

## **De verdeelde werknemer als sociaal-juridisch vraagstuk**

Jasper Doomen

*Civis Mundi* nr. 36, thema 7, april 2016

### **Abstract**

In een aantal gevallen hebben alle werknemers dezelfde belangen. Dat geldt tegenwoordig niet voor het ontslagrecht. Werknemers met een vaste arbeidsovereenkomst profiteren van een rigide ontslagrecht, maar dit gaat ten koste van de positie van werknemers met een flexibele arbeidsovereenkomst. De recente Wet werk en zekerheid brengt daarin geen verschil. Door de wijziging van de ketenbepaling zijn deze tegenstellingen zelfs verscherpt. Een belangrijke reden waarom het voorstel om het ontslagrecht te versoepelen niet is gerealiseerd ligt in de totstandkoming van het Sociaal Akkoord 2013, waarin vooral met de belangen van de werknemers met een vaste arbeidsovereenkomst rekening gehouden is. De belangen van alle partijen kunnen alleen worden behartigd door de rigiditeit van het ontslagrecht te bestrijden.

### **Abstract (English)**

Employees share the same interests in a number of situations. This observation does not at present apply to Dutch labor law. Employees with an open-ended contract enjoy the benefits of dismissal protection, but at the expense of those who work on the basis of a fixed-term contract. The recently passed Bill Wet werk en zekerheid (“The Work and Security Act”) does not alter this state of affairs. The changes made in the chain provision have even led to an increase in the division between the two groups. A main reason why the original proposal to make the labor market more flexible was not adopted is that those who have realized the Social Agreement 2013 would not accept it; the interests of employees with an open-ended contract in particular have been taken into consideration. The interests of all parties are only respected if the present, rigid system of dismissal is exchanged for a viable alternative.

### **Inleiding**

De positie van werknemers tegenover werkgevers is in de loop der tijd sterk veranderd; hetzelfde geldt voor de verhoudingen tussen werknemers onderling. Tot ver in de twintigste eeuw kon men nog spreken van een belang dat werknemers deelden. De totstandkoming van wetgeving om de arbeidsomstandigheden te verbeteren (zoals de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet) en ook anderszins de bescherming van werknemers te garanderen (middels uiteenlopende wetten, zoals de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en diverse bepalingen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek) heeft een wijziging tot gevolg in de verhoudingen tussen werkgevers en werknemers. Met het wegvallen van de noodzaak voor werknemers om gezamenlijk op te trekken is de (deels) conflictueuze aard van de verhouding tussen werkgevers en werknemers niet verdwenen, maar, zo zal ik betogen, heeft het conflict zich grotendeels verplaatst naar de werknemers onderling, zij het in bedekte vorm. Deze bijdrage is in het bijzonder gericht op de kwestie van baanzekerheid: hoe wordt in dit opzicht aan de belangen van de verschillende soorten werknemers tegemoetgekomen?

Allereerst moet duidelijk worden welke verschillende werknemersbelangen op het spel staan. Daaraan wordt in de eerste paragraaf aandacht besteed. Vervolgens zal ik ingaan op de manier waarop de verschillende belangen worden behartigd. Het is in het korte bestek van een bijdrage als deze uiteraard niet mogelijk om een veelomvattende analyse te presenteren. Veeleer zal ik me richten op de achtergronden van de recente Wet werk en zekerheid. Daarna zullen enkele gevolgen van deze Wijzigingswet voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden besproken, waarop een evaluatie zal volgen. Paul van der Heijden heeft vastgesteld dat voor de grondslagen van

het arbeidsrecht relatief weinig aandacht bestaat.<sup>1</sup> Deze bijdrage is daarop gericht, waarbij de relevante praktische aspecten niet worden vergeten.

## § 1. De fictie van ‘de werknemer’

Het is een illusie om te denken dat een helder concept van ‘de werknemer’ (nog) zou bestaan. Degenen die als klassieke (reguliere) werknemers worden gezien – zij die een vast aantal uur per week werken op grond van een arbeidsovereenkomst – zijn relatief eenvoudig te classificeren. Hun status moet heden ten dage worden afgezet tegen die van degenen die werken op grond van een overeenkomst met uitgestelde prestatieplicht, de uitzendkrachten, de schijnzelfstandigen en de ongewild zelfstandigen zonder personeel (zzp’ers). Ik zal me hier concentreren op de reguliere werknemers, maar veel van wat hier wordt opgemerkt is ook van toepassing op anderen. Zo worden uitzendkrachten geconfronteerd met een nog grotere onzekerheid met betrekking tot de continuering van het werk dan reguliere werknemers.<sup>2</sup>

De term ‘werknemer’ kan nog wel gehanteerd worden, maar dan slechts in algemene, abstracte zin, zoals in het volgende geval: “[...] de *werknemer* heeft, als contractspartij, bijzondere kenmerken. Een bijzonder kenmerk is de economische afhankelijkheid die met zijn positie samenhangt.”<sup>3</sup> Van de werknemer in deze zin kan gesproken worden als het gaat om de enkele hoedanigheid van werknemer, dat wil zeggen degene die een arbeidsovereenkomst met een werkgever is aangegaan. Zodra dit wordt geconcretiseerd, echter, zal toch duidelijk moeten worden om wat voor soort werknemer het gaat. Het belang daarvan zal in de loop van deze bijdrage worden aangegeven. Slechts in gevallen waarin (nog steeds) een *collectief* belang aan de orde is, zoals in de wetgeving op het gebied van arbeidsomstandigheden, heeft het zin om van de werknemer in abstracte zin te spreken.<sup>4</sup>

In die zin kan men spreken van ‘de werknemer’ als fictie. Er bestaan diverse juridische ficties, zoals die van de rechtspersoonlijkheid die wordt toegekend aan rechtspersonen (art. 2 lid 1 BW).<sup>5</sup> Op het gebied van het arbeidsrecht valt onder andere te wijzen op de fictieve dienstbetrekkingen (bijvoorbeeld art. 4 Werkloosheidswet) en de fictieve opzegtermijn (art. 2 Gelijktelling Arbeidsuren). In het geval van de werknemer doen zich echter belangrijke problemen voor.

Ik gaf hierboven aan dat in vele gevallen waarin het belang van alle werknemers gezamenlijk (‘de werknemer’) in het geding is, een wettelijke regeling is getroffen om ze te beschermen tegen werkgevers. In veel andere gevallen staan de belangen van diverse (groepen) werknemers tegenover elkaar en is het spreken van de belangen van de werknemer alleen mogelijk door de fictie van de werknemer te hanteren. Daarbij kan men bijvoorbeeld denken aan de vraag hoe hoog de pensioenpremie zou moeten zijn en of er überhaupt een pensioenregeling zou moeten zijn, of hoe regelingen om (in een aantal gevallen onbetaald) verlof op te nemen om voor de kinderen te zorgen moeten worden vormgegeven. In het eerste geval kunnen de belangen van jongere werknemers verschillen van die van oudere werknemers; in het tweede geval verschillen de belangen van kinderloze werknemers van die van werkende ouders.<sup>6</sup>

In het kader van dergelijke uiteenlopende belangen is de fictie van de algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen, waarop Ronald Beltzer wijst, problematisch: “In het recht met betrekking tot de algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen wordt evenzeer met een fictie gewerkt: de minister kan cao-bepalingen algemeen verbindend verklaren indien deze voor een naar zijn oordeel belangrijke meerderheid in de sector reeds gelden. Zoals gezegd: vakbonden hebben onvoldoende leden om die meerderheid te behalen. Bij het bepalen van een belangrijke meerderheid gaat de minister echter uit van de fictie dat de betreffende cao-bepalingen voor alle werkenden bij contractueel aan de cao gebonden werkgevers gelden; hij gaat derhalve uit van een

<sup>1</sup> P. van der Heijden, “Een nieuwe rechtsorde van de arbeid”, p. 1837.

<sup>2</sup> O.a. C. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, p. 77.

<sup>3</sup> I. Asscher-Vonk, *Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie*, p. 92.

<sup>4</sup> Vgl. L. Burroni en M. Keune, “Flexicurity: A conceptual critique”, p. 84: “[...] workers and employers cannot be treated as homogenous groups: flexicurity strategies may serve the interests of some workers or employers but not of others.”

<sup>5</sup> Zie voor een analyse van deze kwestie H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, pp. 257-259.

<sup>6</sup> In de praktijk is deze kwestie gecompliceerder; mogelijk komt het de productiviteit en de sfeer op het werk ten goede als voor ouders een prettige balans tussen werk- en privéleven wordt gerealiseerd.

100% dekking door ofwel lidmaatschap van de vakbond, ofwel het bestaan van incorporatiebedingen, ook als deze er niet (voor alle werknemers) zijn. Kortom: de representativiteit van de vakbonden als wederpartij van werkgevers in een sector is voldoende voor de juridische fictie dat de aldaar werkzame werknemers allen aan de betreffende cao-bepalingen gebonden zijn, met als gevolg dat algemeenverbindendverklaring doorgang kan vinden. De juridische geoorloofdheid van deze fictie staat onder druk.”<sup>7</sup>

Weliswaar zijn de afspraken in het Sociaal Akkoord 2013<sup>8</sup> niet, zoals de regering aangeeft,<sup>9</sup> alle overgenomen in de Wet werk en zekerheid, maar deze zijn sterk bepalend geweest. Op het eerste gezicht lijkt dit misschien onproblematisch: werkgevers- en werknemersorganisaties overleggen met de overheid en men komt tot een akkoord. Van belang is echter of van de vereiste representativiteit van werknemers sprake is.<sup>10</sup> Als de belangen van degenen die vertegenwoordigd worden verschillen van die van degenen die niet worden vertegenwoordigd, moet de aanwezigheid daarvan in twijfel worden getrokken.

Van een dergelijke divergentie inderdaad is inderdaad sprake. Georganiseerde werknemers, die relatief vaak al geruime tijd hebben gewerkt, veelal op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (hierna avot, ook meervoud), zijn over het algemeen minder gebaat bij structurele hervormingen op de arbeidsmarkt dan ongeorganiseerde.<sup>11</sup> De verdedigers van het Sociaal Akkoord 2013 kunnen volhouden dat dergelijke – door dat sociaal akkoord geblokkeerde – hervormingen ongunstig zouden zijn voor ‘de werknemer’, maar alleen door te erkennen dat ze gebruik maken van deze fictie. Strikt gesproken kan deze conclusie overigens nog niet worden getrokken, omdat nog niet duidelijk is of ongeorganiseerde werknemers al dan niet gebaat zouden zijn bij zulke hervormingen.

Voor een deel van de ongeorganiseerde werknemers, namelijk degenen die werken op grond van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (hierna avbt, ook meervoud), geldt dat de hervormingen gunstig zijn zolang ze onder het bestaande regime geen perspectief hebben op een avot. Als de hervormingen ertoe leiden dat werkgevers minder huiverig worden om werknemers op grond van een avot aan te nemen, is dat voor hen een verbetering. Dat ze eenvoudiger ontslagen kunnen worden dan nu het geval is, is nog steeds een verbetering ten opzichte van de situatie waarin de kans dat ze hun baan verliezen – als namelijk geen verlenging plaatsvindt – groot is. Voor degenen die nu reeds op grond van een avot werken, daarentegen, is uiteraard sprake van een achteruitgang als hun baan zekerheid afneemt, zodat het belangenconflict duidelijk is.

Deze kwestie heeft overigens een langere geschiedenis dan het laatste sociaal akkoord. Zoals Hester Houwing opmerkt: “De typisch ‘Nederlandse aanpak van flexicurity’ wordt in hoge mate gevormd door het toekennen van een belangrijke rol voor de sociale partners. [...] Flexibiliteit zit vooral bij de groep die al flexibel is, de uitzendkrachten en tijdelijke werknemers. Na de Flexwet is flexibiliteit in toenemende mate bij tijdelijke werknemers komen te liggen, terwijl zekerheid nog vooral wordt vormgegeven op ‘traditionele’ wijze, i.e. in vaste aanstellingen met daardoor een hogere mate van ontslagbescherming.”<sup>12</sup> Het belang van de vakbonden in dezen is duidelijk: “Vakbonden verzetten zich blijkens uitlatingen tegen een afscheid van het BBA, hoewel dat BBA volksstammen in

---

<sup>7</sup> R. Beltzer, “Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert”, pp. 2276, 2277.

<sup>8</sup> “Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020.”

<sup>9</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 7.

<sup>10</sup> Overigens is de manier waarop het Sociaal Akkoord 2013 van invloed is geweest op de totstandkoming van de wetgeving ook problematisch vanuit democratisch perspectief. Daaraan wordt aandacht besteed in J. Doomen, “Democratische oververtegenwoordiging”, pp. 8, 9; de huidige kwestie wordt daar ook behandeld.

<sup>11</sup> Vgl. R. Beltzer, “Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert”, p. 2275: “Vakbonden zijn relatief eenzijdig in hun ledensamenstelling – blank, man, al jaren aan het werk – hetgeen wordt weerspiegeld in de zaken waarvoor zij zich de laatste jaren op nationaal niveau hebben hard gemaakt: prepensioen, het ontslagrecht en de AOW. Ter illustratie: ten aanzien van het wetsvoorstel jongeren langer in ontslagrechtelijke onzekerheid te laten verkeren (vier contracten voor bepaalde tijd in plaats van het algemene maximum van drie), hebben de vakbonden vrijwel niet geprotesteerd.” Zie verder S. Bekker, “De jeugd en de toekomst van de arbeidsmarkt,” p. 176.

<sup>12</sup> H. Houwing, “De Nederlandse aanpak van ‘flexicurity’? Onderhandelde ontwikkelingen in de vormgeving van tijdelijk werk”, pp. 9, 10.

een situatie dwingt die hen buiten het bereik brengt van het vaste dienstverband. Deze [...] vakbonden verdedigen het behoud van de bestaande belangen van de *insiders*.”<sup>13</sup>

De Wet werk en zekerheid wordt verondersteld aan de belangen van werknemers met een avbt tegemoet te komen; of dat ook gebeurt, zal in de volgende paragraaf worden onderzocht. Daarbij moet worden aangetekend dat de categorieën van werknemers niet steeds samenvallen. Zo zijn niet alle werknemers met een avot georganiseerd en niet alle werknemers met een avbt ongeorganiseerd. In de praktijk blijken dergelijke indelingen echter van belang in de discussie over insiders en outsiders op de arbeidsmarkt.

## § 2. De Wet werk en zekerheid: een kookpan van deelbelangen

Het is niet mijn bedoeling om de gehele wetsgeschiedenis hier te analyseren. Van belang is wel dat door het Sociaal Akkoord 2013 de verregaande voorstellen om het ontslagrecht te versoepelen<sup>14</sup> zijn beperkt. Hier is in de eerste plaats van belang dat de beoogde beëindiging van de preventieve toets geen doorgang heeft gevonden. Kort gezegd blijft de drempel voor de werkgever om tot ontslag over te gaan hierdoor bestaan.<sup>15</sup>

Allereerst betekent een soepeler ontslagrecht niet dat er ook daadwerkelijk meer werknemers worden ontslagen dan onder een rigide ontslagrecht het geval is; dat zal vooral afhankelijk zijn van economische factoren. Veeleer betekent het dat de vraag *wie* ontslagen wordt anders wordt beantwoord. Bij een rigide ontslagrecht zal de flexibele schil worden geminimaliseerd;<sup>16</sup> eventuele werknemers met een avot die op hun plaats niet optimaal functioneren, blijven dan om oneigenlijke redenen in dienst.<sup>17</sup> De lasten worden dan onevenredig verdeeld over degenen met een avot en degenen met een avbt. Het aantal werknemers dat in dienst blijft, is bovendien mogelijk niet optimaal (op de lange termijn komt dit optimum wellicht tot stand, maar in de tussentijd kan de werkgever met kosten worden geconfronteerd die worden veroorzaakt door de rigiditeit van het stelsel).

Als een soepel ontslagrecht ertoe leidt dat relatief eenvoudig een avot tot stand komt, is dat voor degenen die een avbt hebben gunstig. Voor degenen die een avot hebben, kan dit ook gunstig zijn, namelijk als (ondanks de bescherming van de avot) ontslag volgt. Zij zullen dan namelijk ‘outsider’ worden, wat betekent dat ze moeilijk een nieuwe avot zullen kunnen realiseren. Dit betekent tevens dat het initiatief van degenen met een avot om nieuw werk te zoeken wordt geremd: “De flexibiliteit in arbeidsovereenkomsten leidt [...] tot een tegenbeweging bij de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze werknemers weten dat ze na ontslag een groot risico lopen niet weer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te verwerven, als ze al ooit werk vinden. De werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd blijven zitten waar ze zitten en de werknemer met flexibele arbeidsrelaties vangen de klappen van de conjunctuur op. De toegenomen flexibiliteit draagt zo bij aan de scheiding tussen insiders en outsiders.”<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> L. Verburg, *Het Nederlands Ontslagrecht en het BBA-carcinoom*, p. 57. Vgl. T. Wilthagen, “Nederland loopt vast in flex: naar een nieuw ‘Dutch Design’”, p. 189: “Vakbonden hebben zich lange tijd niet heel druk gemaakt over de contractuele flexibilisering, omdat zij meer nadruk legden op de arbeidsvoorwaarden van de vaste werknemers.”

<sup>14</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 33075, nr. 2.

<sup>15</sup> Bepaalde wijzigingen leiden zelfs tot een toegenomen rigiditeit in het ontslagrecht. Zo moet voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst een van de in art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW genoemde gronden aan de orde zijn; aan de relatief grote vrijheid die de kantonrechter in dat opzicht had op grond van art. 7:685 BW (oud) is dan ook een einde gekomen. Wat dit in de praktijk betekent, zal moeten blijken. In deze bijdrage staat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub a BW (waarbij sprake is van opzegging met toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen) centraal.

<sup>16</sup> Specifiek bepaald in art. 7:671a lid 5 BW jo. art. 669 lid 3 sub a BW.

<sup>17</sup> Vgl. M. Welling, “Flexibel werken en voor ieder een basisinkomen”, p. 2: “De Wet werk en zekerheid, van juni 2014, maakt het voor bedrijven lastig om werknemers flexibele arbeidscontracten aan te bieden zonder vervolgens binnen twee jaar over te gaan op een vast contract. Het voorlopige gevolg van deze nieuwe maatregelen lijkt vooral dat bedrijven hun flexibele schil uitdunnen, zonder dat dit leidt tot vaste contracten. Het effect is dus voornamelijk een verlies van banen.”

<sup>18</sup> E. Verhulp, “De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als onbereikbaar statussymbool na inwerkingtreding Wetsvoorstel Werk en Zekerheid?”, p. 18. Jaap de Koning wijst op de arbeidskosten voor werkgevers van beschermende regelingen, die kunnen leiden tot onvoldoende arbeidsmobiliteit: “Iedereen blijft

Ook voor degenen met een avot die deze behouden kan de dichotomie tussen insiders en outsiders problematisch worden. De solidariteit tussen de verschillende groepen werknemers komt (nog verder) onder druk als de verschillen blijven bestaan. Voor zover het gaat om de tegenstelling tussen oudere en jongere werknemers wordt dit bijvoorbeeld duidelijk bij de discussie over de manier waarop aan de pensioenvoorziening vorm moet worden gegeven; daarop wees ik al in de vorige paragraaf. Ook op andere domeinen dan de arbeidsmarkt – zoals de financiering van de zorg voor ouderen – bestaat het gevaar van een generatieconflict.

Vooralsnog blijft de genoemde dichotomie bestaan. Deze werd al onder het oude stelsel geconstateerd: “Ons ontslagsysteem concentreert zich niet op werkzekerheid, maar werpt barricades op tegen een beëindiging van het (‘vaste’) dienstverband en zoekt de flexibiliteit bij andere arbeidsrelaties. De scheidslijn tussen vaste dienstverbanders en andere arbeidsrelaties is per 1 januari 1999 met de Wet Flexibiliteit en zekerheid juist verdiept.”<sup>19</sup>

Om de overgang van een avbt naar een avot te versnellen, heeft de Wet werk en zekerheid de ketenbepaling van art. 7:668a BW aangepast, zodat (o.a.) de periode waarin een aantal avbt mag worden gerealiseerd zonder dat van een avot sprake moet zijn van 36 maanden is teruggebracht naar 24. Het doel is om “[...] werknemers eerder naar een vast contract te laten doorstromen.”<sup>20</sup> Dit zou moeten gebeuren omdat werknemers eerder dan nu aanspraak zouden kunnen maken op een avot.<sup>21</sup> In theorie klinkt dit wellicht overtuigend: de tijd om avbt te verlengen is korter, zodat de avot eerder tot stand moet komen. Er is echter geen reden om aan te nemen dat dit de uitkomst zal zijn; veeleer is de kans groot dat het moment waarop de werknemer werkloos wordt (of van werkgever moet veranderen) wordt vervroegd.<sup>22</sup> De regering erkent dit risico,<sup>23</sup> maar stelt toch: “Per saldo is het effect van de maatregelen [...] dat het aandeel vaste contracten toeneemt, zonder nadelige gevolgen voor de werkgelegenheid.”<sup>24</sup>

Het vertrouwen achter die stelling is echter ongerechtvaardigd.<sup>25</sup> Als onder de vorige regeling geen verlenging zou plaatsvinden, zal het enkele feit dat het verplichte keuzemoment wordt vervroegd die uitkomst niet in positieve zin beïnvloeden. Voorheen hadden werkgevers reeds de mogelijkheid om op dit moment (namelijk na 24 maanden) een avot aan te bieden; als ze daarvan tot nog toe geen gebruik maakten, ligt het niet in de rede te veronderstellen dat dit zal veranderen. Hooguit kan men dit volhouden voor de gevallen waarin werkgevers werknemers zo graag behouden voor de periode na 24 maanden dat ze het ervoor over hebben ze een avot aan te bieden, maar het is onwaarschijnlijk dat er veel van zulke situaties bestaan (behoudens die welke hier irrelevant zijn, namelijk die waarin werknemers onder het vorige regime na 36 (of ook al na 24) maanden een avot aangeboden zouden krijgen).

Een positieve wijziging is de invoering van de transitievergoeding. Hier lijkt een goede balans gevonden te zijn tussen de belangen van insiders en outsiders: de vergoeding wordt – in de regel – toegekend als de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd (art. 7:673 BW), wat betekent dat degenen wier avbt daarna niet wordt verlengd recht hebben op een vergoeding, wat in het verleden niet aan de orde was. Dat aan de belangen van oudere werknemers in het bijzonder tegemoet wordt gekomen (art. 7:673a BW – en in de regel ook art. 7:673 lid 2 BW) kan verdedigd worden, omdat zij veelal relatief moeilijk aan nieuw werk komen als ze hun baan verliezen.

Wat betreft de avbt moet wel worden opgemerkt dat werkgevers eenvoudig aan deze vergoedingsverplichting kunnen ontkomen, door een avbt van (iets) korter dan 24 maanden tot stand te brengen (of een serie van avbt met een totale duur van (ruim) 23 maanden).<sup>26</sup> Ik meen overigens dat

---

meer op zijn plek zitten, wat de kansen van *outsiders* [...] vermindert.” J. de Koning, “Zijn hervormingen van arbeidsmarktinstellingen hét antwoord op de arbeidsmarktproblematiek?”, p. 466.

<sup>19</sup> L. Verburg, *Het Nederlands Ontslagrecht en het BBA-carcinoom*, p. 41.

<sup>20</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 15.

<sup>21</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, pp. 4, 5.

<sup>22</sup> Vgl. T. Noordoven, “Het Sociaal Akkoord: de eindstreep of een stille dood?”, p. 150.

<sup>23</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 15.

<sup>24</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 74.

<sup>25</sup> Vgl. F. Grapperhaus, “De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel”, p. 5: zowel de Raad van State als het CPB is kritisch over deze optimistische houding.

<sup>26</sup> Op dit gevaar wijst ook N. Gundt, “Het wetsvoorstel Werk en Zekerheid”, p. 197, met verwijzing naar Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 4.

het werkgevers niet kwalijk moet worden genomen als ze de mogelijkheden die de wet biedt benutten, net zomin als het ze kwalijk moet worden genomen als ze, binnen de grenzen van de wet, hun belastingafdracht minimaliseren. Men kan een moreel appel op hen doen, maar dit is een zwakgebod en een aanvaarding van willekeur. Het is niet het individuele geweten maar de wetgever die een duidelijke en algemene standaard kan en moet bieden.

Verder kan erop worden gewezen dat de (forfaitaire) vergoeding niet gebaseerd is op de werkelijke gevolgen van het ontslag voor de werknemer in kwestie en dat de vrijwillige mobiliteit op de arbeidsmarkt niet wordt bevorderd door deze regeling.<sup>27</sup> Ook valt te verdedigen dat de vergoeding verplicht zou moeten worden ingezet ten behoeve van scholing en herplaatsing.<sup>28</sup> De kosten die hiervoor worden gemaakt, kunnen in mindering gebracht worden op de vergoeding (art. 2 Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding), maar deze inspanning is niet verplicht.

De transitievergoeding is mijns inziens hoe dan ook een geval waarin met de uiteenlopende belangen van de verschillende soorten werknemers rekening wordt gehouden.

Het omdopen van de Wijzigingswet tot Wet werkloosheid en onzekerheid zou getuigen van een onnodig polemische houding. Dat neemt niet weg dat de belangen die conflicteren met de oorspronkelijk bedoelde hervormingen ertoe hebben geleid dat die hervormingen deels zijn verwaterd. In de laatste paragraaf zullen de behandelde kwesties worden geëvalueerd.

### § 3. Het alternatief voor de opgedrongen stoelendans

De verschillende belangen zijn geduid. Grofweg gesteld hebben degenen met een avot er belang bij dat men niet eenvoudig ontslagen kan worden, terwijl een avot voor degenen met een avbt een vooruitgang is, ook als deze in termen van ontslagbescherming minder 'waard' zou zijn dan de huidige avot. De Wet werk en zekerheid heeft de oorspronkelijk voorgestelde ontslagversoepeling niet gerealiseerd, terwijl de wijziging van de ketenbepaling voor werknemers met een avbt niet per se voordelig is en mogelijk zelfs averechtse gevolgen zal hebben. Dit betekent dat de dichotomie tussen insiders en outsiders voorsnog blijft bestaan. Zoals Ferdinand Grapperhaus vaststelt: "De bescherming van flexkrachten neemt slechts in lichte mate toe, maar er ontstaat geen zicht op versterking van de overgang van flexibel naar vast werk. Voor zover de werkzekerheid zou moeten komen uit verbetering van structurele werkgelegenheid, biedt het wetsvoorstel ook nauwelijks perspectief."<sup>29</sup>

Door het rigide ontslagrecht worden veel werknemers met een avbt werkloos; hun plek in de flexibele schil wordt dan ingenomen door anderen. Problematisch hierbij is dat werknemers zo steeds opnieuw moeten wennen aan een nieuwe organisatie en zich veelal nieuwe taken eigen moeten maken, wat met inwerktijd gepaard gaat. Dit is in economische termen verlies.<sup>30</sup> Op het persoonlijke vlak valt te wijzen op het gebrek aan bestendigheid voor werknemers met een avbt. Ze zijn deelnemers aan een verplichte stoelendans waarbij ze in theorie (en op de lange termijn deels ook in de praktijk) elkaars plaats innemen. Verder valt te wijzen op de kosten van de frictiewerkloosheid die deze stoelendans met zich meebrengt, te weten de premies die ten behoeve van de WW-uitkering worden betaald. Een laatste extern effect van de avbt is dat het voor de hand ligt dat naarmate het einde daarvan in zicht komt werknemers, als ze weten dat deze niet zal worden verlengd, strategisch gedrag gaan vertonen. Ze hebben er vaak weinig mee te winnen als ze zich inzetten.<sup>31</sup> Deze problematiek zal met de verkorting van de ketenbepaling mogelijk toenemen, omdat de (relatieve) omvang van het gedeelte van de werkzame periode waarin men op zoek gaat naar vacatures toeneemt.

---

<sup>27</sup> Kritisch in deze zin is N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, p. 129. Het laatstgenoemde aspect heeft overigens met name betrekking op avot.

<sup>28</sup> J. de Koning, "Zijn hervormingen van arbeidsmarktinstellingen hét antwoord op de arbeidsmarktproblematiek?", p. 467.

<sup>29</sup> F. Grapperhaus, "De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel", p. 4.

<sup>30</sup> Vgl. R. Dekker, "De mythes van de flexibele arbeidsmarkt", p. 7.

<sup>31</sup> Dit zal in de praktijk misschien meevallen, omdat men veelal een goede referentie van de huidige werkgever wil verkrijgen. Voor de extreme gevallen biedt art. 7:627 (jo. 628) BW (vanaf 1 april 2016 art. 7:628 BW in gewijzigde vorm) uitkomst.

Het doel is voor veel werknemers met een avbt een avot. Op het probleem dat het voordeel voor de eerste groep een nadeel is voor de tweede is al gewezen. Saskia Klosse verwoordt het treffend: “Het vaste contract wordt [...] al snel, behalve een veilig, ook een heilig huisje. Maar dat heeft wel een keerzijde. Eenmaal in het bezit van een vast contract voeden de daaraan verbonden zekerheden namelijk de neiging om strak vast te houden aan de verworven positie. Dit gaat gemakkelijk gepaard met een zekere weerzin om te bewegen en, daarmee, met een innerlijk verzet tegen maatregelen die de doorgroei en ontwikkeling willen stimuleren.”<sup>32</sup> De auteur oppert om de interne flexibiliteit te verhogen<sup>33</sup> en per drie of vijf jaar te bepalen of een dienstverband wordt voortgezet.<sup>34</sup> Het probleem van frictiewerkloosheid voor werknemers met een avbt wordt daarmee niet opgelost, maar ze stelt wel maatregelen voor om dit probleem aan te pakken.<sup>35</sup>

De suggestie om cao's, vanuit de gedachte dat deze meestal niet op flexwerkers gericht zijn, zodanig aan te passen dat duurzame inzetbaarheidsbevordering voor alle werkenden wordt bewerkstelligd<sup>36</sup> is constructief, maar het is de vraag of de veranderingen ten gunste van flexwerkers doorgang zullen kunnen vinden. Daarbij hebben de meeste vakbondsleden immers geen belang en eigenlijk is sprake van een *zero-sum game*, zodat ze er zelfs belang bij hebben dat de positie van werknemers met een andere status dan die van hen nadelig is.

Ik zou willen pleiten voor een radicaler alternatief (in overeenstemming met het oorspronkelijke voorstel<sup>37</sup>), waarmee de doelstellingen zoals die in de Wet werk en zekerheid worden geformuleerd worden gerealiseerd. In de memorie van toelichting wordt gesproken over het genoemde gegeven dat (sommige) werknemers met een avot niet van baan willen wisselen, omdat ze daarmee de ontslagbescherming van hun huidige baan zouden verliezen en dat de dualiteit op de arbeidsmarkt moet worden tegengegaan;<sup>38</sup> “Het is [...] zaak te komen tot een eenduidig en eenvoudiger ontslagrecht dat bijdraagt aan het bevorderen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.”<sup>39</sup>

De doelstelling om “[...] het groeiende verschil tussen mensen met een vast en een flexibel contract te bestrijden [...]”<sup>40</sup> wordt bereikt door het versoepelen van het ontslagrecht, zodat de drempel voor werkgevers om een avot aan te bieden wordt verkleind. Als een versoepeling van het ontslagrecht ertoe leidt dat het aandeel werknemers met een avot toeneemt, is een belangrijk voordeel dat werkgevers niet meer zullen hoeven vrezen dat de trouw van werknemers gering is op grond van het feit dat ze op basis van een avbt werken, terwijl de trouw van degenen met een avot op de juiste motivatie zal rusten en niet op het feit dat voor hen elders slechts een avbt mogelijk is. De trouw zou slechts van de arbeidsvoorwaarden en de inhoud van de functie moeten afhangen en niet van de vorm van de arbeidsovereenkomst.

Voor de positie van oudere werknemers wordt terecht aandacht gevraagd.<sup>41</sup> De regeling van de transitievergoeding houdt al rekening met de leeftijd, maar aanvullende maatregelen kunnen gerechtvaardigd zijn. Deze nuancering is van belang, maar een versoepeling van het ontslagrecht is de meest consistente manier om de doelstellingen van de Wet werk en zekerheid te verwerkelijken, zodanig dat men niet zal hoeven vrezen dat deze zullen worden aangezien voor politieke, al te politieke alternatieven voor werkelijke oplossingen.

## Conclusie

De Wet werk en zekerheid heeft niet geleid tot een versoepeling van het ontslagrecht. Het Sociaal akkoord 2013 heeft tot zodanige aanpassingen in de oorspronkelijk voorgestelde hervormingen geleid dat de preventieve toets slechts een cosmetische verandering heeft ondergaan. Dat de behouden ontslagbescherming positief zou zijn voor de werknemer valt moeilijk vol te houden, nu dit voor

---

<sup>32</sup> S. Klosse, “Flexibel werken: van disbalans naar evenwicht”, p. 128.

<sup>33</sup> S. Klosse, “Flexibel werken: van disbalans naar evenwicht”, p. 128.

<sup>34</sup> S. Klosse, “Flexibel werken: van disbalans naar evenwicht”, p. 129.

<sup>35</sup> S. Klosse, “Flexibel werken: van disbalans naar evenwicht”, pp. 130 e.v.

<sup>36</sup> S. Klosse, “Flexibel werken: van disbalans naar evenwicht”, p. 127.

<sup>37</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 33075, nr. 2.

<sup>38</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 4.

<sup>39</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 24.

<sup>40</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 4.

<sup>41</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 40.

werknemers met een avbt vaak betekent dat een avot niet haalbaar is en ze veroordeeld zijn tot het verblijven in opvolgende flexibele schillen.

De ketenbepaling is wél aangepast, maar niet zodanig dat dit voor werknemers met een avbt gunstig is. Zij zullen eerder dan voorheen duidelijkheid verkrijgen over hun perspectief op een avot, maar de duidelijkheid zal waarschijnlijk niet van de bedoelde soort zijn: werkloosheid of een avbt met een nieuwe werkgever zal ze ten deel vallen.

Het verschil tussen de insiders en outsiders wordt dan ook niet opgeheven en mogelijk zelfs vergroot. Wil men hierin verandering brengen, dan is het zaak om over de rigiditeit van het ontslagrecht werkelijk kritisch te reflecteren en alle belangen – van de werkgevers en de verschillende soorten werknemers – serieus te nemen. Dit betekent dat het huidige ontslagrecht niet houdbaar is en moet worden ingewisseld voor een alternatief dat de balans herstelt.

## Literatuur

- I. Asscher-Vonk, *Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie: over de betekenis van maatschappelijk verantwoord ondernemen voor de arbeidsrelatie*. Nijmegen: Valkhof Pers, 2010
- S. Bekker, “De jeugd en de toekomst van de arbeidsmarkt.” *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* vol. 27, nr. 2 (2011), pp. 175-177
- R. Beltzer, “Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert.” *Nederlands Juristenblad* vol. 35, nr. 1802 (2010), pp. 2275-2278
- L. Burroni en M. Keune, “Flexicurity: A conceptual critique.” *European Journal of Industrial Relations* vol. 17, nr. 1 (2011), pp. 75-91
- F. Dekker, “De mythes van de flexibele arbeidsmarkt.” *ArbeidsRecht* vol. 18, nr. 8/9 (2011), pp. 5-8
- J. Doomen, “Democratische oververtegenwoordiging.” *Openbaar Bestuur* vol. 23, nr. 8 (2013), pp. 8, 9
- F. Grapperhaus, “De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel.” *Tijdschrift Recht en Arbeid* vol. 6, nr. 3 (2014), pp. 3-8
- N. Gundt, “Het wetsvoorstel Werk en Zekerheid.” *Ondernemingsrecht* vol. 37, nr. 4 (2014), pp. 195-197
- P. van der Heijden, “Een nieuwe rechtsorde van de arbeid.” *Nederlands Juristenblad* vol. 40 (1997), pp. 1837-1844
- H. Houwing, “De Nederlandse aanpak van ‘flexicurity’? Onderhandelde ontwikkelingen in de vormgeving van tijdelijk werk.” *Tijdschrift Recht en Arbeid* vol. 2, nr. 6/7 (2010), pp. 5-10
- S. Klosse, “Flexibel werken: van disbalans naar evenwicht.” *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* vol. 29, nr. 2 (2013), pp. 118-134
- J. de Koning, “Zijn hervormingen van arbeidsmarktinstituties hét antwoord op de arbeidsmarktproblematiek?” *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* vol. 28, nr. 4 (2012), pp. 455-473
- T. Noordoven, “Het Sociaal Akkoord: de eindstreep of een stille dood?” *Bedrijfsjuridische berichten* vol. 15, nr. 44 (2013), pp. 147-150
- C. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*. Deventer: Kluwer, 2014
- H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*. Leipzig: Felix Meiner, 1922



- L. Verburg, *Het Nederlands Ontslagrecht en het BBA-carcinoom*. Deventer: Kluwer, 2010
- E. Verhulp, “De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als onbereikbaar statussymbool na inwerkingtreding Wetsvoorstel Werk en Zekerheid.” *Tijdschrift Recht en Arbeid* vol. 6, nr. 3 (2014), pp. 16-21
- M. Welling, “Flexibel werken en voor iedereen een basisinkomen.” *Het Financieele Dagblad* 22-08-2015, p. 2
- T. Wilthagen, “Nederland loopt vast in flex: naar een nieuw ‘Dutch Design’.” *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* vol. 29, nr. 2 (2013), pp. 188-190
- N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*. Deventer: Kluwer, 2014