

‘Privatisering’ van arbeidsmarktbeleid in relatie tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

TRA 2017/81

Steeds meer collectief arbeidsmarktbeleid is gedelegeerd naar de markt (denk aan werkgeversverplichtingen op het gebied van ziektepreventie en re-integratie, employability en *work-family balance*). Hoe verhouden deze langlopende verplichtingen zich tot een discontinue contractsvorm zoals de tijdelijke arbeidsovereenkomst? Frustreert deze contractsvorm het beleid en leidt dat tot ongelijke behandeling? Kan het gebruik van tijdelijke contracten zelfs een middel zijn om te ontkomen aan de opgelegde beleidsinspanningen? Welke oplossingen dienen zich aan en zouden deze eerder moeten bestaan uit het aanpassen van de contractsvorm of uit het opnieuw invoeren van collectieve voorzieningen?

1. Inleiding

De overheid draagt, volgens art. 19 Gw, zorg voor werkgelegenheid en arbeidsbescherming (verder gemakshalve aangeduid als ‘arbeidsmarktbeleid’). In de afgelopen dertig jaar valt echter te constateren dat de overheidsverantwoordelijkheid voor bepaalde arbeidsmarkt doelstellingen in toenemende mate is ‘geprivatiseerd’. Daarmee wordt bedoeld op sociale wetgeving waarmee de private werkgever primair verantwoordelijk wordt gemaakt voor het initiëren, uitvoeren en de kosten van overheidsbeleid dat tot duurzame arbeidsparticipatie moet leiden. Bekendste voorbeelden zijn uiteraard de beleidsinspanningen die van werkgevers verwacht worden op het gebied van preventie en re-integratie bij ziekte en arbeidsongeschiktheid, maar ook valt te denken aan de bevordering van employability en scholing of het realiseren van een *work-family balance* en de bestrijding van daarmee verbonden discriminatie.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is in hoeverre deze tendens tot ‘privatisering’ van delen van het arbeidsmarktbeleid zich verhoudt tot de mogelijkheid van het sluiten van contracten voor bepaalde tijd. Het gaat immers om naar hun aard continuerende werkgeversplichten die vorm moeten krijgen op basis van een discontinue contractsvorm. Wat resteert van de gevraagde werkgeversinspanningen wanneer het tijdelijke contract afloopt tijdens ziekte, opleiding, zwangerschap of zorgverlof? Met andere woorden, frustrereert de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd het ‘delegeren’ van collectief arbeidsmarktbeleid naar de markt, simpelweg omdat met het aflopen van het tijdelijk contract de basis ontvalt aan de wijze waarop de wetgever deze werkgeversplichten heeft vormgegeven? Leidt dat tot (ongerechtvaardigde) verschillen tussen de vaste en tijdelijke

werknemer of zijn er (afdoende) oplossingen voorhanden? In het verlengde hiervan ligt de vraag of de mogelijkheid om (meerdere) tijdelijke contracten af te sluiten juist een middel biedt aan werkgevers om te ontkomen aan de opgelegde beleidsinspanningen en de daarmee gepaard gaande kosten. Werkgevers (mede)verantwoordelijk maken voor duurzame arbeidsparticipatie zou in dat geval onbedoeld niet-duurzame contractsvormen uitlokken. Of kan het tijdelijke contract juist ondersteunend zijn aan het beleid gericht op de arbeidsparticipatie van de meer kwetsbare groepen, doordat het een lage(re) instap biedt aan werkgevers?

Hieronder onderzoeken wij de gestelde vragen voor zover het gaat om het beleid op het gebied van ziekte en re-integratie (par. 2), scholing en employability (par. 3) en *work-family balance* en non-discriminatie (par. 4). Afsluitend wordt stilgestaan bij de vraag in hoeverre verbeteringen mogelijk zijn, en of deze eerder gezocht zouden moeten worden bij de tijdelijke contractsvorm of bij het deels weer ‘deprivatiseren’ van beleid via collectieve voorzieningen (par. 5).

2. Ziekte, arbeidsongeschiktheid en re-integratie

De afstand tussen de insiders en de outsiders op de arbeidsmarkt laat zich deels verklaren door gezondheidsverschillen.² De vraag is daarom relevant of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een geschikt instrument kan zijn om die afstand te verkleinen. De contractvorm zou mensen uit kwetsbare groepen kansen kunnen bieden, omdat werkgevers risico’s kunnen mijden door hen niet of niet direct in vaste dienst te nemen. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd biedt de werkgever de mogelijkheid om langer dan gedurende de wettelijk toegestane proeftijd van maximaal twee maanden te bezien of de werknemer geschikt is voor de overeengekomen arbeid. De werkgever kan dus bezien of de werknemer gezondheidsklachten heeft of dreigt te krijgen en om die reden besluiten niet tot voortzetting over te gaan.³

Ziekteverzuim en gezondheidsklachten vormen dan ook de meest bepalende factoren bij de keuze van een werkgever

2 B. Cuelenaere & T. Veerman, *Effecten van nieuwe financiële prikkels in de ZW en WGA op risicoselectie*, Leiden: Astri 2011, p. 11.

3 De WGBH/CZ staat overigens tot zekere hoogte in de weg aan het gebruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als middel om te selecteren op verzuimirisico. Stel dat een werknemer in de looptijd van een tijdelijk contract veelvuldig verzuimt en de werkgever om die reden de overeenkomst niet wenst te verlengen. Het is denkbaar dat dat verzuim voortkomt uit een chronische ziekte, bijvoorbeeld astma. De vraag is dan aan de orde of van de werkgever in redelijkheid een aanpassing kan worden gevergd van de fysieke omstandigheden waaronder wordt gewerkt. Maar waar (dreigend) verzuim geen relatie heeft met een chronische ziekte of handicap, mag de werkgever besluiten een arbeidsovereenkomst niet voort te zetten (zie over verboden onderscheid in relatie tot de voortzetting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd verder paragraaf 4).

1 Albertine Veldman is universitair docent arbeidsrecht en sociaal beleid aan de Universiteit Utrecht. Diana de Wolff is advocaat in Utrecht.

om een werknemer te behouden of een vast contract aan te bieden.⁴ Werknemers met gezondheidsklachten hebben een grotere kans om na een reeks van tijdelijke contracten werkloos te raken. Van de tijdelijke werknemers zijn degenen die ziek zijn geweest of een minder goede gezondheid hebben twee jaar later vaker niet meer in loondienst werkzaam dan gezonde werknemers, meestal doordat zij werkloos zijn geworden, aldus onderzoek van het SCP:

“Op een flexibele arbeidsmarkt lijkt een situatie van *survival of the fittest* dus relatief sterk aanwezig.”⁵

De invloed van wettelijke maatregelen in verband met ziekte, arbeidsongeschiktheid en re-integratie op de voorkeur van werkgevers voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd laat zich als volgt analyseren.

Door de 'privatisering' van de Ziektewet (ZW), dat wil zeggen de stapsgewijze invoering vanaf 1994 van de civielrechtelijke loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte van de werknemer, inmiddels maximaal 104 weken, werd de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een aantrekkelijke(re) contractvorm voor werkgevers. De loondoorbetalingsverplichting eindigt immers hoe dan ook bij het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst. Datzelfde geldt voor de vanaf de beginjaren '90 ingevoerde financiële prikkels om de instroom in arbeidsongeschiktheidsregelingen te beperken. Te noemen zijn het bonus/malussysteem, de Wet Pemba (premiëdifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsregelingen), de loonsanctie als bedoeld in art. 25 WIA en premiëdifferentiatie in de Wga. Deze maatregelen leverden feitelijk geen financieel nadeel voor de werkgever op als de arbeidsovereenkomst tijdens de wachttijd voor de arbeidsongeschiktheidsregeling eindigde. Een evaluatie in 2001 van de maatregelen tot dan toe wees dan ook uit dat de invoering van sterke financiële prikkels voor werkgevers inderdaad al snel tot een ruimere inzet van tijdelijke krachten leidde. Flexibele en tijdelijke krachten zouden bovendien ook meer worden ingezet op risicovolle werkzaamheden omdat zij juist wegens verzuim “uitgestoten” kunnen worden.⁶ Gemiddeld rapporteren flexibele werknemers (met name uitzendkrachten, maar ook werknemers met een tijdelijk contract) minder goede arbeidsomstandigheden. Vaker dan vaste werknemers hebben zij te maken met blootstelling aan fysiek belastend werk, ongunstige omgevingsfactoren zoals blootstelling aan stoffen, lagere taakeisen én een lagere autonomie.⁷

Flankerend beleid om risicoselectie tegen te gaan heeft mogelijk deels ook geleid tot een toename van het aantal tijdelijke contracten.⁸ Bij de evaluatie van de Wet op de medische keuringen bleek dat het aantal aanstellingskeuringen duidelijk was afgenomen, maar ook dat vanaf de invoering van die wet in 1996 het aantal tijdelijke aanstellingen toenam, wat erop kan duiden dat meer gebruik werd gemaakt van “verlengde instroomselectie”.⁹ Ondanks de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij wijze van verlengde instroomselectie in te zetten, kunnen de financiële prikkels voor werkgevers om het beroep op arbeidsongeschiktheidsregelingen te beperken de arbeidsdeelname van mensen met beperkingen wel degelijk belemmeren.¹⁰ Ander flankerend beleid, zoals premiekortingen en de no-riskpolis Ziektewet, pakte neutraal uit, in die zin dat het niet nodig is om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te sluiten om voor die faciliteiten in aanmerking te komen.

De wetgever heeft zich de aantrekkelijkheid van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tegen de achtergrond van het arbeidsongeschiktheidsbeleid terdege gerealiseerd. Om te voorkomen dat werkgevers hun re-integratieverplichtingen te gemakkelijk zouden afwentelen op het UWV door het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, werd in 2005 een verhaalregeling in de ZW ingevoerd, neergelegd in art. 39a ZW. Verhaal van ziekgeld op de werkgever is echter pas van toepassing indien de werknemer ziek uit dienst gaat terwijl de ziekteperiode dan al veertien weken heeft geduurd en de werkgever in gebreke is geweest om in die periode voldoende re-integratie-inspanningen te verrichten.¹¹

Met de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters (Bezava), die in 2014 is ingevoerd, is effectiever een einde gemaakt aan een van de voordelen die werkgevers genieten bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Op grond van de Wet Bezava worden de ZW- en Wga-uitkeringen die het UWV verstrekt aan “einddienstverbanders” – zoals werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tijdens ziekte expireert – niet langer gefinancierd uit een generieke opslag op de sectorpremie WW, maar via een stelsel van premiëdifferentiatie (of desgewenst eigenrisicodragerschap) aan de voormalige werkgever doorbelast. Alleen voor kleine werkgevers, dat zijn bedrijven met een loonsom van maximaal tien keer het gemiddelde premieplichtige loon van werknemers, is de sectorpremie voor de Ziektewet en Wga in stand gebleven. Als een werknemer bij zo'n bedrijf ziek uit dienst gaat en een beroep op deze regelingen doet, maakt dat voor de premiehoogte niet uit. Voor grote(re) werkgevers geldt dat

4 P. van Echtelt & M. Versantvoort, *Beperkt in functie, Trendrapportage ziekteverzuim, arbeidsongeschiktheid en arbeidsdeelname van mensen met gezondheidsbeperkingen*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, oktober 2016, p. 9.

5 P. van Echtelt & M. Versantvoort, *Beperkt in functie, Trendrapportage ziekteverzuim, arbeidsongeschiktheid en arbeidsdeelname van mensen met gezondheidsbeperkingen*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, oktober 2016, p. 9.

6 T.J. Veerman & J.J.M. Besseling, *Prikkels en privatisering: integrerende rapportage evaluatie wetgeving rond ziekteverzuim, WAO en reïntegratie*, Den Haag: ministerie van SZW, november 2001, p. 53.

7 Arbobalans 2016, p. 36.

8 Zie hierover ook de bijdrage van Paul de Beer en Evert Verhulp elders in dit blad (TRA 2017/81).

9 J.R. Popma, C.W.G. Rayer & M. Westerveld, *Tweede evaluatie Wet medische keuringen*, Amsterdam: HSI/Den Haag: Zon MW, 2007, p. 9 en p. 166-167.

10 P. van Echtelt & M. Versantvoort, *Beperkt in functie, Trendrapportage ziekteverzuim, arbeidsongeschiktheid en arbeidsdeelname van mensen met gezondheidsbeperkingen*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, oktober 2016, p. 10.

11 Zie www.uwv.nl/werkgevers/Images/werkwijzer-poortwachter.pdf, onderdeel 16.

zij geheel of gedeeltelijk een gedifferentieerde premie voor de Ziektewet en Wga betalen waarbij de instroom in die regelingen door einddienstverbanders wel effect op de premiehoogte heeft.

Uit de analyse kan worden geconcludeerd dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor werkgevers als selectie-instrument zeker aantrekkelijk is. Anderzijds geldt ook jegens werknemers voor bepaalde tijd bij ziekte een loondoorbetalingsplicht en re-integratieplicht en geldt voor het midden- en grootbedrijf sinds 2014 niet langer dat de ZW- en Wga-uitkeringslasten na een einde van rechtswege gedurende de WIA-wachttijd op de sector worden afgewenteld. Werkgevers zullen daardoor naar verwachting minder snel gebruikmaken van tijdelijke krachten met een hoog ziekterisico.¹² Anderzijds kan de kans toenemen om vanuit de ZW weer een baan te vinden bij de oude werkgever. Over de effecten van Bezava op het aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en de duur ervan is nog niet veel te zeggen.¹³

3. Scholing en employability

Werknemers zijn in de huidige sociaaleconomische verhoudingen niet alleen geïnteresseerd in de hoogte van hun salaris en in baan zekerheid, maar ook in mogelijkheden om hun vaardigheden te vergroten, kennis op te doen en in het algemeen hun employability te vergroten. Naarmate werkgevers meer scholingsmogelijkheden aanbieden neemt de tevredenheid van werknemers toe. Voor werknemers met een arbeidsovereenkomst die op enig moment van rechtswege eindigt, geldt de behoefte aan het vergroten van kennis en vaardigheden waarschijnlijk nog sterker dan in het algemeen. Cursus- en scholingsmogelijkheden zijn echter vooral beschikbaar voor werknemers met arbeidscontracten voor onbepaalde tijd en minder voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.¹⁴ Volgens Fouarge e.a.¹⁵ participeren werknemers met een flexibel contract minder vaak in door de werkgever betaalde scholingsactiviteiten dan hun collega's met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het verschil wordt slechts gedeeltelijk gecompenseerd door de eigen investeringen van flexibele krachten in scholing. Ook aan functiegerichte scholing nemen flexibele arbeidskrachten in het algemeen verhoudingsgewijs minder deel. Wanneer zij wel functiegerichte scholing volgen die door de werkgever wordt betaald, neemt de kans op een vast contract bij de werkgever toe. Dit geldt niet voor scholingsactiviteiten die de werknemer zelf

betaalt. De werknemer investeert zelf veeleer in algemene scholing, maar komt daarmee niet sneller aan een betere baan.

Uit ander onderzoek blijkt dat de kans dat een werknemer met een kortdurend tijdelijk contract in de laatste vier weken een bedrijfstraining heeft gevolgd even groot is als diens collega met een vast contract. Dat lijkt op zichzelf echter geen bemoedigend teken, al helemaal niet als zij inderdaad vaker gevaarlijk werk verrichten, maar ook omdat aannemelijk is dat een werknemer die net in dienst is nu juist bij uitstek het nodige omtrent zijn werkzaamheden of de gang van zaken in het bedrijf heeft te leren.¹⁶ Bij een werknemer met een langer durend tijdelijk contract is de kans dat hij een bedrijfstraining heeft gevolgd in de afgelopen vier weken dan ook weer significant minder groot dan bij diens collega in vaste dienst.

Werknemers kunnen weliswaar stellen dat cursus- en scholingsmogelijkheden een arbeidsvoorwaarde vormen, die op grond van art. 7:649 BW in beginsel zonder onderscheid tussen vast en tijdelijk moet worden toegekend, maar de vraag is natuurlijk wat dat praktisch gesproken oplevert in een situatie waarin dat contract binnen afzienbare termijn afloopt.

Bij de totstandkoming van de Wwz is nadrukkelijk stilgestaan bij het belang van scholing van werknemers. Het toen ingevoerde art. 7:611a BW verplicht de werkgever de werknemer in staat te stellen scholing te volgen die 'noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie en, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of de werknemer niet langer in staat is deze te vervullen'. De bepaling sluit aan bij art. 7:669 lid 1 BW, de bepaling dat de werkgever de arbeidsovereenkomst alleen kan beëindigen als hiervoor een redelijke grond bestaat en herplaatsing van de werknemer in een andere functie binnen een redelijke termijn, *al dan niet met behulp van scholing*, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Volgens minister Asscher levert art. 7:611a BW een 'extra waarborg dat de werkgever investeert in de duurzame inzetbaarheid van werknemers'.¹⁷ Scholing ten behoeve van een bredere inzetbaarheid op de arbeidsmarkt valt niet onder het bereik van art. 7:611a BW. Datzelfde geldt voor scholing die gewenst of nodig zou kunnen zijn om na afloop van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een andere functie bij dezelfde werkgever in dienst te blijven. Voor zover een werkgever niettemin bereid is de werknemer in staat te stellen scholing te volgen die de bredere inzetbaarheid op de arbeidsmarkt bevordert, geldt dat de werknemer gevraagd kan worden, of door een collectieve regeling verplicht is, in te stemmen met verrekening van de kosten met de transitievergoeding.

12 B. Cuelenaere & T. Veerman, *Effecten van nieuwe financiële prikkels in de ZW en WGA op risicoselectie*, Leiden: Astri 2011, p. 30.

13 M. Lammers e.a., *Effecten modernisering Ziektewet*, Amsterdam: SEO, 2016.

14 P. Donker van Heel e.a., *Contractvormen en motieven van werkgevers en werknemers*, Rotterdam: Ecorys, 10 oktober 2013, p. 23. F. Dekker, 'Flexibilisering in Nederland: trends, kansen en risico's', in WRR, *Voor de zekerheid*, Den Haag 2017, p. 78, schat dat de kans op formele scholing op het werk voor werknemers met een tijdelijk contract (inclusief oproep- en uitzendcontracten), maar liefst 41 keer zo klein is als de kans van werknemers in vaste dienst.

15 D. Fouarge e.a., 'Flexible Contracts and Human Capital Investments', *The Economist* 2012, 160, p. 177 e.v.

16 A. Heyma & S. van der Werff, *De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers*, Amsterdam: SEO, 2013, 52.

17 *Handelingen II* 2013/14, 54, 9, p. 24.

In de studie Kansrijk Onderwijsbeleid wordt het effect besproken van toekenning van door het rijk gefinancierde bijscholingsvouchers van € 1000 voor werknemers zonder vast contract of zelfstandigen.¹⁸ Dergelijke vouchers hebben een positief effect op de deelname aan bijscholing, omdat deze doelgroep minder alternatieven kent voor de financiering van hun scholing dan werknemers in vaste dienst. Flexibele contracten worden door toekenning van zulke vouchers relatief aantrekkelijker voor zowel werkgevers als werknemers, ze vormen een gratis secundaire arbeidsvoorwaarde die vaste medewerkers niet kennen. Zolang werkgevers niet sterker verplicht worden te investeren in het menselijk kapitaal van hun werknemers, inclusief degenen die slechts voor bepaalde tijd in dienst zijn, zou een breder onderzoek naar het effect van dergelijke vouchers naar onze mening nuttig zijn.

4. *Work-family balance* en non-discriminatie

Sinds het einde van de vorige eeuw is in toenemende mate wettelijke invulling gegeven aan de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de *work-family balance* van zijn werknemers. De Wet arbeid en zorg (2001) is gestaag uitgebreid met meer verlofvormen die rekening houden met meer uiteenlopende privéomstandigheden. Zo kennen we inmiddels, naast zwangerschapsverlof en bevallingsverlof, het adoptie- en pleegzorgverlof, verlengd verlof bij meerlingen en couveusekinderen, calamiteiten- en kraamverlof, ouderschapsverlof en het kort- en langdurend zorgverlof. De Wet aanpassing arbeidsduur (Waa) gaf daarnaast een recht op aanpassing van de arbeidsduur.

Met de door de werkgever te faciliteren mogelijkheden voor het combineren van arbeid en zorg beoogt de wetgever de bevordering van een duurzame arbeidsparticipatie. Maar tijdens de invoering in 2015 van de Wet modernisering verlof en arbeidstijden, die de WAZO en Waa wijzigde, en kort daarna de Initiatiefwet flexibel werken (Wfw) wordt ook gerefereerd aan beleidsdoelen buiten de arbeidsmarkt, namelijk de stijgende behoefte aan vrijwillige (mantel)zorg.¹⁹ Omdat volgens de regering een groeiende groep niet de beschikking heeft over familieleden op wie een beroep kan worden gedaan voor de noodzakelijke verzorging, wordt het bereik van het zorgverlof aanzienlijk vergroot.²⁰ De indicatie van het langdurig verlof is daarbij verbreed van palliatief verlof naar elke noodzakelijk te verlenen zorg, terwijl de personenkring van zowel het kort- als langdurig verlof zich inmiddels uitstrekt tot al diegenen met wie de werknemer 'een sociale relatie heeft' (art. 5:1 WAZO). De Wfw, als opvolger van de Waa, voegt de mogelijkheid toe voor de werknemer om niet alleen de arbeidsduur maar ook de werkplek (thuiswerken) en het arbeidstijdpatroon aan te passen.

Met uitzondering van thuiswerken, moeten de arbeid & zorg-faciliteiten onvoorwaardelijk worden verstrekt of is weigering slechts mogelijk bij zwaarwegend bedrijfsbelan-

gen. Door de 'modernisering' uit 2015 is daarnaast frequenter beroep mogelijk doordat verlof, inclusief deels het bevallingsverlof, flexibel (dus niet aaneensluitend) mag worden opgenomen over een langer tijdvak, behoudens zwaarwegende bedrijfsbelangen.²¹ De wijzingen in de WAZO tezamen met de nieuwe Wfw – welke gestoeld is op het principe 'niet tijdig beslist op een verzoek, is ingewilligd' – kunnen leiden tot een stijgende organisatorische en (loon)administratieve belasting van de werkgever. In de inkomensvoorziening tijdens verlof wordt weliswaar bij het zwangerschap-, pleegzorg- en adoptieverlof op collectieve wijze voorzien (via WAZO en Zw), maar dit geldt niet voor het kortdurend zorgverlof (70% loondoorbetaling). Ook draagt de werkgever de personeelplannings- en vervangingskosten en lopen de werkgeverslasten in verband met de werknemersverzekeringen, vakantieopbouw en eventueel pensioen door tijdens verlof.²² Privatisering van het arbeid & zorg-beleid, en met name de kosten daarvan, lijkt dan ook weinig populair onder werkgevers, getuige bijvoorbeeld de 'woedende reactie' (aldus de krant) van het Europees bedrijfsleven op de recente plannen voor een Europese arbeid & zorg-richtlijn, inclusief een betaald ouderschapsverlof.²³

Als gevolg van de Richtlijn 1999/70/EG, geïmplementeerd in art. 7:649 BW, geldt dat in beginsel geen onderscheid mogelijk is tussen vaste en tijdelijke contracten bij het bevorderen van *work-family balance*. Maar omdat op een werknemersverzoek tot verlof of flexibel werken wachttijden en verzoektermijnen van toepassing kunnen zijn, is het niet uit te sluiten dat tijdelijke werknemers minder kansen hebben hun rechten daadwerkelijk uit te oefenen, nu de duur van het contract beperkt is. Met de genoemde wetgeving uit 2015 zijn evenwel belangrijke stappen gezet om dit tegen te gaan. De wachttijd voor ouderschapsverlof (een jaar in dienst) is geschrapt, terwijl met de Wfw de wachttijd voor een verzoek tot aanpassing van arbeidsduur, werkplek of arbeidstijdpatroon is teruggebracht van twee naar een half jaar dienstverband en de verzoektermijn van vier naar twee maanden. Bij onvoorziene omstandigheden – bijvoorbeeld plotselinge hulpbehoefte van de partner²⁴ – komen deze beide tijdsdrempels zelfs te vervallen.

Dit alles neemt niet weg dat het tijdelijk contract midden in het verlof kan aflopen. Wanneer de arbeidsrelatie eindigt voordat het volledige verlofrecht is genoten, voorziet de wet bij het langlopend recht op ouderschapsverlof (tot het kind 8 jaar is), in een aanspraak jegens de nieuwe werkgever op het resterende deel.²⁵ Bij volledige werkloosheid geldt

18 CPB, *Kansrijk Onderwijsbeleid*, 2016, p. 305.

19 Zie ook S.E. Heeger & A.G. Veldman, 'Het nieuwe werken in nieuwe wetgeving?', *ArbeidsRecht* 2015/28.

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 32855, 17 (Tweede Nota van Wijziging).

21 Over de belangrijkste wijzigingen als gevolg van de Wet modernisering verlof en arbeidstijden en de Wfw, zie S. Heeger & A.G. Veldman, 2015 (zie noot 19).

22 Het opnemen van onbetaald verlof tot maximaal achttien maanden heeft geen nadelige invloed op de aanspraak, duur en hoogte van de sociale verzekeringen (Wet van 11 juni 1998 tot wijziging van de Ziektewet, de WAO, de WW en enkele andere wetten in verband met het wegnemen van belemmeringen in sociale verzekeringswetten bij het opnemen van onbetaald verlof, *Stb.* 1998, 412).

23 'Europese werkgevers halen uit naar betaald ouderschapsverlof', *Het Financieele Dagblad*, 26 april 2017.

24 *Kamerstukken II* 2010/11, 32855, 3, p. 16.

25 Art. 6:2 lid 2 WAZO.

echter voor arbeid & zorg – anders dan bij re-integratie of scholing – dat in feite de beleidsnoodzaak wegvalt. Zonder arbeid waarmee zorg gecombineerd moet worden, worden flexibel werken en verlof – in de zin van een ontheffing van de contractuele arbeidsplicht²⁶ – irrelevant. Wel kunnen zich bij werkloosheid problemen voordoen bij het verkrijgen van vervangend inkomen wanneer de voorheen tijdens verlof verrichte zorgtaken de beschikbaarheid voor nieuwe arbeid zouden beperken.²⁷ Het mogelijke gebrek aan een inkomensvoorziening bij zorgtaken speelt echter ook al binnen dienstverband in het geval van de onbetaalde verlofvormen en heeft, zowel bij dienstverband als werkloosheid, een neutraal effect op vaste of tijdelijk werknemers.

Hoewel uit de voorgaande analyse blijkt dat de tijdelijke contractsvorm, wettelijk gesproken, geen noemenswaardige drempels opwerpt voor de 'privatisering' van het arbeid & zorgbeleid, kan de praktijk anders zijn. Gezien de beperkte duur van het contract, kunnen de personeelplannings- en vervangingskosten als onevenredig belastend worden ervaren. Een werkgever zal, kort gezegd, niet zitten te wachten op het tijdelijk vervangen van tijdelijke werknemers met verlof. De wettelijke vormgeving verhindert evenwel dat het sluiten van tijdelijke contracten *an sich* een optie is om de kosten van *work-family balance* te ontgaan. Maar het gebruik door de tijdelijke werknemer van de in dit kader toegekende rechten zal ontegenzeggelijk wel effect sorteren op de kans op voortzetting van de (tijdelijke) arbeidsovereenkomst. Daarin kan het vooruitzicht meespelen dat bepaalde modaliteiten voor arbeid & zorg in de praktijk vaak gekoppeld zijn. Een zwangerschapsverlof vergroot de kansen op (aansluitend) ouderschapsverlof en (daarna) een verzoek tot gereduceerde arbeidsduur.²⁸

Er bestaat derhalve het risico dat 'privatisering' van beleid op het vlak van *work-family balance* in combinatie met de tijdelijke contractsvorm leidt tot verminderde kansen op voortzetting van werk. Dit zou de uiteindelijke doelstelling van dat beleid, namelijk duurzame arbeidsparticipatie, tegenwerken en mogelijkserwijs ook de bestrijding van discriminatie, een overheidsdoelstelling die hiermee verband houdt. Discriminatie op grond van art. 7:649 BW is bij de niet-voortzetting van het tijdelijke contract niet aan de orde omdat dit verbod ziet op 'arbeidsvoorwaarden'.²⁹ Wel kan sprake zijn van seksediscriminatie bij het aangaan van een overeenkomst op grond van art. 7:646 BW omdat het verlof alleen door vrouwen is op te nemen (in verband met zwangerschap), dan wel in de praktijk in meerderheid door

vrouwen wordt opgenomen (in verband met ouderschap en mantelzorg).³⁰

Uit (herhaald) onderzoek door het College voor de Rechten van de Mens (CvdRM) komt naar voren dat van de onderzochte tijdelijke contracten die afliepen tijdens of na een zwangerschapsverlof, tweederde deel niet werd verlengd of omgezet naar een vast contract. Hiervan werd in 68% van de gevallen aangegeven dat het vermoeden bestond dat zwangerschap hiervan de reden was. Op het geheel van onderzochte tijdelijke contracten die tijdens of na zwangerschapsverlof afliepen, betekent dit dat 44% van de werknemers (zowel in 2012 als in 2016) mogelijk wegens hun zwangerschap werd gediscrimineerd bij een eventuele contractverlenging.³¹ Ter vergelijking: van de vrouwen met een vast dienstverband werd 3% ontslagen (zowel in 2012 als in 2016), naar eigen zeggen vanwege zwangerschap of jong moederschap.³²

Een victimisatiebepaling zoals het opzegverbod wegens de omstandigheid dat de werknemer de verlofrechten uit de WAZO geldend maakt (art. 7:670 lid 7 BW), baat de werknemer niet bij de niet-voortzetting van een tijdelijk contract. Alleen de regeling van het ouderschapsverlof voorziet – vanwege de overeenkomstige eis uit Richtlijn 2010/18/EU – in een ruimer benadelingsverbod (art. 6:1a WAZO). Voor zover daar de niet-voortzetting van een arbeidsovereenkomst onder zou vallen,³³ zal een succesvolle rechtsactie desondanks moeilijk zijn. Bij het uitblijven van contractverlenging zullen rechtsacties – overigens onverschillig of die op de schending van een benadelingsverbod of een seksediscriminatieverbod berusten – op bewijsproblemen stuiten. Het oorzakelijk verband met de opname van een zwangerschapsverlof of een ouderschapsverlof zal immers in de praktijk nagenoeg niet aantoonbaar zijn. Indicatief in dit verband is wellicht het eerdergenoemde onderzoek van het CvdRM waaruit tevens blijkt dat de bereidheid van vrouwelijke werknemers om ondervonden zwangerschapsdiscriminatie (slechts) te melden, is gezakt van 26% in 2012 naar 14% in 2016, met als voornaamste reden dat het weinig oplevert.³⁴

Omdat bij een voortzetting van de arbeidsovereenkomst zonder veel problemen geselecteerd kan worden op werknemers die geen verlofrechten geldend hebben gemaakt, lijkt het waarschijnlijk dat dit aanzet tot zelfselectie. Waar bij een vast contract het gebruik van (onbetaalde) ver-

26 C. de Groot, *Verlof voor zorg en scholing*, diss. Universiteit Utrecht, 2016, p. 19.

27 Over deze problematiek uitgebreid: S.E. Heeger, *Inkomensbescherming tijdens verlof. Een onderzoek naar de Werkloosheidswet en spaarregelingen*, Deventer: Kluwer 2012.

28 A. Merens (red.), *Emancipatiemonitor 2012*, Den Haag: SCP 2012, p. 92.

29 Het HvJ EU legt de materiële werkingsfeer van Richtlijn 1999/70/EG overigens wel breder uit, maar dat is tot nu toe beperkt tot zeer specifieke gevallen. Zo viel bijvoorbeeld een verschil in de berekening van (Italiaanse) wettelijke opzegtermijnen voor tijdelijke en vaste werknemers binnen de richtlijn (HvJ EU 13 maart 2014, C-38/13, ECLI:EU:C:2014:152, *Nierodzik*).

30 In 2013 ging het bij ouderschapsverlof, gemeten onder alle rechthebbende, om 57% vrouwen tegenover 23% mannen (E. Meester & S. Keuzenkamp, *Verlof vragen. De behoefte aan en het gebruik van verlofregelingen*, Den Haag: SCP 2011, p. 38). Bij mantelzorg in 2016 om 15% vrouwen tegenover 9% mannen (RIVM, 2016 aangehaald in D. de Groot, 2016, p. 93, zie noot 26).

31 CvdRM, *Is het nu beter bevallen? Vervolgonderzoek naar de discriminatie op het werk van zwangere vrouwen en moeders met jonge kinderen*, 2016, p. 28 en p. 63.

32 Idem, p. 63.

33 Contractsvrijheid kan hier een tegenindicator zijn omdat bij een beroep op art. 6:1a WAZO geen wettelijk verboden discriminatiegrond in het spel is.

34 CvdRM 2016, p. 75.

lofrechten al relatief laag ligt,³⁵ zal een tijdelijk werknemer met enige hoop op verlenging nog minder genegen zijn om langdurig verlofrechten op te nemen binnen het bestek van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één of twee jaar.

5. Slotbeschouwing

In dit artikel onderzochten wij hoe 'privatisering' van onderdelen van het arbeidsmarktbeleid zich verhoudt tot de mogelijkheid van het sluiten van contracten voor bepaalde tijd. Afsluitend wordt kort stilgestaan bij de vraag in hoeverre verbeteringen mogelijk zijn, en of deze eerder gezocht zouden moeten worden in de tijdelijke contractsvorm zelf, of in het deels weer 'deprivatiseren' van beleid via collectieve voorzieningen.

In de jaren rond de invoering van de Wfz in 1999 is veel wetgeving tot stand gekomen op het gebied van de beperking van de instroom in collectieve arbeidsongeschiktheidsregelingen. Met de Wfz is de mogelijkheid om opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd aan te gaan sterk verruimd. Daarmee heeft de wetgever het hanteren van dergelijke contracten als methode van verlengde instroomselectie gefaciliteerd. Niettemin kunnen werkgevers ook aanzienlijke en door de Wet Bezava recent flink toegenomen financiële risico's lopen bij ziekte van tijdelijk personeel. Als werkgevers hierdoor eerder een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbieden zou dat winst zijn. Maar evengoed is denkbaar dat werkgevers hun financiële risico's willen ontwijken door te opteren voor het uitbesteden van werk aan opdrachtnemers.

Tijdelijke krachten profiteren minder van werkgeversinvesteringen in menselijk kapitaal. De Wwz heeft hun positie in dat opzicht verwaarloosd, ondanks het feit dat ook tijdelijke krachten na twee jaar aanspraak hebben op een transitievergoeding. De employability van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou kunnen worden vergroot door toegang te geven tot collectief gefinancierde scholingsvouchers of indien het einde van rechtswege afhankelijk zou worden gemaakt van een verplicht onderzoek naar de mogelijkheid van herplaatsing al dan niet na een training of scholing.

Het tijdelijke contract biedt in beginsel geen mogelijkheid tot een afwenteling van kosten op het gebied van *work-family balance*. Maar evenals bij het arbeidsongeschiktheidsbeleid levert het wel een middel tot verlengde instroomselectie op. Het tegengaan hiervan door een 'deprivatisering' van arbeid & zorgbeleid lijkt maar beperkt mogelijk. Collectieve voorzieningen zoals kinderopvang of pgb's kunnen weliswaar de uitbesteding naar professionele zorg stimuleren. Maar voor de bulk van vrijwillige zorg die met arbeid gecombineerd moet worden, is de inkomensvoorziening tijdens de betaalde verlopen, met uitzondering van het kort zorgverlof, al collectief gefinancierd. Daarnaast is de voor

zorgtaken noodzakelijke ontheffing van de arbeidsplicht uit zijn aard alleen door werkgevers te faciliteren.

Risicoselectie in relatie tot verlofgangers bij de voortzetting van het tijdelijke contract wordt in veel gevallen wel verboden door art. 7:646 BW, maar biedt de benadeelde weinig soelaas in de praktijk. Ook de versterkte rechtspositie van de tijdelijke werknemer onder de Wwz geeft weinig houvast als het gaat om de niet-voortzetting van tijdelijke contracten. De aanzegplicht (art. 7:668 BW) geeft weliswaar eerder en duidelijker helderheid over deze beslissing, maar doet geen licht schijnen op de (geoorloofde) reden daarvan. Het zou daarom te overwegen zijn de aanzegplicht onder opgaaf van redenen te laten plaatsvinden, ook al zal een discriminatoire reden ook daarmee lang niet altijd aan het licht komen.³⁶

Samengevat vormt de tijdelijke contractvorm formeel geen obstakel om de werkgever verplichtingen op te leggen in het kader van arbeidsongeschiktheid-, scholing- en arbeid & zorgbeleid. Investering door de werkgever op deze terreinen blijkt echter vaak weinig rendabel door de korte en beperkte duur van de arbeidsrelatie. Dat maakt dat tijdelijke werknemers in de praktijk minder profiteren dan vaste werknemers. Het weghalen bij werkgevers van kosten of verantwoordelijkheid voor beleid door collectieve voorzieningen of verzekeringen biedt mogelijkheden op een enkel terrein (scholing) maar is soms niet mogelijk (tijdsaspect verlof) of lijkt niet effectief (ziekteverzuim). Juist omdat het tijdelijke contract bij uitstek een middel voor risicoselectie bij ziekte of zorgtaken blijkt te bieden, zou het te prefereren zijn om het gebruik van deze contractvorm te verminderen. Terugdringing van het aantal of de totale duur van opeenvolgende contracten zal de kans op risicoselectie bij eventuele contractverlenging echter eerder bevorderen dan tegengaan. Beter zou zijn om het gebruik van het tijdelijke contract te beperken tot niet-structureel werk, zoals ook in de recente studie van de WRR over de terugdringing van onzekerheid onder de middenklasse wordt aanbevolen.³⁷

35 E. Meester & S. Keuzenkamp, 2011 (zie noot 30).

36 Wel zou het tevens de praktijk kunnen terugdringen waarbij al bij aanvang van de arbeidsrelatie de beslissing van niet-voortzetting standaard in het contract is opgenomen om het risico van te late aanzegging af te dekken. Het laatste laat onverlet dat de werkgever altijd nog van gedachten kan veranderen als het zover is, maar betekent voor de werknemer dat de daadwerkelijke beslissing nog even onzeker kan zijn als voorheen.

37 G. Engbersen, E. Snel & M. Kremer (red.), *De val van de middenklasse?*, WRR-Verkenning nr. 37, Den Haag 2017.