerling heeft. BBL staat voor Beroeps Begeleidende Leerweg. Dit is een onderwijsvorm waarbij de leerlingen werkend leren. De leerling gaat meestal één dag in de week naar school, de andere vier dagen werkt hij bij een erkend leerbedrijf. De praktijkovereenkomst kan dus gepaard gaan met een arbeidsovereenkomst doordat beide overeenkomsten door partijen worden gesloten of doordat uit de aard van de feitelijk te verrichten activiteiten en de verhouding waarbinnen die activiteiten worden verricht ook sprake is van een arbeidsovereenkomst.

b) De werkgever betaalt de lage WW-premie indien een arbeidsovereenkomst is gesloten met een werknemer jonger dan 21 jaar die maximaal 48 uur per aangiftetijdvak van vier weken of 52 uur per aangiftetijdvak van een kalendermaand verloond heeft gekregen. Het is hierbij niet van belang of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd is gesloten of dat het een oproepovereenkomst betreft. De situatie kan zich voordoen dat de werkgever het ene aangiftetijdvak de lage WW-premie en het andere aangiftetijdvak de hoge WW-premie – namelijk waarin meer dan 48 of 52 uren verloond zijn – moet betalen voor een jongere onder de 21 jaar. Ook indien de arbeidsovereenkomst gedurende de maand wordt beëindigd, moet worden gekeken naar het totaal aan verloonde uren van dat tijdvak. Dus als een werknemer gedurende 2 weken 20 uur per week verloond heeft gekregen, gaat het om 40 verloonde uren in totaal en moet de werkgever de lage WW-premie betalen. Voor de toets aan de leeftijd van 21 jaar is de leeftijd van belang die de werknemer had op de eerste dag van het betreffende aangiftetijdvak van vier weken of een maand. Als de werknemer op de eerste dag van het aangiftetijdvak nog niet in dienst was, dan geldt de leeftijd van de werknemer op de eerste dag van de dienstbetrekking. Om te bepalen of aan het

maximum van 48 of 52 verloonde uren per tijdvak wordt voldaan moeten de verloonde uren van verschillende dienstbetrekkingen bij elkaar worden opgeteld.

c) De werkgever betaalt over uitkeringen op grond van de werknemersverzekeringen (WW, ZW, WIA, WAO, WAZO) de lage WW-premie. Dit is zowel het geval indien UWV de uitkering rechtstreeks aan de werknemer betaalt als wanneer de werkgever de uitkering van UWV ontvangt en aan de werknemer doorbetaalt (dit wordt een werkgeversbetaling genoemd) of als de werkgever eigenrisicodrager is en de uitkering zelf betaalt.

1.9 Is een hoog en laag premiepercentage nieuw?

Het differentiëren naar soort contract is niet nieuw. In de sectoren agrarisch bedrijf, bouwbedrijf, culturele instellingen, horeca algemeen en schildersbedrijf wordt voor 1 januari 2020 ook gebruik gemaakt van twee verschillende sectorpremiepercentages (een lage en een hoge sectorpremie). In deze sectoren is differentiatie omdat er veel seizoenswerk plaatsvindt; via die differentiatie wordt seizoensmatig beroep op WW in de premie verwerkt waarbij de hoogte van de premie afhankelijk is van de duur van het contract. De lage sectorpremie is van toepassing bij een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en bij een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van ten minste een jaar.

1.10 Hoe wordt het premiepercentage vastgesteld?

Het totaal aan op te halen WW-premies wordt jaarlijks vastgesteld door de minister van SZW, als onderdeel van de integrale lastenafweging van het kabinet. Daarbij is een stabiele en voorspelbare lastenontwikkeling het uitgangspunt. Het totaal aan op te halen premies wordt verdeeld over de loonsom van de vaste en tijdelijke contracten, met een premieverschil van 5 procentpunt. Met dit verschil wordt tot uitdrukking gebracht dat de WW-schadelast van flexibele contracten circa 2,5 à 3 keer groter is dan van vaste contracten. De hoge en lage WW-premie komen beide ten bate van het Algemeen Werkloosheidsfonds (AWf). De WW-premie is niet lastendekkend. De minister van SZW heeft de premiepercentages over 2020 vastgesteld en bekendgemaakt in november 2019. De lage premie is vastgesteld op 2,94% en de hoge premie op 7,94%.

1.11 Hoe wordt de WW-premie in de loonaangifte verwerkt?

In de loonaangifte geven werkgevers op de juiste wijze aan of sprake is van de lage of de hoge WW-premie. De situatie op de eerste dag van het aangiftetijdvak geldt als peildatum waarvan werkgevers uitgaan bij het bepalen of de lage of hoge WW-premie is verschuldigd. Die premie geldt dan voor het gehele aangiftetijdvak. In de loonaangifte komen een aantal nieuwe rubrieken in het kader van de Wab zoals ‘aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag’, ‘aanwas in het cumulatieve premieloon AWf hoog’, ‘aanwas in het cumulatieve premieloon AWf herzien’, ‘premie AWf laag’, ‘premie AWf hoog’ en ‘premie AWf herzien’. In de loonaangifte vult de werkgever de van toepassing zijnde rubrieken in. Hierna volgt een aantal voorbeelden. In de voorbeelden wordt

'premie AWf' gebruikt vanwege de aansluiting bij de rubrieken in de loonaangifte. Met 'premie AWf' wordt hetzelfde als de WW-premie bedoeld; AWf verwijst naar het Algemeen Werkloosheidsfonds.

❖

Voorbeeld 1 (werknemer met een vaste dienstbetrekking voor onbepaalde tijd)

Situatie: de werknemer treedt in dienst per 1 maart 2020 op grond van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is. De werkgever doet loonaangifte per tijdvak van een kalendermaand. Het maandloon is € 1000. De fictieve premiepercentages zijn 3% (laag) en 8% (hoog). Welke premie AWf (oftewel WW-premie) is van toepassing?

Antwoord: er wordt voldaan aan de voorwaarden voor de lage premie AWf (WW-premie) omdat er een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is overeengekomen, die geen oproepovereenkomst is. In de tabel hieronder staat hoe dit er in de loonaangifte uit ziet. De contractindicatie J/N geeft aan ja/nee. Vervolgens wordt het maandloon ingevuld bij 'aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag' omdat de lage premie AWf van toepassing is. 3% over € 1000,00 geeft een premie van € 30,00 die ingevuld wordt bij premie AWf laag. De andere rubrieken worden ingevuld met € 0,00. Dit zijn verplichte rubrieken.

❖

Aangiftetijdvak	maart 2020	april 2020	... enz ...
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd	J	J	J
Schriftelijke arbeidsovereenkomst	J	J	J
Oproepovereenkomst	N	N	N
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag	€ 1.000,00	€ 1.000,00	€ 1.000,00
Premie AWf laag	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00

Voorbeeld 2 (contractwijziging in de loop van een aangiftetijdvak)

Situatie: een werknemer treedt in dienst per 1 maart 2020. Er is sprake van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die geen oproepovereenkomst is. De werkgever doet aangifte per kalendermaand. Deze werknemer gaat met ingang van 20 september 2020 op basis van een nulurencontract werken. Dit is een oproepovereenkomst. Vanaf dat moment wijzigt in de inkomstenperiode de indicatie Oproepovereenkomst in 'J'. Het maandloon is € 1000. De fictieve premiepercentages zijn 3% (laag) en 8% (hoog). Welke AWf premie is over september 2020 van toepassing?

Antwoord: de contractindicaties die van toepassing zijn op de eerste dag van het aangiftetijdvak (of op de eerste dag van de dienstbetrekking) bepalen de hoogte van de WW-premie over het gehele aangiftetijdvak. Op 1 september 2020 (de eerste dag van het aangiftetijdvak september) wordt nog voldaan aan de voorwaarden om over het aangiftetijdvak september de lage premie AWf toe te passen. De hoge premie AWf geldt pas vanaf de eerste dag van het volgende aangiftetijdvak. Over al het loon dat de werknemer vanaf 1 oktober 2020 geniet, is de werkgever de hoge AWf premie verschuldigd. Dus ook als er sprake is van een nabetaling over een periode vóór 1 oktober, die wordt genoten na 1 oktober, is de werkgever over die nabetaling de hoge AWf premie verschuldigd.

❖

Aangiftetijdvak	maart 2020	april 2020	… enz …	sept. 2020		okt. 2020
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd	J	J	J	J	J	J
Schriftelijke arbeidsovereenkomst	J	J	J	J	J	J
Oproepovereenkomst	N	N	N	N	J	J
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag	€ 1.000,00	€ 1.000,00	€ 1.000,00	€ 1.000,00		€ 0,00
Premie AWf laag	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00		€ 0,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00		€ 1.000,00
Premie AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00		€ 80,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00		€ 0,00
Premie AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00		€ 0,00

Voorbeeld 3 (werknemer is jonger dan 21 jaar)

Situatie: werknemer is jonger dan 21 jaar en heeft een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 1 januari 2020 tot en met 30 juni 2020. Het is geen oproepovereenkomst. De werkgever doet aangifte per kalendermaand. Het uurloon is € 10. De werknemer werkt in:

Januari – 52 uur
Februari – 48 uur
Maart – 56 uur
April – 48 uur
Mei – 52 uur
Juni – 56 uur

De fictieve premiepercentages zijn 3% (laag) en 8% (hoog). Welke AWf premie is van toepassing?

Antwoord: omdat de werknemer jonger is dan 21 jaar geldt de uitzonderingssituatie dat de werkgever de lage AWf premie is verschuldigd als de werknemer per aangiftetijdvak van een kalendermaand maximaal 52 uur krijgt verloond. Per aangiftetijdvak wordt getoetst of de werknemer aan de uitzondering voldoet. In het overzicht hieronder ziet u dat in de maanden maart en juni meer dan 52 uren wordt verloond en de werkgever daarom in die twee maanden de hoge AWf premie is verschuldigd.

❖

Aangiftetijdvak	jan. 2020	feb. 2020	maart 2020	apr. 2020	mei 2020	juni 2020
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd	N	N	N	N	N	N
Schriftelijke arbeidsovereenkomst	J	J	J	J	J	J
Oproepovereenkomst	N	N	N	N	N	N
Aantal verloonde uren	52	48	56	48	52	56
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag	€ 520,00	€ 480,00	€ 0,00	€ 480,00	€ 520,00	€ 0,00
Premie AWf laag	€ 15,60	€ 14,40	€ 0,00	€ 14,40	€ 15,60	€ 0,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 560,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 560,00
Premie AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 44,80	€ 0,00	€ 0,00	€ 44,80
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00

Voorbeeld 4 (werknemer wordt in de loop van een tijdvak 21 jaar)

Situatie: de werknemer uit voorbeeld 3 wordt op 15 april 2020 21 jaar. Welke AWf premie is de werkgever verschuldigd over de maanden april, mei en juni 2020?

Antwoord: omdat de werknemer op 1 april 2020 (dit is de eerste dag van het aangiftetijdvak april) jonger is dan 21 jaar, geldt over de hele maand april de uitzonderingssituatie dat de werkgever de lage AWf premie is verschuldigd omdat de werknemer in de maand april niet meer dan 52 uur verloonde uren had. In de maand mei 2020 had de werknemer ook niet meer dan 52 verloonde uren, maar op 1 mei was de werknemer inmiddels 21 jaar. Daardoor geldt de uitzondering niet meer voor de maanden mei en juni is de werkgever over die maanden de hoge WW-premie verschuldigd omdat er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is.

❖

Aangiftetijdvak	jan-20	feb-20	mrt-20	apr-20	mei-20	jun-20
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd	N	N	N	N	N	N
Schriftelijke arbeidsovereenkomst	J	J	J	J	J	J
Oproepovereenkomst	N	N	N	N	N	N
Leeftijd werknemer	20	20	20	20 21	21	21
Aantal verloonde uren	52	48	56	48	52	56
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag	€ 520,00	€ 480,00	€ 0,00	€ 480,00	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf laag	€ 15,60	€ 14,40	€ 0,00	€ 14,40	€ 0,00	€ 0,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 560,00	€ 0,00	€ 520,00	€ 560,00
Premie AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 44,80	€ 0,00	€ 41,60	€ 44,80
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00

1.12 Hoe wordt de WW-premie in de loonaangifte verwerkt indien de werkgever met een werknemer twee verschillende schriftelijke arbeidsovereenkomsten heeft gesloten waarvan één flexibel is en één vast?

Het kan voorkomen dat een werkgever met één werknemer twee dienstbetrekkingen heeft gesloten. Bijvoorbeeld een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 20 uur per week en een oproepovereenkomst voor onbepaalde tijd zijnde een nul-urencontract. Per arbeidsovereenkomst wordt beoordeeld of de lage of de hoge WW-premie van toepassing is. De werkgever geeft dit aan in de loonaangifte door middel van twee aparte inkomstenverhoudingen. Hieronder volgt een voorbeeld. In het voorbeeld wordt 'premie AWf' gebruikt vanwege de aansluiting bij de rubrieken in de loonaangifte. Met 'premie AWf' wordt de WW-premie bedoeld; AWf verwijst naar het Algemeen Werkloosheidsfonds.

❖

Voorbeeld 5 (de werknemer heeft twee verschillende schriftelijke arbeidsovereenkomsten)

Situatie: een werkgever heeft twee verschillende dienstbetrekkingen met dezelfde werknemer. Eén schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is voor 20 uur per week met een maandloon van € 1000. En een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die een nul-urencontract is met een wisselend aantal uren en wisselend maandloon. De fictieve premiepercentages zijn 3% (laag) en 8% (hoog). Welke AWf premie is van toepassing en hoe wordt dit in de loonaangifte verwerkt?

Antwoord: er zijn twee dienstbetrekkingen, daarom worden er twee inkomstenverhoudingen (ikv's) aangemaakt. Voor de eerste inkomstenverhouding geldt dat de werkgever de lage AWf premie betaalt omdat de voorwaarden schriftelijke arbeidsovereenkomst, onbepaalde tijd en geen oproepovereenkomst van toepassing zijn. De tweede inkomstenverhouding is een oproepovereenkomst, de hoge AWf premie is dus van toepassing.

❖

Aangiftetijdvak	maart 2020	april 2020	... enz ...	maart 2020	april 2020	... enz ...
	ikv 1			ikv 2		
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd	J	J	J	J	J	J
Schriftelijke arbeidsovereenkomst	J	J	J	J	J	J
Oproepovereenkomst	N	N	N	J	J	J
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag	€ 1.000,00	€ 1.000,00	€ 1.000,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf laag	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 300,00	€ 400,00	€ 500,00
Premie AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 24,00	€ 32,00	€ 40,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf herzien	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00

1.13 Kan de lage WW-premie worden herzien waardoor de werkgever alsnog de hoge WW-premie is verschuldigd?

In een aantal situaties moet de werkgever de lage WW-premie herzien. Hiervoor is de werkgever zelf verantwoordelijk. De werkgever is in eerste instantie de lage WW-premie verschuldigd. Wanneer één van de herzieningssituaties zich voordoet, is de werkgever verplicht om met terugwerkende kracht de hoge WW-premie te betalen. De hoge WW-premie is dan alsnog met terugwerkende kracht verschuldigd. De hoogte van de herziening is het verschil tussen enerzijds de premies die de werkgever zou hebben betaald als hij gedurende de voorafgaande twaalf maanden (of, indien de arbeidsovereenkomst korter heeft geduurd, over de gehele duur van de arbeidsovereenkomst) de hoge premie had betaald, en anderzijds de premies die de werkgever reeds heeft betaald. Een herziening heeft dus betrekking op een periode van maximaal twaalf maanden. Als een herziening betrekking heeft op perioden in twee kalenderjaren, moet voor elk respectievelijk kalenderjaar worden gerekend met de premies die in dat jaar van toepassing waren. Vanaf 1 januari 2020 gelden twee herzieningssituaties:

a) Wanneer de dienstbetrekking uiterlijk twee maanden na aanvang eindigt. De reden van de beëindiging van de dienstbetrekking is hiervoor niet relevant. Hieronder valt ook de situatie waarin de dienstbetrekking precies twee maanden heeft geduurd. Voor het tellen van de periode van twee maanden worden twee arbeidsovereenkomsten die elkaar zonder onderbreking (dus ook niet een onderbreking van één dag) opvolgen aangemerkt als één dienstbetrekking.

b) Wanneer de uren waarover loon wordt betaald (de verloonde uren) de contractuele overeengekomen uren (de contracturen) met meer dan 30% overstijgen in de loonaangifte over het betreffende kalenderjaar. Deze bepaling is niet van toepassing als de werknemer in het kalenderjaar bij de werkgever één of meer dienstbetrekkingen heeft waarop de werkgever de lage WW-premie mag toepassen waarbij in deze dienstbetrekking(en) gemiddeld een arbeidsomvang van minimaal 35 uur per week is overeengekomen (voltijds volgens de definitie van het Centraal Bureau voor de Statistiek). Deze bepaling voorkomt dat vaste contracten worden aangegaan met een (zeer) beperkt aantal vaste uren en in de praktijk structureel overwerk wordt ingezet als flexibele arbeid en wordt berekend over de loonaangiftegegevens van een bepaald kalenderjaar. Om te berekenen of deze situatie op een werknemer van toepassing is, wordt de verhouding tussen het totaal aantal verloonde uren en de totale overeengekomen uren in de arbeidsovereenkomsten in het kalenderjaar berekend. (Zie voor de berekening hiervan vraag 16.)

Na 2020 wordt bekeken of en zo ja wanneer nog twee herzieningsgronden in werking treden, namelijk:

c) Wanneer de werknemer binnen een jaar na de aanvang van de dienstbetrekking een WW-uitkering ontvangt.

d) Wanneer de werknemer een WW-uitkering krijgt toegekend, terwijl maximaal een jaar eerder bij dezelfde werkgever het lage percentage moest worden herzien op grond van onderdeel c.

1.14 Hoe wordt de herziening van de WW-premie in de loonaangifte verwerkt?

Door middel van een correctiebericht in de loonaangifte geeft de werkgever de grondslagaanwas en de hoge WW-premie op in de rubrieken voor ‘herzien’. Correctieberichten worden verzonden voor alle voorafgaande aangiften (bij maandaangifte maximaal twaalf en bij aangifte per vier weken maximaal dertien). In een correctiebericht (of in de aangifte) geeft de werkgever op:

- de grondslagaanwas in de rubriek 'Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf herzien';
- de hoge premie in de rubriek 'Premie AWf herzien’;
- € 0 in de rubrieken voor 'Premie AWf laag' en 'Premie AWf hoog' (dit zijn verplichte velden).

Stel op 15 juli 2020 is er sprake van een herzieningsgrond waardoor de werkgever de lage WW-premie moet herzien in de hoge WW-premie. Indien over de maand juli al aangifte is gedaan dan wordt door middel van correcties in de maand augustus of september de WW-premie herzien. Is er nog geen aangifte over de maand juli gedaan dan mag de werkgever in het tijdvak juli ook in de reguliere aangifte al de hoge WW-premie opgeven in de rubrieken voor ‘herzien’ en dan correcties doen over de eerdere aangiften. **NB:** Herzien heeft geen invloed op de contract-indicaties (J/N).
Het verschil tussen de lage en de hoge WW-premie levert een saldo op. Bij gebruikmaking van de correctiesystematiek moet ook de gegevensgroep ‘Saldo correcties voorafgaand aangiftetijdvak’ verplicht in de loonaangifte worden opgegeven voor elk van de te corrigeren tijdvakken. Naast het

collectieve deel bevat deze correctie ook de gegevens van werknemers waarvan gegevens in verband met de herziening zijn gewijzigd of aangevuld. Zie voor meer informatie de Gegevensspecificatie Loonheffingen 2020 2.0.

Hieronder volgt een voorbeeld. In het voorbeeld wordt 'premie AWf' gebruikt vanwege de aansluiting bij de rubrieken in de loonaangifte. Met 'premie AWf' wordt de WW-premie bedoeld; AWf verwijst naar het Algemeen Werkloosheidsfonds.

❖

Voorbeeld 6 (de WW-premie wordt herzien)

Situatie: een werknemer treedt per 1 maart 2020 in dienst. Er is een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is. Het maandloon is € 1000,000. Per 15 april gaat de werknemer uit dienst. Het loon over april is € 500,00. De werkgever doet maandaangifte. De fictieve premiepercentages zijn 3% (laag) en 8% (hoog). Wat moet de werkgever aangeven in de loonaangifte?

Antwoord: de lage AWf premie is van toepassing omdat de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst heeft voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is. De werkgever doet als volgt aangifte:

Aangiftetijdvak	maart 2020	april 2020
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd	J	J
Schriftelijke arbeidsovereenkomst	J	J
Oproepovereenkomst	N	N
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag	€ 1.000,00	€ 500,00
Correctie (bij mei of juni) over	maart 2020	april 2020
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd	J	J
Schriftelijke arbeidsovereenkomst	J	J
Oproepovereenkomst	N	N
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf laag	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf laag	€ 0,00	€ 0,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00
Premie AWf hoog	€ 0,00	€ 0,00
Aanwas in het cumulatieve premieloon AWf herzien	€ 1.000,00	€ 500,00
Premie AWf herzien	€ 80,00	€ 40,00

De werknemer gaat op 15 april 2020 uit dienst, dit is binnen twee maanden. Er is dus sprake van een herzieningssituatie waardoor met terugwerkende kracht de hoge AWf premie van toepassing is. De werkgever geeft dit in de loonaangifte aan door middel van een correctiebericht waarin de rubrieken grondslagaanwas in het cumulatieve premieloon voor herzien en de hoge AWf premie voor herzien wordt ingevuld. De contractindicaties blijven hetzelfde.

❖

1.15 Hoe wordt de WW-premie in de loonaangifte verwerkt indien er een fout is gemaakt?

Er is sprake van een fout als bijvoorbeeld ten onrechte is aangegeven dat er geen sprake is van een oproepovereenkomst terwijl dit wel het geval is. Een fout herstellen is niet hetzelfde als herzien. De werkgever moet bij het herstellen van deze fout de onjuiste aangiften met de lage WW-premie corrigeren. In het correctiebericht worden dan de juiste contract-indicaties (J/N) aangegeven en in het correctiebericht wordt de 'normale' hoge WW-premie vermeld bij 'Premie AWf hoog' in plaats van bij 'Premie AWf herzien' zoals bij de herzieningssituaties.

1.16 Wat zijn verloonde uren? En hoe moet de 30% herzieningssituatie worden berekend?

Verloonde uren zijn uren waarover loon is betaald. De hoofdregel is dat elk beloond uur een verloond uur is. Hieronder vallen onder andere:

- de contracturen;
- niet gewerkte maar wel volledig uitbetaalde uren bijvoorbeeld tijdens verlof of ziekte; en
- niet opgenomen maar wel volledig uitbetaalde verlofuren.

De verloonde uren worden opgegeven in het aangiftetijdvak waarin de werknemer het loon heeft genoten. Als de werkgever met de werknemer overeen is gekomen dat per uur een vergoeding wordt betaald voor beschikbaarheidsdiensten, dan is er sprake van verloonde uren. Betaalt de werkgever per beschikbaarheidsdienst een vaste vergoeding ongeacht het aantal uren dat de werknemer beschikbaar is, dan leidt dat niet tot verloonde uren. Er is geen sprake van verloonde uren wanneer de uren gewerkt zijn, maar onbetaald zoals in het geval van adv-uren (arbeidsduurverkorting) en onbetaalde overwerkuren. Verdere uitleg over verloonde uren is beschikbaar in het 'memo verloonde uren', dat te vinden is op de website van de Belastingdienst. (klik hier)

In de toelichting bij de wijziging van de Regeling Wfsv (Stcrt. 2019, 38919) staat hoe de 30% herzieningssituatie wordt berekend. De werkgever telt het totaal aantal verloonde uren in alle aangiftetijdvakken in het kalenderjaar bij elkaar op. De werkgever berekent het aantal uren dat als omvang van de te verrichten arbeid is overeengekomen per aangiftetijdvak, dit wordt rekenkundig afgerond op twee decimalen. Vervolgens telt de werkgever alle uren per aangiftetijdvak in het kalenderjaar bij elkaar op. Vervolgens berekent de werkgever het percentage van hoeveel uren meer verloond zijn dan contractueel overeengekomen. Dit percentage wordt naar beneden afgerond op een heel percentage. Is het percentage 31% of meer dan herziet de werkgever de lage WW-premie.

Voor deze berekening tellen alle dienstbetrekkingen met de lage en de hoge WW-premie tussen de werknemer en de werkgever in het kalenderjaar mee (dus niet per loonheffingennummer). Omdat alle dienstbetrekkingen over het gehele kalenderjaar meetellen, kan de werkgever de berekening pas na afloop van het kalenderjaar maken. Herziening van de WW-premie op deze herzieningsgrond

is dus ook pas mogelijk bij of na afloop van de aangifte over de maand december of periode 13. Hieronder zijn twee voorbeelden opgenomen.

❖

Voorbeeld 7 (berekening meer dan 30% verloonde uren)

Situatie: de werkgever hanteert een aangiftetijdvak van een kalendermaand. De werknemer heeft een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is voor 20 uur per week. De werknemer heeft het hele kalenderjaar gewerkt. Er zijn 1200 verloonde uren in het kalenderjaar. Wordt de lage WW-premie herzien?

Antwoord: de overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak is (20,00 uur x 13/3) = 86,666. Dit is rekenkundig afgerond 86,67 uur. De werknemer heeft van januari tot en met december gewerkt. De overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar wordt berekend door per maand (86,67 uur) de overeengekomen arbeidsomvang bij elkaar op te tellen. Dat is 12 x 86,67 = 1040,04 uur. Er zijn 1200 uren verloond. De verhouding tussen verloonde uren ten opzichte van de contracturen is: ((1200/1040,04) – 1) x 100% = 15,38%. Dit wordt afgerond naar beneden op nul decimalen. Afgerond is er 15% meer verloonde uren dan de overeengekomen arbeidsomvang. Dit is minder dan 30%, daarom wordt in dit geval de lage WW-premie niet herzien.

❖

Voorbeeld 8 (berekening meer dan 30% verloonde uren)

Situatie: de werkgever hanteert een aangiftetijdvak van vier weken. De werknemer heeft een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is voor 15 uur per week. De werknemer heeft het hele kalenderjaar gewerkt. Er zijn 1200 verloonde uren in het kalenderjaar. Wordt de lage WW-premie herzien?

Antwoord: de overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak is (15,00 uur x 4) = 60,00 uur. De werknemer heeft van januari tot en met december gewerkt. De overeengekomen arbeidsomvang per kalenderjaar wordt berekend door per aangiftetijdvak (60,00 uur) de overeengekomen arbeidsomvang bij elkaar op te tellen. Er zijn dertien aangiftetijdvakken. Dus 13 x 60,00 = 780,00 uur. Er zijn 1200 uren verloond. De verhouding tussen verloonde uren ten opzichte van contracturen is: ((1200/780) – 1) x 100% = 53,85%. Dit wordt afgerond naar beneden op nul decimalen. Afgerond is er 53% meer verloonde uren dan de overeengekomen arbeidsomvang. Dit is meer dan 30% daarom wordt in dit geval de lage WW-premie herzien in de hoge WW-premie.

❖

Deze herzieningssituatie is niet van toepassing als de werknemer bij de werkgever één of meer dienstbetrekkingen heeft waarop de werkgever de lage WW-premie mag toepassen en in de aangiftetijdvakken in deze dienstbetrekking(en) waarin hij de lage premie mag toepassen gemiddeld een arbeidsomvang van minimaal 35 uur per week is overeengekomen. Om te bepalen of daarvan sprake is, wordt de totale overeengekomen arbeidsomvang gedeeld door de duur van de dienstbetrekking in het kalenderjaar uitgedrukt in weken.

❖

Voorbeeld 9 (berekening gemiddeld 35 contracturen per week)

Situatie: een werknemer is het hele kalenderjaar in dienst bij de werkgever en heeft een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst is. De werkgever doet loonaangifte per kalendermaand. De overeengekomen arbeidsomvang is dertig uur per week. Vanaf 1 juli krijgt de werknemer een contract voor veertig uur per week. Moet de lage WW-premie worden herzien?

Antwoord: De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak in de eerste zes maanden van het kalenderjaar is (30 uur x 13/3) = 130 uur. De overeengekomen arbeidsomvang per aangiftetijdvak in de laatste zes maanden van het kalenderjaar is (40 uur x 13/3) = 173,333. Dit is rekenkundig afgerond 173,33 uur. De totale overeengekomen arbeidsomvang in het kalenderjaar is (6 x 130) + (6 x 173,33) = 1819,98 uur. De werknemer is 365 dagen in dienst dat zijn 365/7 = 52,14 weken. De gemiddelde overeengekomen arbeidsomvang per week is dan 1819,98/52,14 = 34,905 dit is rekenkundig afgerond 34,91 uur. Dit wordt naar boven afgerond op een heel aantal uren. De werknemer heeft gemiddeld 35 uur per week overeengekomen vaste uren. De WW-premie voor deze werknemer wordt niet op grond van de 30% herzieningssituatie herzien.

❖

1.17 Hoe ziet de toepassing van premiedifferentiatie WW eruit?

Het betalen van de juiste WW-premie is de verantwoordelijkheid van de werkgever. De werkgever weet immers welk type contract hij heeft gesloten met de werknemer en of er sprake is van een herzieningssituatie (zie vraag 12). De Wab verplicht werkgevers om de aard van het contract (voor onbepaalde tijd en wel/geen oproepovereenkomst) en of het contract schriftelijk is overeengekomen te vermelden op de loonstrook en aan te geven in de loonaangifte. Werknemers kunnen hierdoor zien op basis van welke contractvorm zij werken. UWV en Belastingdienst hebben een rol bij het toezicht en de handhaving van de premiedifferentiatie WW. Zo gaat UWV gegevens uitwisselen met de Belastingdienst over de herzieningssituaties om toezicht op de toepassing te kunnen uitvoeren. Herziet de werkgever de WW-premie niet uit zichzelf, dan kan hij door de Belastingdienst daartoe worden verplicht.

1.18 Geldt de premiedifferentiatie WW ook voor overheidswerkgevers?

Voor werkgevers die voor werknemers Ufo-premie verschuldigd zijn, blijft de situatie ongewijzigd. De Ufo-premie kent geen differentiatie in een hoog en een laag premietarief. De overheidswerkgever is verplicht om in de loonaangifte aan te geven of er sprake is van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaald tijd die geen oproepovereenkomst is. De verplichtingen met betrekking tot vermelding van de aard van het contract op de loonstrook en of het contract schriftelijk is overeengekomen zijn van toepassing op ambtenaren die in de Wet Normalisering Rechtspositie Ambtenaren per 1 januari 2020 niet worden uitgezonderd en onder het

private arbeidsrecht gaan vallen. Zie voor meer informatie de Gegevensspecificaties aangifte loonheffingen 2020 2.0.

Bijlage: enkele bijzondere situaties

	Situatie	**Hoge of lage WW-premie?**
1	Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 10 uur per week wordt via een addendum tijdelijk uitgebreid tot 30 uur per week.	Voor de vaste arbeidsovereenkomst van 10 uur per week is de lage WW-premie van toepassing. Het addendum met de tijdelijke 20 extra uren per week geldt als een aparte arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarop de hoge WW-premie van toepassing is. Er is bij beide arbeidsovereenkomsten geen sprake van een oproepovereenkomst, omdat in beide arbeidsovereenkomsten de omvang als één aantal uren per tijdvak is vastgelegd.
2	Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor 10 uur per week wordt via een addendum tijdelijk (met een kortere duur) uitgebreid tot 30 uur per week.	Voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 10 uur per week is de hoge WW-premie van toepassing. Het addendum met de tijdelijke 20 extra uren per week geldt als een aparte arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarop ook de hoge WW-premie van toepassing is. Er is bij beide arbeidsovereenkomsten geen sprake van een oproepovereenkomst, omdat in beide arbeidsovereenkomsten de omvang als één aantal uren per tijdvak is vastgelegd.
3	Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met van januari tot en met maart 10 uur per week, van april tot en met september 40 uur per week, en van oktober tot en met december 20 uur per week.	De hoge WW-premie is van toepassing, want dit is een oproepovereenkomst. De arbeidsomvang is voor de duur van de arbeidsovereenkomst immers niet vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid, maar als verschillende arbeidsomvangen.
4	Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met van januari tot en met maart in totaal 120 uur, van april tot en met september in totaal 960 uur, en van oktober tot en met december in totaal 240 uur. Het recht op loon is telkens gelijk gespreid over de genoemde periode (respectievelijk januari-maart, april-september, en oktober-december).	De hoge WW-premie is van toepassing, want dit is een oproepovereenkomst. De arbeidsomvang is voor de duur van de arbeidsovereenkomst immers niet vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid. De gelijke spreiding van het recht op loon over de verschillende tijdseenheden doet daar niets aan af.
5	Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 10 uur per week wordt uitgebreid naar 30 uur per week. De uitbreiding geldt voor onbepaalde tijd.	De lage WW-premie is van toepassing, zowel voor als na de uitbreiding. Verschil met situatie 1 is dat de uitbreiding geldt voor de gehele resterende duur van de arbeidsovereenkomst. Er is daardoor geen sprake van een oproepovereenkomst.
6	Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 30 uur per week wordt teruggebracht naar 10 uur per	Vergelijkbaar met situatie 5. De lage WW-premie is van toepassing, zowel voor als na de beperking van de arbeidsomvang. Er is geen sprake van een oproepovereenkomst.

	week. De beperking van de arbeidsomvang geldt voor onbepaalde tijd.	Let wel: het naar beneden bijstellen van de uren door de werkgever kwalificeert als deeltijdontslag. Deeltijdontslag is slechts in bijzondere situaties mogelijk. In dat geval is transitievergoeding verschuldigd. Natuurlijk kan de werknemer op grond van de Wet flexibel werken zelf verzoeken zijn arbeidsduur naar beneden bij te stellen.
7	Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 10 uur per week wordt uitgebreid naar 30 uur per week. De uitbreiding geldt voor onbepaalde tijd. Na enkele maanden bedenken partijen zich en wordt de omvang opnieuw aangepast. De omvang wordt teruggebracht naar 10 uur per week, voor onbepaalde tijd.	De lage WW-premie is van toepassing, zowel voor als na de aanpassingen. Let wel: het naar beneden bijstellen van de uren door de werkgever kwalificeert als deeltijdontslag. Deeltijdontslag is slechts in bijzondere situaties mogelijk. In dat geval is transitievergoeding verschuldigd. Natuurlijk kan de werknemer op grond van de Wet flexibel werken zelf verzoeken zijn arbeidsduur naar beneden bij te stellen. De tweede aanpassing van de arbeidsomvang (van 30 naar 10 uur per week) kan vanzelfsprekend niet op hetzelfde moment worden overeengekomen als de eerste aanpassing; in dat geval is er de facto sprake van een tijdelijke uitbreiding, zie situatie 1.
8	Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor *gemiddeld* 24 uren per week. Het recht op loon is per loontijdvak hetzelfde.	De lage WW-premie is van toepassing. Er is dan de facto sprake van een jaarurennorm, waarbij het recht op loon gelijkmatig gespreid dient te zijn. Let wel: indien het gemiddelde aantal uren per week wordt berekend over een periode van langer dan een jaar, is sprake van een oproepovereenkomst en is de hoge WW-premie van toepassing.
9	In een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een overeengekomen omvang van 40 uur per week, is opgenomen dat voor eventueel overwerk geen vergoeding wordt betaald. Overwerk kan, vanwege de aard van de functie, noodzakelijk zijn.	De lage WW-premie is van toepassing. Er is geen sprake van een oproepovereenkomst, omdat er één aantal uren per week is overeengekomen.
10	In een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is een vast salaris per maand afgesproken, inclusief eventueel overwerk. Er is geen vaste arbeidsomvang vastgelegd, want die hangt, vanwege de aard van de functie, af van de werkzaamheden.	De hoge WW-premie is van toepassing. Er is sprake van een oproepovereenkomst, want de arbeidsomvang is niet vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid.
11	Een werknemer die jonger is dan 21 jaar heeft een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een arbeidsomvang van 8 uur per week. In juli en augustus werkt deze werknemer fulltime. Er is sprake van	De tijdelijke uitbreiding met 32 uur per week kwalificeert als een extra tijdelijke arbeidsovereenkomst (zie situatie 1). Aangezien als gevolg van deze uitbreiding in juli en augustus in totaal meer dan 52 uren worden verloond (uitgaande van

	een tijdelijke uitbreiding van het aantal arbeidsovereenkomsturen met 32 uur.	aangiftetijdvakken van een maand), is de uitzondering voor jongeren in die tijdvakken niet van toepassing. Op beide arbeidsovereenkomsten is in juli en augustus dus de hoge WW-premie van toepassing. In de overige maanden worden er minder dan 52 uren per aangiftetijdvak verloond en is de lage WW-premie van toepassing.
12	De werknemer die jonger is dan 21 jaar heeft een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van vier dagen per week o.g.v. de BBL. Daarnaast heeft dezelfde werknemer bij dezelfde werkgever als bijbaan een contract voor bepaalde tijd van 8 uur per week.	Op de BBL-overeenkomst is de lage WW-premie van toepassing. Aangezien aan deze werknemer in totaal meer dan 48 of 52 uren per tijdvak van vier weken of een maand worden verloond, is de uitzondering voor jongeren niet van toepassing. Op de arbeidsovereenkomst die betrekking heeft op de bijbaan is daarom de hoge WW-premie van toepassing.
13	Er zijn twee arbeidsovereenkomsten: een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 20 uur per week, en daarnaast een nulurencontract.	Op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is de lage WW-premie van toepassing. Het nulurencontract is een oproepovereenkomst, dus daarop is de hoge WW-premie van toepassing. Let wel: als op jaarbasis gemiddeld meer dan 26 uur per week (130% van de vaste arbeidsomvang) wordt verloond, moet de lage WW-premie worden herzien en is alsnog op alle arbeidsovereenkomsten de hoge WW-premie van toepassing.
14	Er is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarbij de werknemer op basis van stukloon wordt beloond.	Bij een stukloonovereenkomst zal geen 1 vast aantal uren per tijdseenheid van maximaal één maand zijn afgesproken. Dat is dus een oproepovereenkomst. Dit is ook het geval als de werknemer niet wordt betaald als hij niet werkt (en dus de loondoorbetalingsplicht is uitgesloten). Echter, er kunnen gevallen zijn waarin wel een vaste omvang is afgesproken, bijvoorbeeld van 30 uur in de week. In dat geval is er geen sprake van een oproepovereenkomst (dan mag de loondoorbetalingsplicht ook niet zijn uitgesloten). De werknemer moet dan voor 30 uur in de week worden beloond. In dat geval kan het deel van de beloning boven het wettelijk minimumloon afhankelijk zijn van de productie (dus stukloon).

Overheid.nl
Publicaties > Officiële publicaties

Overheid.nl

U bent hier: Home / Staatscourant 2019, 10547

Staatscourant van het Koninkrijk der Nederlanden

Datum publicatie	Organisatie	Jaargang en nummer	Rubriek	Datum ondertekening
26-02-2019 09:00	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid	Staatscourant 2019, 10547	Besluiten van algemene strekking	18-02-2019

Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2019, nr. 2019-0000023811, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid (Regeling compensatie transitievergoeding)

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

Gelet op artikel 673e, vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

Besluit:

Artikel 1. Begripsbepalingen

In deze regeling wordt verstaan onder:

aanvraag: verzoek van de werkgever tot verstrekking van de vergoeding, bedoeld in artikel 673e, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

UWV: Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, bedoeld in hoofdstuk 5 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen;

werkgever, werknemer en arbeidsovereenkomst: hetgeen daaronder wordt verstaan in artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 2. Aanvraagtermijn

De aanvraag wordt afgewezen, indien deze wordt ingediend:

a. voordat de volledige vergoeding in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer is verstrekt; of

b. meer dan zes maanden na de dag waarop de werkgever de volledige vergoeding aan de werknemer heeft verstrekt.

Artikel 3. Afwijkende termijnen oude gevallen

1. Artikel 2, onderdeel b, is niet van toepassing, indien de aanvraag voor 1 oktober 2020 is ingediend en de volledige vergoeding in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst voor 1 april 2020 aan de werknemer is verstrekt.

2. Het UWV beslist binnen zes maanden na ontvangst van de aanvraag op een aanvraag als bedoeld in het eerste lid.

3. Dit artikel vervalt met ingang van 1 april 2022.

Artikel 4. Citeertitel

Deze regeling wordt aangehaald als: Regeling compensatie transitievergoeding.

Artikel 5. Inwerkingtreding

Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 april 2020.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 18 februari 2019

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

TOELICHTING

Algemeen

In de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234) (hierna: de Wet) is artikel 673e toegevoegd aan Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Artikel 7:673e BW bepaalt dat het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) op verzoek van de werkgever een vergoeding verstrekt (hierna: compensatie) ter hoogte van de (transitie)vergoeding die de werkgever heeft betaald bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanwege het feit dat de werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat was de bedongen arbeid te verrichten. Compensatie kan worden verstrekt als de werkgever een transitievergoeding heeft betaald na opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst of het niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, of als de werkgever een vergoeding heeft betaald op grond van een tussen hem en de werknemer gesloten beëindigingsovereenkomst. Ook als een vergoeding is betaald in verband met het gedeeltelijk beëindigen van de arbeidsovereenkomst kan compensatie worden verstrekt. In het vijfde lid van artikel 7:673e BW is bepaald dat regels worden gesteld met betrekking tot de aanvraag en verstrekking van deze compensatie. Deze ministeriële regeling ziet daarop.

Regels voor de aanvraag

De aanvraag voor compensatie kan zien op vergoedingen die door de werkgever worden verstrekt op of na 1 april 2020 (hierna: structurele situatie), maar ook op vergoedingen die daarvoor (tussen 1 juli 2015 en 1 april 2020) zijn verstrekt (hierna: oude gevallen).

Voor de structurele situatie is bepaald dat de compensatie ten hoogste zes maanden na betaling van de volledige (transitie)vergoeding aangevraagd kan worden. Als een werkgever conform artikel 7:673c, tweede lid, BW, de transitievergoeding in termijnen heeft betaald dan kan hij een aanvraag voor compensatie indienen na de laatste betaling.

Er is voor gekozen om voor oude gevallen te regelen dat een aanvraag uiterlijk binnen zes maanden na het tijdstip van inwerkingtreding moet worden ingediend. Daarmee wordt voorkomen dat er verschil ontstaat tussen werkgevers die vlak voor en werkgevers die vlak na het tijdstip van inwerkingtreding een (transitie)vergoeding betalen bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst om voornoemde reden.

Als moment van betaling (het moment waarop de vergoeding door de werkgever aan de werknemer is verstrekt, aldus artikel 2 van de regeling) is het moment bepalend dat de vergoeding is afgeschreven van de rekening van de werkgever.

Door de werkgever te verstrekken gegevens

Een aanvraag voor compensatie valt onder de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De beslissing van UWV op de aanvraag betreft een beschikking waartegen bezwaar en beroep[1] open staat. Op grond van artikel 4:2, tweede lid, Awb, moet de aanvraag alle gegevens en bescheiden bevatten die voor de beslissing nodig zijn en waarover de aanvrager redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Dit betekent

dat de werkgever gegevens zal moeten verstrekken voor de onderbouwing van het recht op compensatie en de hoogte daarvan. Op grond daarvan, en op grond van informatie uit de eigen systemen, kan UWV de aanvraag inhoudelijk beoordelen.

UWV stelt, op grond van artikel 4:4 Awb, aan de werkgever een formulier ter beschikking waaruit blijkt welke informatie UWV nodig heeft voor het kunnen beoordelen van een aanvraag. De aanvraag, aan de hand van genoemd formulier, verloopt (zoveel mogelijk) langs elektronische weg. Op deze wijze wordt de werkgever zoveel mogelijk begeleid bij het indienen van de aanvraag, het bevordert dat een aanvraag om compensatie zo volledig mogelijk wordt ingediend en het bevordert een vlotte afhandeling daarvan.

Om te beoordelen of recht bestaat op compensatie en wat de hoogte daarvan is, moet UWV in ieder geval het volgende kunnen vaststellen:

- dat sprake was van een arbeidsovereenkomst;
- de duur van de arbeidsovereenkomst;
- dat de werknemer ziek uit dienst is gegaan;
- dat transitievergoeding is betaald;
- hoe de berekening van de transitievergoeding heeft plaatsgevonden; en
- hoe hoog de kosten van de loondoorbetaling tijdens ziekte waren.

De werkgever zal hiertoe veelal de volgende gegevens verstrekken:

- De arbeidsovereenkomst met de betreffende werknemer.
- Wanneer de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege is geëindigd: bescheiden waaruit blijkt dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Dit kan zijn:
    - de beschikking waaruit blijkt dat UWV toestemming heeft verleend voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid;
    - de beschikking van de kantonrechter waaruit blijkt dat de arbeidsovereenkomst om die reden is ontbonden; of
    - de beëindigingsovereenkomst die ziet op het (na ommekomst van de periode van het opzegverbod tijdens ziekte) met wederzijds goedvinden beëindigen van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.
-

Wanneer de arbeidsovereenkomst niet is opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid na toestemming van UWV: een verklaring van de werkgever dat de werknemer ziek was op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigde, de periode gedurende welke de werknemer ziek is geweest en de naam van de behandelend bedrijfsarts.

- Het door de werkgever tijdens ziekte betaalde loon (aan de hand van loonstroken).
- De gegevens die gebruikt zijn om de hoogte van de transitievergoeding te berekenen.
- Bewijs van betaling van de (transitie)vergoeding. Bij betaling in termijnen zullen betalingsbewijzen moeten worden overlegd waaruit blijkt dat de gehele vergoeding is voldaan.

In de meeste gevallen zal gelden dat UWV een beschikking heeft gegeven betreffende de aanvraag voor een uitkering op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA-uitkering) of, als de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd, ziekengeld heeft toegekend op grond van de Ziektewet. Uit die gegevens blijkt dan dat de werknemer ziek was bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Wanneer UWV niet over deze informatie beschikt, dient de werkgever een verklaring af te leggen dat de werknemer ziek was bij het einde van de arbeidsovereenkomst, waarbij de datum van de aanvang van de ziekte vermeld wordt, evenals de naam van de bedrijfsarts die deze ziekte heeft vastgesteld.

Bij een incomplete aanvraag zal de werkgever in de gelegenheid worden gesteld deze aan te vullen, conform artikel 4:5, eerste lid, Awb. UWV zal hiervoor in de regel een termijn van 14 dagen hanteren in de structurele situatie, en een termijn van 28 dagen voor oude gevallen. Als binnen de aanvraagtermijn een incomplete aanvraag is ingediend en die aanvraag na afloop van de aanvraagtermijn, maar binnen de door UWV gestelde hersteltermijn wordt aangevuld, is sprake van een tijdig ingediende aanvraag die in behandeling zal worden genomen.

De verstrekking van (gezondheids-)gegevens van een oud-werknemer door de werkgever aan UWV dient in overeenstemming te zijn met de algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG). Artikel 6, eerste lid, onderdeel c, AVG bepaalt dat de verwerking van persoonsgegevens gerechtvaardigd is indien en voor zover de verwerking noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust. Artikel 54, eerste lid, onderdeel a, van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen bevat een dergelijke verplichting voor de werkgever. Concreet houdt die verplichting in dat de werkgever alle gegevens aan UWV moet verstrekken die voor UWV noodzakelijk zijn voor de beoordeling van het verzoek van de werkgever om compensatie te verstrekken. Specifiek voor gezondheidsgegevens bevat artikel 9 AVG de hoofdregel dat verwerking van die gegevens verboden is. Artikel 9, tweede lid, onderdeel b, AVG bepaalt echter dat van een dergelijk verbod geen sprake is indien de verwerking noodzakelijk is met het oog op de uitvoering van verplichtingen en de uitoefening van specifieke rechten van de verwerkingsverantwoordelijke op het gebied van het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht, voor zover zulks is toegestaan bij lidstatelijk recht. In artikel 30, eerste lid, onderdeel a, van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: UAVG) is gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Gelet op genoemde bepaling is het verbod om gezondheidsgegevens te verwerken niet van toepassing indien de verwerking

geschiedt door werkgevers en voor zover de verwerking noodzakelijk is voor een goede uitvoering van wettelijke voorschriften die voorzien in aanspraken die afhankelijk zijn van de gezondheidstoestand van de betrokkene. Daarvan is hier sprake.

Beslistermijn UWV

UWV dient binnen een redelijke termijn na ontvangst van de (volledige) aanvraag om compensatie te beslissen. Dit is in ieder geval binnen 8 weken (artikel 4:13, tweede lid, Awb). Indien UWV niet binnen acht weken een beschikking kan geven, stelt UWV de werkgever binnen die termijn hiervan op de hoogte en noemt daarbij een redelijke termijn waarbinnen de beschikking zal worden gegeven (artikel 4:14, derde lid, Awb).

Voor aanvragen die oude gevallen betreffen, is het niet haalbaar om binnen de hiervoor genoemde termijn te beslissen aangezien er naar verwachting gedurende de eerste zes maanden na inwerkingtreding van deze regeling een groot aantal aanvragen wordt ingediend. Daarom is bepaald dat UWV voor deze oude gevallen binnen zes maanden na ontvangst op de aanvraag moet beslissen.

Als een incomplete aanvraag wordt ingediend en UWV de werkgever in de gelegenheid stelt deze aan te vullen, wordt de beslistermijn op grond van artikel 4:15, eerste lid, onderdeel a, Awb, opgeschort. De opschortingstermijn loopt vanaf de dag, na die waarop UWV de werkgever uitnodigt de aanvraag aan te vullen, tot de dag waarop de aanvraag is aangevuld of de daarvoor gestelde termijn ongebruikt is verstreken.

Uitvoeringstoets UWV

UWV heeft in de uitvoeringstoets aangegeven dat met ingang van 1 april 2020 uitvoering gegeven kan worden aan de compensatieregeling transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

De eenmalige implementatiekosten voor UWV bedragen € 4,4 miljoen. De structurele kosten heeft UWV geraamd op € 6,4 miljoen in 2020, € 4,6 miljoen in 2021 en vanaf 2022 jaarlijks € 2,5 miljoen. De reden dat het bedrag aan uitvoeringskosten gedurende de eerste 2 jaren aanzienlijk hoger is dan de jaren daarna, is gelegen in het feit dat de regeling met terugwerkende kracht wordt ingevoerd vanaf de datum dat de transitievergoeding is ingevoerd per 1 juli 2015. Dat betekent dat UWV in de eerste 12 maanden na invoering van de regeling een aanzienlijk groter aantal aanvragen voor compensatie krijgt te verwerken dan structureel vanaf 2022 het geval zal zijn.

Regeldruk

Voor werknemers vloeit geen regeldruk voort uit deze regeling.

Voor werkgevers is er wel sprake van regeldrukeffecten. Voor werkgevers geldt dat zij zullen moeten kennisnemen van de nieuwe compensatiemaatregel. Dit leidt tot éénmalige kennisnemingskosten. Deze worden geschat op circa € 1 miljoen, uitgaande van 350.000 bedrijven in Nederland.

Daarnaast is er sprake van administratieve lasten. Om compensatie aan te kunnen vragen, zal een werkgever bij het UWV een aantal documenten moeten aanleveren, zoals hiervoor beschreven onder het kopje 'door de werkgever te verstrekken gegevens' in de toelichting. De inschatting is dat er jaarlijks 13.300 aanvragen zijn. De verwachte tijdsinvestering voor deze aanvraag zal ongeveer een uur per aanvraag zijn. De geschatte administratieve lasten voor werkgevers voor het doen van deze aanvraag, bedragen jaarlijks ongeveer € 0,5 miljoen.

De analyse ten aanzien van de regeldruk is voorgelegd aan het Adviescollege Toetsing Regeldruk (ATR). De ATR kan zich vinden in deze analyse en conclusie.

SZW zal samen met UWV voorzien in voorlichting voor werkgevers, zodat tijdig bekend gemaakt wordt welke documenten aangeleverd moeten worden voor het verzoek tot compensatie.

Artikelsgewijs

Artikel 2

In dit artikel is de termijn geregeld waarbinnen de werkgever de compensatie aan kan vragen. De werkgever heeft hiervoor zes maanden de tijd, gerekend vanaf de dag waarop de verschuldigde transitievergoeding, of andere vergoeding bij een beëindiging met wederzijds goedvinden, volledig aan de werknemer is verstrekt. Indien de werkgever de vergoeding in termijnen aan de werknemer betaalt, kan de aanvraag pas worden gedaan als de volledige vergoeding aan de werknemer is betaald.

Een te vroeg of te laat ingediende aanvraag wordt afgewezen.

Artikel 3

Eerste lid

Ook werkgevers die een vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan een langdurig zieke werknemer hebben betaald voor het tijdstip van inwerkingtreding kunnen in aanmerking komen voor compensatie. Deze werkgevers krijgen vanaf de inwerkingtreding van artikel 7:673e BW zes maanden de tijd om de compensatie aan te vragen. De aanvraag dient voor 1 oktober 2020 te worden ingediend. Aanvragen die te laat worden gedaan, worden afgewezen.

Tweede lid

De aanvragen voor compensatie voor vergoedingen, die voor inwerkingtreding van de compensatieregeling zijn verstrekt (de oude gevallen), komen allemaal in de eerste zes maanden na inwerkingtreding van de regeling binnen bij het UWV. Daarom is voor deze gevallen een langere beslistermijn opgenomen. Het UWV beslist binnen zes maanden op deze aanvragen.

Derde lid

Dit artikel kan na twee jaar vervallen, omdat alle oude gevallen dan afgehandeld zijn.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

W. Koolmees

---

[1]

Hoger beroep kan op grond van artikel 9 van bijlage 2 bij de Awb worden ingesteld bij de Centrale Raad van Beroep.

› Over deze website

› Contact

› English

› Help

› Zoeken

› Informatie hergebruiken

› Privacy en cookies

› Toegankelijkheid

› Sitemap

› Open data

› Linked Data Overheid

› PUC Open Data

› MijnOverheid.nl

› Rijksoverheid.nl

› Ondernemersplein

› Werkenbijdeoverheid.nl

Staatsblad, Staatscourant en Tractatenblad worden met ingang van 1 juli 2009 als pdf-bestanden uitgegeven. De hier aangeboden pdf-bestanden van deze bladen vormen de formele bekendmakingen in de zin van de Grondwet. Voor publicaties van vóór deze datum geldt dat alleen de in papieren vorm uitgegeven bladen formele status hebben; de hier aangeboden elektronische versies daarvan worden bij wijze van service aangeboden.