



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De allesbepalende kantonrechttersformule, "flex to the max" en WW op bestelling (2006)

Wegener-Belinfante, T.; Kouwenhoven, A.; Zwemmer, J.

**Publication date**

2016

**Document Version**

Final published version

**Published in**

70 jaar VvA: einde van het begin

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Wegener-Belinfante, T., Kouwenhoven, A., & Zwemmer, J. (2016). De allesbepalende kantonrechttersformule, "flex to the max" en WW op bestelling (2006). In A. R. Houweling, & L. C. J. Sprengers (Eds.), *70 jaar VvA: einde van het begin* (pp. 47-62). (Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht; No. 44). Wolters Kluwer.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## ONTSLAGRECHT, FLEXIBELE ARBEID EN (SOCIALE) ZEKERHEID IN DE JAREN 1996, 2006, 2016 EN 2036<sup>1</sup>

### 3.1 Hoe zieke werknemers duurder werden, er vrees was voor arbeidsnomaden en de kantonrechters een formule bedachten (1996)<sup>2</sup>

#### 3.1.1 *Inleiding*

Het is omdat de nieuwe dame van Personeelszaken zo aandrong tijdens de jubileumborrel, want hij was liever naar huis gegaan. De tijden zijn veranderd, Lodewijk, had ze gezegd. En daarmee doelde ze niet op de Winkeltijdenwet, waardoor hij vanavond toch nog even op de valreep een verjaardagspresentje kon kopen voor zijn vrouw. Nee, ze attendeerde hem op alle akkefietjes die de huisadvocaat in zijn memo had opgeworpen. Lodewijk Voordewind was doorgaans blij met het kabinet Kok en zijn marktdenken, maar dit Paarse denken had, zo had hij inmiddels ontdekt, ook wel zijn keerzijde. Als hij keek naar de balans met alle uitgaven voor zieke werknemers, inclusief de kosten van een rechtszaak, dan verlangde hij terug naar de tijd waarin met één telefoontje de bedrijfsvereniging alle verantwoordelijkheid voor een zieke medewerker overnam.

#### 3.1.2 *Zieke werknemer*

Het toppunt was wel dat de directeur Inkoop Jelte de Vries deze zomer bij zijn voorbereidingen voor de Elfstedentocht een lelijke smak met zijn rolschaatsen had gemaakt en weken het bed moest houden. Hij was best bereid geweest een aanvulling op zijn Ziektewetuitkering te betalen zoals de cao

---

1 Dit vierluik werd geredigeerd door Liesbeth van Buitenen, Karin Frikkee, Monetta Ulrici (allen rechter) en Johan Zwemmer (advocaat te Amsterdam, universitair docent arbeidsrecht aan de UvA en voorzitter van de werkgroep Ontslagrecht).

2 Paragraaf 3.1 is geschreven door Dirk Jan Buijs (oud-kantonrechter), Erica Wits (advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht) en Ea Visser (advocaat bij Banning Advocaten te 's-Hertogenbosch).

voorschreef of desnoods 70% van het salaris, maar de brief op poten van een vakbondsjurist maakte hem snel duidelijk dat hij het volledige loon moest doorbetalen tijdens ziekte. Zijn advocaat had hem verteld dat hij een punt had, want de aanvullingsregeling in de cao ging uit van een onderliggende Ziektewetuitkering en die was er niet meer sinds de Wet uitbreiding loon-doorbetaling bij ziekte.<sup>3</sup> De rechter had echter geoordeeld dat het niet de bedoeling was geweest van de wetgever om in te breken op de cao. Volgens een letterlijke uitleg van de cao moet een werkgever bij ziekte het salaris tot 100% van het Ziektewetdagloon aanvullen.<sup>4</sup> De verzuchting van Lubbers in 1990 "Nederland is ziek", klopte ook hier maar weer eens. Vandaag was ook weer een erg koude dag en hij vreesde een "It giet oan" van Henk Kroes. Jelte was net weer op de been en niemand die hem zou weerhouden de Tocht der Tochten te rijden. En als het goed mis zou gaan, dan had hij begrepen dat hij voor nota bene 52 weken het loon moest doorbetalen. Hij zou het advies van zijn advocaat om dit risico privaat te verzekeren toch maar opvolgen, er waren hiervoor genoeg mogelijkheden. Onbegrijpelijk vond hij overigens deze uitbreiding van de loon-doorbetalingsverplichting bij ziekte. De regeling Terugdringing Ziekteverzuim<sup>5</sup> uit 1994, waarin het bedrijf zes weken het loon diende door te betalen bij ziekte, had intern al binnen het bedrijf tot een behoorlijke afname van het verzuim geleid en, zo had hij begrepen, dit was bij de meeste organisaties het geval.<sup>6</sup> Dat was ook wel nodig, gezien het gegeven dat 15% van de beroepsbevolking aanspraak maakte op een arbeidsongeschiktheidsregeling.<sup>7</sup>

Aan de ziekmelding van Jelte hoefde geen mens te twifelen, maar bij Henk was dit toch een ander verhaal. Zijn advocaat had hem aangeraden het loon niet door te betalen bij deze aansteller. Dit advies was toch wat minder bruikbaar geweest. Henk had bij het UVI een second opinion gevraagd en kennelijk flink overdreven bij het beschrijven van de zwaarte van zijn werk. Anders kon hij het oordeel van de verzekeringsarts niet plaatsen dat Henk arbeidsongeschikt zou zijn. Enfin, de kantonrechter ging ervan uit dat het UVI wel zorgvuldig gewerkt zou hebben, en omdat hij niet het tegendeel kon aantonen, trok Henk aan het langste eind.<sup>8</sup>

3 *Stb.* 1996, 141.

4 *Rb.* 's-Gravenhage 27 februari 1996, *JAR* 1996/63.

5 *Stb.* 1993, 757.

6 Cijfers in A.J.G. Tazelaar, 'Worden we beter van de Wulbz?', *ArbeidsRecht* 1995/72.

7 A.M. Wilms, P.W. Feenstra, A. Houtkoop en A. Machiels-Van-Es, 'Rapport Bovenwettelijke aanvullingen bij ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid van het Ministerie van SZW', oktober 2013.

8 *Ktr.* Amsterdam 28 maart 1997, *JAR* 1997/72.

Maar het absolute dieptepunt was toch wel het trieste geval van Neeltje. Deze harde werkster werd getroffen door een erfelijke ziekte en na een lange strijd moest zij het leven laten. Dit had alle collega's diep geraakt. Nauwelijks bekomen van de schok viel de brief van het UVI op de mat met daarin het verzoek om een boete van een halfjaar salaris te betalen, omdat Neeltje nog net in de WAO was gekomen. Hij was te veel van streek geweest om adequaat te handelen en had de bezwaartermijn ongebruikt laten verlopen. Dat was niet verstandig, begreep hij later, toen hij in de krant las dat de Centrale Raad van Beroep korte metten met deze "malusregeling" had gemaakt.<sup>9</sup> In het memo van zijn advocaat las hij nu dat de regering ook tot inkeer was gekomen en deze regeling van nog maar een paar jaar oud<sup>10</sup> weer had afgeschaft. Echter niet zonder er ander onheil tegenover te stellen: de Wet Pemba.<sup>11</sup> Hoe meer werknemers uit zijn bedrijf in de arbeidsongeschiktheidsregeling terecht zouden komen, hoe hoger de gedifferentieerde werkgeverspremie. Dit zou dan moeten leiden tot een prikkel om werknemers te re-integreren. Hij zou de Winkeltijdenwet graag inruilen voor het oude systeem, waarin het collectief verantwoordelijk was voor de zieke werknemers. In het memo las hij echter toch ook nog wel wat maatregelen die hem zouden kunnen helpen: een loonkostensubsidie en de proefplaatsmogelijkheden. En daarnaast nog een wonderlijke regeling die zijn advocaat als "AMBER" aanduidde. Als een werknemer arbeidsgeschikt wordt verklaard, dan kan hij na toename van zijn oorspronkelijke klachten binnen vier weken alsnog een uitkering toegekend krijgen of kan zijn recht herleven. Wie zou over twintig jaar nog weten wat deze afkorting betekende: Wet afschaffing malus en bevordering re-integratie...?<sup>12</sup> Hij moest er toch maar eens over denken om zijn buurman aan te nemen die door een recente herbeoordeling uit de WAO was gezet. Het risico van vier weken ziekte kon hij wel dragen.

Overigens terecht dat zijn buurman via deze herbeoordelingsactie goedgekeurd was. De beste man was in 1985 met wat vage rugklachten in de WAO geraakt. Hij had hem over de heg eens verteld dat de arbeidsdeskundige had geoordeeld dat hij maar voor 15-25% arbeidsongeschikt was, maar omdat deze van mening was dat geen werkgever zat te wachten op een werknemer met beperkingen, had hij hem voor 80-100% arbeidsongeschikt

---

9 Centrale Raad van Beroep, 15 februari 1995, ECLI:CRVB:ZF1673.

10 *Stb.* 1992, 82.

11 *Stb.* 1997, 391.

12 Art. 55 en 57 Wet WIA.

verklaard. Zijn advocaat had hem later verteld dat deze verdiscontering van de werkloosheid in het arbeidsongeschiktheidspercentage al in 1987 was afgeschaft, maar gelukkig alleen voor nieuwe gevallen en werknemers onder de 35 jaar.<sup>13</sup> Een schande en terecht dat de regering nu had besloten tot een grote herbeoordelingsoperatie. Voortaan werd niet meer gekeken naar opleiding of het vroegere beroep of wat naar billijkheid kon worden opgedragen, maar tot welke algemeen geaccepteerde arbeid iemand nog in staat was.<sup>14</sup>

Diep triest hoe deze man in de kracht van zijn leven aan de kant was gezet door de samenleving. Want met het WAO-stempel kwam zijn buurman niet binnen bij een nieuwe werkgever. Het deed hem pijn om te zien dat het dorp deze man met de nek aankeek en hem achter zijn rug om als "profiteur" betitelde. En de vakbonden die het zouden moeten opnemen voor hun leden, speelden wat hem betrof ook nog een kwalijke rol. Dikwijls had een bestuurder bij een reorganisatie de afgelopen jaren bij hem aangedrongen op het laten afvloeien van een zieke medewerker via de WAO. Zo bleef er meer geld over voor het sociaal plan voor de andere werknemers die moesten afvloeien. De WAO als afvloeiingsregeling! Daar had hij nooit aan mee willen werken.

Terug naar het memo van zijn advocaat. Gelet op alle extra loon- en andere kosten die zijn zieke medewerkers dit jaar veroorzaakten en met de Pemba op komst, dringt deze aan op voorzorgsmaatregelen. Voortaan niet meer werken met arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, maar altijd starten met een jaarcontract met een proeftijd. Bij ziekte kunnen dan hoge kosten vermeden worden. En verder is het devies om in overleg met de ondernemingsraad een goede Arbodienst te kiezen die de begeleiding van de werknemers kan verzorgen. De tips voor alle subsidies en maatregelen schuift hij wat vermoeid ter zijde: het aanvragen daarvan met alle bureaucratie hieromheen, kost hem meer dan dat het oplevert, dat liet het verleden vaak genoeg zien. Aan het uitvoeren van de andere adviezen heeft hij de komende tijd al zijn handen voll

---

13 *Stb.* 1986, 561 in samenhang met de Invoeringswet stelselherziening.

14 Wet Terugdringing Beroep op Arbeidsongeschiktheidsregelingen, *Stb.* 1993, 412.

### 3.1.3 Flexibele arbeidsrelaties

Briesend las Lodewijk de tweede brief (N.B. van dezelfde dag!) van zijn huisadvocaat door. Eerst had die gek met zijn ongespecificeerde halfjaardeclaraties zijn jubileumborrel al verstierd door het memorandum te sturen over de loondoorbetaling bij ziekte. Vervolgens weer dit schrijven – ook per post in plaats van per fax zoals een modern mens betaamt – dat een streep zette door zijn personeelsplannen van het komende jaar. Hield het dan nooit op? Het was natuurlijk allemaal de schuld van Kok. Ongelooflijk dat die man, nadat hij eerst als vakbondsleider had meegewerkt aan het drastisch herzien van de WAO en veel kritiek had gekregen, het gezicht van de PvdA was geworden en zelfs de verkiezingen had gewonnen.<sup>15</sup> En waar had dit allemaal toe geleid? Tot een samenwerking van de socialisten, D66 en nota bene zijn eigen ondernemerspartij: de VVD!<sup>16</sup> Paarse broeken, alsof er niet al genoeg uitdagingen waren met de hoogste toestroom van asielzoekers ooit. De dienstplicht was ook al afgeschaft.<sup>17</sup> Nee, het enige goede van dit kabinet was dat de Nederlandse Spoorwegen verzelfstandigd werden. Marktdenken, dat was pas goed voor de economie. Maar ja, ondertussen was Ad Melkert minister van Sociale Zaken en dat kon alleen maar ellende betekenen.

Lodewijk las de brief nog eens door. Het ging over een draaideur, maar niet die bij de ingang van het bedrijf, waar laatst de magazijnbeheerder in bekneld was geraakt met als gevolg dat die ook weer maanden uit de roulatie was. Nee, dit had te maken met het gedoe met uitzendkrachten van de laatste tijd. Iedereen wist dat uitzendbureaus zo populair waren, omdat uitzendkrachten geen civielrechtelijke ontslagbescherming hebben.<sup>18</sup> Er was ook eigenlijk geen keus, nu voor het eindigen van een voortgezet tijdelijk contract voorafgaande opzegging was vereist.<sup>19</sup> Daarom kwamen werknemers eerst op uitzendbasis werken, dan op een contract voor bepaalde tijd en daarna, tja dan werd het lastig. Zeker met alle verplichtingen die telkens op het bordje van de werkgever werden gelegd. Lodewijk had om die reden iets slims bedacht. Hij was van plan om niemand meer in vaste dienst te

---

15 [https://nl.wikipedia.org/wiki/Wim\\_Kok](https://nl.wikipedia.org/wiki/Wim_Kok).

16 Paars I, van 1994-1998, [https://nl.wikipedia.org/wiki/Kabinet-Kok\\_I](https://nl.wikipedia.org/wiki/Kabinet-Kok_I).

17 <https://nl.wikipedia.org/wiki/1996>.

18 J.F. van Vlijmen en M.A. de Blécourt, 'De arbeidsvoorzieningswet en detachering', *ArbeidsRecht* 1996/12.

19 Art. 7A:1639f lid 3 BW.

nemen. Er bleef natuurlijk wel een groep over die voor onbepaalde tijd in dienst was, maar die werknemers liet hij gewoon zitten, totdat ze op hun 55ste met de VUT konden. Het zou vast niet zo'n vaart lopen met de plannen van de sociale partners om de VUT om te zetten in een vroegpensioen.

Voor het overige had hij tijdelijke contracten willen afwisselen met een periode van minstens twee maanden inlenen via een uitzendbureau. Daarmee ontkwam hij mooi aan de regel dat dienstbetrekkingen die elkaar binnen 31 dagen opvolgen, werden samengeteld.<sup>20</sup> Lodewijk begreep echter uit het memo dat de Hoge Raad inmiddels een stokje had gestoken voor zijn plannen. In een arrest uit 1991 was namelijk uitgemaakt:

"Het gaat hier om een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden, aangezien bij toepassing van die constructie deze wetsbepalingen, indien naar de letter genomen, niet tot het daarmee beoogde doel zouden leiden.

Deze constructie komt er immers op neer dat de werkgever gedurende een langere periode ('een aantal jaren') werk in zijn onderneming doet verrichten door arbeidskrachten met wie hij daartoe een aantal malen achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten sluit voor bepaalde tijd telkens afgewisseld door aansluitende perioden (van, naar het hof kennelijk heeft aangenomen, telkens meer dan 31 dagen met het oog op het bepaalde in art. 1639f lid 4) waarin diezelfde werknemers hetzelfde werk in zijn onderneming verrichtten als uitzendkrachten.

Een redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van vorenbedoelde wetsbepalingen strokende toepassing daarvan brengt dan ook mee dat de te dezen gekozen constructie niet leidt tot het ontnemen aan Bootsma c.s. van hun door de wet gewaarborgde ontslagbescherming en dat daarom de relatie tussen ieder van hen en Campina, wat betreft de wettelijke regels die gelden voor beëindiging daarvan, moet worden aangemerkt als een voortgezette dienstbetrekking in de zin van art. 1639f."<sup>21</sup>

20 Art. 7A:1639f lid 4 BW.

21 HR 22 november 1991, NJ 1992/707, m.nt. P.A. Stein.

Het draaideuren bood dus weinig oplossing. Alleen een korte periode van uitzendbureau – tijdelijk contract – uitzendbureau zou misschien nog kunnen,<sup>22</sup> maar ideaal was dat ook niet. Wat moest hij nu bedenken? Zolang dat dekselse BBA zou blijven bestaan, zou immers behoefte bestaan aan ontduikingsconstructies.<sup>23</sup> Misschien dat de Flexnota van Kok en de zijnen daar iets aan zou veranderen.<sup>24</sup>

Lodewijk las nog eens verder in de brief van de huisadvocaat. Opeens ging het ook over nomaden. Blijkbaar wilde men in Den Haag wel inspelen op de behoefte aan meer flexibiliteit, maar was men aan de andere kant ook bang dat er in de toekomst naast een harde kern van “vaste” werknemers, een groeiende groep “arbeidsnomaden” zou ontstaan. Deze groep zou van tijdelijke baan naar tijdelijke baan gaan en het walhalla van het vaste contract nooit bereiken.<sup>25</sup> Tja, mijmerde Lodewijk. Hoe erg is het dat mensen steeds tijdelijke contracten hebben? Ze vallen wel gewoon onder het sociale zekerheidsstelsel. Het is immers niet zo dat we hele groepen uit loondienst gooien en direct weer als freelancer inhuren. En flexibiliteit én zekerheid, is dat niet met elkaar in strijd? Hoe zou dat eruit moeten zien, meer ruimte voor tijdelijke contracten, maar wel gebonden aan strikte regels? Lodewijk zag wel de aantrekkelijkheid ervan in, maar had er een hard hoofd in dat het zover zou komen. Misschien over een paar jaar.

#### 3.1.4 *Ontslagvergoedingen*

En dan, of de duivel ermee speelt, blijkt de huisadvocaat toch op de valreep de fax ontdekt te hebben en komt de nieuwe dame van Personeelszaken aanzetten met het derde ongevraagde advies van de huisadvocaat dat dit keer ging over het ontslagrecht zelf. Los ervan dat dit de derde domper op zijn jubileumavond zette, verontrustte de inhoud van dat advies hem nog meer. Misschien moest hij toch wel terugkomen op zijn idee om alle medewerkers met contracten voor onbepaalde tijd tot hun VUT-leeftijd in dienst te houden. Het was nog maar de vraag of minister Melkert die regeling een lang leven zou gunnen.

---

22 Ktg. 's-Hertogenbosch 29 juni 1995, JAR 1996/16.

23 W.L. Harenberg, 'De draaideurconstructie: ontwikkelingen ná Campina', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht* 1994/33.

24 De Nota Flexibiliteit en Zekerheid van 4 december 1995, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-24543-1.html>.

25 Zie ook de Nota Flexibiliteit en Zekerheid van de Stichting van de Arbeid, 3 april 1996 Publikatiernr. 2/96.



De laatste jaren liet Lodewijk meer en meer ontslagzaken via de kantonrechter lopen.<sup>26</sup> Maar als je zag hoe rechters omgingen met het ontslag van werknemers, dan mocht je al blij zijn als ze een arbeidsovereenkomst überhaupt wilden ontbinden. En, als zij dat al deden, dan moest je rekening houden met een forse vergoeding. Dat was dan toch wel weer een voordeel van de RDA-procedure. Met een ontslagvergunning kunnen werknemers gewoon ontslagen worden. Ja, als je wilt reorganiseren, moet je met vakbonden een sociaal plan afspreken. Maar dan nog ben je minder duur uit dan wanneer je voor iedere werknemer ontbinding vraagt aan de kantonrechter. Dat kost niet alleen griffierecht, maar de huisadvocaat heeft ook een vork waarmee hij kan schrijven. Rekeningen wel te verstaan. Misschien kan de nieuwe dame van Personeelszaken dat over een tijdje zelf wel regelen; dat zal de kosten tenminste een beetje beperken.

Nee, dan is die RDA-procedure (die naam alleen al, wat was er mis met het Gewestelijk Arbeidsbureau?) zo gek nog niet, zeker niet wanneer je een middelgrote onderneming hebt. Die multinationals weten wel raad met hun geld. Daar kunnen werknemers zelfs bij een afspraak met de vakbond een bedrag ineens krijgen ter vervanging van een WW-uitkering en dan nog kan de werknemer nog twee ton extra bij de kantonrechter halen!<sup>27</sup> Nu ging dat wel om een jaarsalaris van tweeënhalve ton en daar haalde hij zelf nog geen derde van, maar toch. Nee, dan de RDA-procedure. Daar loop je hoogstens de kans op een kennelijk onredelijk ontslagprocedure na het ontslag, als de werknemer dat met zijn vakbond aandurft. Die kans is niet alleen klein, maar zo'n procedure levert in minder dan de helft van de gevallen voor de werknemer een vergoeding op en in de andere gevallen is de vergoeding een derde lager dan in de ontbindingsprocedure.<sup>28</sup> Dat lijkt met name op te gaan voor bedrijfseconomische ontslagen, want voor ontslag op in de persoon gelegen gronden is de kans op het krijgen van een ontslagvergunning tamelijk klein. Toch staat in de brief van de advocaat dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure zich gaandeweg heeft ontwikkeld tot een soort spiegelbeeld van de ontbindingsprocedure en dus moet je, nadat je al anderhalf jaar de WAO-uitkering van de werknemer hebt

26 Net als andere werkgevers, zie C.G. Scholtens, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 1995: voor elk wat wils', *ArbeidsRecht* 1996/27.

27 Ktr. 's-Gravenhage 2 april 1996, *JAR* 1996/104.

28 Beltzer c.s., *Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren*, UvA 1999.

aangevuld, toch nog f 45.000 ophoesten.<sup>29</sup> Kortom: of je door de hond of door de kat gebeten wordt: het lijkt nauwelijks uit te maken.

Gelukkig heeft minister Melkert, dat moet hem worden nagegeven, toen hij aantrad in 1994 meteen het wetsontwerp van zijn voorganger Bert de Vries ingetrokken. Die wilde een standaardvergoeding bij ieder ontslag verplicht maken. Aan de andere kant blijf je als werkgever geconfronteerd worden met onzekerheden over de vraag hoeveel het ontslag van een werknemer je gaat kosten. Het is in elk geval volstrekt onvoorspelbaar als je ontbinding van de arbeidsovereenkomst vraagt aan de kantonrechter. Sommige kantonrechters hanteren daarbij een soort formule, maar andere helemaal niet en sommige willen zelfs helemaal niet zeggen of ze dat doen.<sup>30</sup> Nee, dan voelde hij meer voor de opvatting dat kantonrechters ervan uitgaan dat in beginsel een vergoeding moet worden toegekend. Maar hij vindt wel dat van hen enige bescheidenheid mag worden verwacht.<sup>31</sup> Er is volgens de huisadvocaat zelfs een kantonrechter, die zich afvraagt of een zakjapper de beslissing van de kantonrechter kan dicteren, en of dat wenselijk is.<sup>32</sup> Er waren maar liefst 61 kantons, had Lodewijk gehoord, en dat maakte het helemaal ongewis. Er zijn zelfs soms ook nog verschillen tussen kantonrechters binnen één kanton. In Utrecht en Amersfoort hadden ze dat wel goed geregeld, al gaat het toch wel ver een billijke vergoeding te berekenen met twee cijfers achter de komma bij zowel de correctiefactor als het salaris.<sup>33</sup> Sommige kantonrechters willen de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer eigenlijk niet ontbinden. Of met flinke tegenzin, maar dan hangt er een fors prijskaartje aan. Zeker wanneer je niet alles eraan hebt gedaan om een zieke werknemer aan het werk te houden, mocht je rekenen op een forse vergoeding.

Zijn huisadvocaat had hem eens geprobeerd uit te leggen bij welke kantonrechter je beter niet terecht kon komen en hoe je dat moest aanpakken. Het had iets te maken met de eerste letter van de achternaam van de werknemer. Als je de categorie H t/m L had, dan kon je beter de meisjesnaam of

29 Ktr. Middelburg 28 oktober 1996, JAR 1996/235.

30 A.G. Van Marwijk Kooij, 'Een rondje langs de velden', *ArbeidsRecht* 1996/68.

31 R. Hansma, 'Weg met de rechterlijke loongolf', *NJB* 1996 p. 1635.

32 D.J. Buijs, 'Iudex non calculat', *Trema* 1996, p. 250 e.v. Dit stukje inspireerde Gijs Scholtens tot zijn "Statistieken". Bij zijn afscheid als advocaat mocht ik zijn eigen zakjapper ingelijst ontvangen.

33 Ktr. Utrecht 13 mei 1996, JAR 1996/121.

naam van de echtgenote gebruiken. Alles om niet bij kantonrechter W. te komen. Alleen, dat hielp niet wanneer man en vrouw in dezelfde alfabetcategorie zaten. Zijn hoofd duizelde ervan.

Toch wil Lodewijk niet blijven somberen en gelukkig ontwaart de huisadvocaat aan de horizon een lichtpuntje. Hij weet te melden dat de kantonrechters op 8 november 1996 ter uniformering van de hoogte van de ontbindingsvergoedingen een formule<sup>34</sup> hebben vastgesteld zoals die in veel kantons al werd gehanteerd. Die zou voor het hele land moeten gaan gelden, al hebben ze er meteen bij gezegd dat die formule niet verplicht is. De huisadvocaat had al gehoord dat ze zich in het Zuiden van het land niet de wet willen laten voorschrijven. Maar Lodewijk hoopt dat extreme vergoedingen als f 110.000,<sup>35</sup> een jaarsalaris na een dienstverband van 2,5 jaar,<sup>36</sup> f 500.000,<sup>37</sup> f 475.000,<sup>38</sup> f 460.000,<sup>39</sup> f 895.104,25<sup>40</sup> tot het verleden behoren. Het zal hem benieuwen.

Alle collega's hebben het bedrijf nu, zingend en al dan niet wat aangeschoten, verlaten. Volgend jaar geen drank meer bij de borrel neemt hij zich voor, hij zit niet te wachten op uitglijders en ongelukken, met alle inspanningen die dat met zich meebrengt. Verhip, het begint al wat te wennen die nieuwe rol. Zijn advocaat zal tevreden zijn. En zijn vrouw ook, als hij nu voortmaakt.

---

34 SMA 1997, p. 20-26: de vergoeding is het product van de gewogen dienstjaren (de factor A, in drie leeftijdscategorieën van jonger dan 40 jaar, tussen 40 en 50 jaar en boven 50 jaar, vermenigvuldigd met 1, 1,5 respectievelijk 2) met de vaste maandelijkse beloning (factor B) en de correctiefactor C, die bij een geen van partijen te verwijten ontbinding op 1 werd gesteld.

35 Ktr. Alkmaar 4 december 1995, PG 4457.

36 Ktr. Amsterdam 4 december 1995, JAR 1996/7.

37 Ktr. Amsterdam 20 juni 1996, PG 4657.

38 Ktr. Apeldoorn 13 november 1996, JAR 1996/240.

39 Ktr. Harderwijk 15 mei 1996, PG 4546.

40 Ktr. Zuidbroek 8 februari 1996, PG 4485.

## 3.2 De allesbepalende kantonrechtर्सformule, "flex to the max" en WW op bestelling (2006)<sup>41</sup>

### 3.2.1 *Het ontslagrecht als politieke splijtzwam*

"U draait en u bent niet eerlijk." Deze inmiddels historische woorden spreekt premier Jan-Peter Balkenende (CDA) tijdens een radiodebat tegen Wouter Bos, fractievoorzitter van de PvdA, in een woordenstrijd over de sociale zekerheid en het ouderenbeleid. Daarbij gingen verwijten over onder andere versoepeling van het ontslagrecht over en weer.<sup>42</sup> De sfeer van vijandschap tussen de twee grootste partijen en hun leiders is niet alleen tekenend voor de Tweede Kamerverkiezingen van 22 november 2006 en de daaropvolgende formatie van het kabinet Balkenende IV met CDA, PvdA en ChristenUnie. Het is ook tekenend voor de rol van het ontslagrecht in de polder rond 2006: een splijtzwam.

In de discussie over het ontslagrecht neemt de ontslagvergoeding een belangrijke plaats in. In de jaarlijkse statistiek ontbindingsvergoedingen van Scholtens in het tijdschrift *ArbeidsRecht*, wordt verslag gedaan van de ontwikkelingen op het terrein van de vergoedingen bij ontbinding en kennelijk onredelijk ontslag. Voor zowel de rechtspraak als beleidsmakers vormen de statistieken van Scholtens een belangrijke graadmeter voor de stand van zaken van de ontslagrechtpraktijk. Ter gelegenheid van het afscheid van Scholtens publiceert de Werkgroep Ontslagrecht in december 2005 een afscheidsbundel met uiteraard ruime aandacht voor ontslagvergoedingen. Bij lezing van die bundel wordt snel duidelijk waar de arbeidsrechtpraktijk zich op had gericht: "De hedendaagse arbeidsrechtadvocaat weet alles van de kantonrechtर्सformule, maar de kennis van de regels voor de opzegging begint al te tanen."<sup>43</sup>

41 Paragraaf 3.2 is geschreven door Tzivya Wegener-Belinfante (advocaat bij Stibbe te Amsterdam), Alfons Kouwenhoven (senior beleidsjurist Arbeidsjuridische dienstverlening UWV) en Johan Zwemmer (universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe te Amsterdam).

42 Radio 1 lijsttrekkersdebat, 29 oktober 2006.

43 G.J.J. Heerma van Voss, 'Afscheid van Scholtens', in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, Geschriften VvA 35, Deventer: 2005.

### 3.2.2 Hoogtijdagen van de kantonrechtersformule

Nog ver van de politieke werkelijkheid van onenigheid en onvrede, staat in de ontslagpraktijk van 2006 de billijkheid hoog in het vaandel. De aantrekkende economie zorgt voor dalende aantallen ontslagprocedures, tot zelfs een daling van 27% ten opzichte van 2005.<sup>44</sup> Daarbij is de ontbindingsroute in 2006 populairder dan ooit. In 2006 overtreft het aantal in de statistiek ontbindingsvergoedingen geregistreerde ontbindingsprocedures voor het eerst het aantal ontslagvergunningsprocedures.<sup>45</sup> Een voordeel van de ontbindingsroute is de snelheid van de procedure. Daarnaast kan de kantonrechter met onmiddellijke ingang ontbinden en zijn hoger beroep en cassatie in beginsel uitgesloten.

Een ander aantrekkelijk aspect van de ontbindingsprocedure is dat art. 7:685 (oud) BW de kantonrechter de ruimte geeft arbeidsovereenkomsten ondanks een gebrekkig ontslagdossier toch te ontbinden.<sup>46</sup> De werknemer wordt dan gecompenseerd met een door de kantonrechter aan de werknemer toegekende vergoeding naar billijkheid. In de jaren voorafgaand aan 2006 is de ontslagpraktijk zich steeds meer van bescherming tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als zodanig naar een financiële bescherming bij ontslag gaan ontwikkelen.<sup>47</sup> In 2006 wordt nog slechts 8,1% van de ontbindingsverzoeken afgewezen.<sup>48</sup>

Sinds 1 januari 1997 wordt de door de kantonrechter aan de werknemer toegekende vergoeding naar billijkheid veelal berekend aan de hand van de formule  $A \text{ (aantal naar leeftijd gewogen dienstjaren)} * B \text{ (beloning: bruto-maandsalaris)} * C \text{ (correctiefactor)}$ , zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters op 8 november 1996.<sup>49</sup> Sindsdien

44 Ontslagstatistiek jaarrapportage 2006, Ministerie van SZW, juli 2007, p. 3.

45 C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2006: de stabiliteit voorbij?', *ArbeidsRecht* 2007/27. Ook uit de jaarrapportage SZW over 2006 blijkt dat er meer ontbindingsverzoeken dan ontslagaanvragen zijn ingediend, p. 3.

46 Op grond van art. 7:685 lid 2 (oud) BW kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden bij: "veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen".

47 Zie J.P.H. Zwemmer, 'De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven', *ArbeidsRecht* 2007/47.

48 P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst* (diss. Rotterdam), Den Haag: Bju 2012, p. 160.

49 De aanbevelingen zijn gepubliceerd als bijlage bij het maandblad *ArbeidsRecht*, nr. 11 van 1996.

heeft de toepassing van deze kantonrechttersformule een hoge vlucht genomen en wordt aan de vraag of wel sprake is van omstandigheden die meebrengen dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn moet eindigen steeds minder aandacht besteed. Scholtens verwoordt dit in 2005 als volgt:

“Legt men deze casus [afwijzing van een ontbindingsverzoek] voor aan een willekeurige groep arbeidsrechtjuristen, dan zal (bijna) iedereen meteen naar zijn rekenmachine grijpen en de kantonrechttersformule gaan uitrekenen. Daarbij worden dan de eerste twee vragen die in iedere zaak spelen, en dus beantwoord moeten worden, over het hoofd gezien. Is er eigenlijk wel een reden die ontbinding rechtvaardigt en, zo ja, is er aanleiding een vergoeding toe te kennen?”<sup>50</sup>

Dat bij de kantonrechter de beoordeling van een verzoek om ontbinding steeds meer is verworpen tot een invulling van de variabelen van de kantonrechttersformule, is voor Scholtens een bevestiging van de degelijkheid van deze formule. Daarbij illustreert hij aan de hand van een fictieve ontslagcasus dat iedere gewenste billijke oplossing kan worden bereikt door behendig gebruik van de variabelen van de kantonrechttersformule.<sup>51</sup> De werknemer is een hoge leidinggevende die na een periode als zelfstandig managementconsultant op zijn 44ste bij zijn (voormalige) opdrachtgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gekregen. Een flinke achteruitgang in zijn salaris wordt gecompenseerd door beloftes over een zekere toekomst tot aan zijn pensioen. Het salaris inclusief vakantietoeslag en dertiende maand bedraagt € 15.000. Daarnaast ontvangt de werknemer een (sterk wisselende) tantième en een variabele bonus, maakt hij gebruik van een bedrijfsauto en neemt hij deel aan de pensioenregeling van de werkgever. Tegenvallende bedrijfsresultaten leiden na bijna tien jaar dienstverband tot een breuk. In de door werkgever geïnitieerde schikkingsonderhandelingen worden bedragen genoemd, variërend van € 75.000 tot € 775.000, waarna partijen steeds nader tot elkaar komen en de kantonrechter uiteindelijk de knoop doorhakt op € 400.000.

Hoe uiteenlopend ook, al deze bedragen kunnen worden gebaseerd op een interpretatie van de kantonrechttersformule. Los van de beslissingsvrijheid van de kantonrechter ten aanzien van de einddatum, biedt de kantonrechttersformule zelf talrijke mogelijkheden. Uiteraard kan er met de correctiefactor worden gevarieerd: disfunctioneren is in beginsel een neutrale ontslaggrond ( $C=1$ ), maar wellicht hebben werkgever ( $C>1$ ) of werknemer

---

50 C.G. Scholtens, 'De muziek van de kantonrechttersformule', *ArbeidsRecht* 2005/33.

51 C.G. Scholtens, 'De muziek van de kantonrechttersformule', *ArbeidsRecht* 2005/33.

(C<1) verwijtbaar onvoldoende hun best gedaan om het functioneren te adresseren en te verbeteren. Met de A-factor (dienstjaren) kan ook worden gespeeld. Zo kan de door kantonrechter Groen uit Hilversum bedachte variant worden toegepast waarbij een lagere wegingsfactor wordt gehanteerd voor werknemers die pas na hun 40ste in dienst zijn getreden.<sup>52</sup> Ook is de vraag of en zo ja, in hoeverre de "voordiensttijd" als externe consultant moet worden meegeteld. De B-factor (brutoloon per maand) biedt eveneens ruimte voor flexibiliteit, namelijk bij de selectie en berekening van de (gemiddelde) beloningscomponenten.

De kantonrechtersformule wordt niet alleen door kantonrechters gehanteerd. Op basis van werkgevers- en werknemersenquêtees schat het Hugo Sinzheimer Instituut in dat in 2006 de beëindiging met wederzijds goedvinden iets vaker voorkomt dan de beëindiging via de kantonrechter (5,4% versus 5,1%).<sup>53</sup> En waar bij beëindiging met wederzijds goedvinden wordt gekozen voor een eenmalig bedrag, wordt meestal aangesloten bij de kantonrechtersformule.<sup>54</sup> Ook binnen die andere ontslagroute, de opzegging, wint de kantonrechtersformule terrein. Hoewel bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst na verkrijging van een ontslagvergunning van het UWV geen vergoeding aan de werknemer wordt toegekend, maakt ook de 681-rechter in een daarna door de werknemer aanhangig gemaakte kennelijk onredelijk ontslagprocedure steeds vaker gebruik van de variabelen van de kantonrechtersformule bij de berekening van een ontslagvergoeding.<sup>55</sup> Naar aanleiding van deze "trend naar gelijkshakeling van 681 en 685"<sup>56</sup> maken de gerechtshoven de afspraak dat de kantonrechtersformule een

52 Ktr. Hilversum 22 oktober 1999, JAR 1999/241.

53 Onderzoeksrapport Hugo Sinzheimer Instituut 'De kosten van ontslag', 2006, p. 18.

54 Onderzoeksrapport Hugo Sinzheimer Instituut 'De kosten van ontslag', 2006, p. 28. Zie ook: R. Knegt, 'Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel', *SR* 2006/59; G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging', p. '65-78, in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, Geschriften VvA 35, Deventer: 2005, p. 68 en M. Heemskerk, Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?, *Arbeids-Recht* 2006/23.

55 Onderzoeksrapport Hugo Sinzheimer Instituut 'De kosten van ontslag', 2006, p. 14.

56 C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2006: de stabiliteit voorbij?', *ArbeidsRecht* 2007/27.

gezichtspunt kan zijn bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.<sup>57</sup> Het is het startpunt voor een strijd tussen de gerechtshoven om de invulling van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag die via verschillende variaties op de kantonrechttersformule (waaronder de XYZ-formule) in 2009 zal stranden bij de Hoge Raad.<sup>58</sup>

In 2006 bevindt arbeidsrechtelijk Nederland zich dus middenin de hoogtijdagen van de kantonrechttersformule. De enige dissonant zou kunnen worden gevonden in de persoon van kantonrechter Cremers te Helmond, die meent dat van een billijke vergoeding niet meer kan worden gesproken indien het bedrag van de vergoeding volgens de kantonrechttersformule de in redelijkheid te verwachten schade die de werknemer lijdt (verre) overtreft. De kantonrechter acht in dat kader vergoedingen van € 145.000 en € 94.000 voor werknemers die langdurig in dienst waren geweest te veel van het goede.<sup>59</sup> Het doel van de ontbindingsvergoeding is naar zijn overtuiging de werknemer "in staat [te] stellen zijn financiële verplichtingen en levensstijl geleidelijk aan te passen aan de nieuw ontstane situatie". Een redelijke periode ter aanpassing aan de gewijzigde situatie (van werkloosheid) kan naar het oordeel van de kantonrechter worden gesteld op 20% van de diensttijd. De vergoeding die de kantonrechter dan aan de werknemer toekent is een gekapitaliseerde suppletie op de WW-uitkering die de werknemer gedurende deze periode zal verwerven. Het bedrag van deze gekapitaliseerde suppletie is beduidend minder dan de werknemer ontvangen zou hebben bij toepassing van de kantonrechttersformule.

### 3.2.3 *Kritiek op de kantonrechttersformule*

Hoewel de arbeidsrechtpraktijk de kantonrechttersformule omarmt, is er ook kritiek. Met name op de ongelijkheid tussen de verschillende ontslagroutes ten aanzien van toegekende vergoedingen.<sup>60</sup> Bij opzegging met

57 G.J.J. Heerma van Voss, Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging, p. 65-78, in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tiervoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, Geschriften VvA 35, Deventer: 2005, p. 72.

58 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596 (Van de Grijp/Stam). Zie over deze geschiedenis bijv. de noot van Verhulp bij Hof Arnhem 21 juli 2009, JAR 2009/197.

59 Zie Ktr. Helmond 31 augustus 2006, JAR 2007/9 en Ktr. Helmond 3 april 2007, RAR 2007/166.

60 Zie bijv.: R. Knegt, 'Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel', SR 2006/59.



vergunning hoort immers geen vergoeding, net als bij een einde van rechtswege, terwijl een ontbinding wel vaak in een vergoeding resulteert.

Daarnaast is er kritiek op de hoogte van de kantonrechtersformule. Maar liefst 90% van de werkgevers laat weten dat het stelsel van ontslagvergoedingen gewijzigd moet worden, waarvan meer dan de helft opteert voor een maximering van de vergoeding.<sup>61</sup> Hoe hoog is deze vergoeding dan? Uit de statistiek ontbindingsvergoedingen over 2006 blijkt een gemiddelde van 1,43 maandsalarissen per dienstjaar.<sup>62</sup> In 2005 was dit gemiddelde nog hoger: 1,55 maandsalarissen per dienstjaar. Daarbij krijgt de "neutrale" kantonrechtersformule (met correctiefactor  $C=1$ ) rond 2006 steeds meer het karakter van een uitgangspunt of zelfs een recht, ook in schikkingsonderhandelingen.<sup>63</sup> Als noch de werkgever, noch de werknemer een verwijt kan worden gemaakt, kan de werknemer dus vaak rekenen op een vergoeding van (ruim) een maandsalaris per dienstjaar (hoe ouder de werknemer, des te hoger). Ook een enkele kantonrechter verzet zich tegen de automatische toepassing van de neutrale kantonrechtersformule door sommige vakgenoten: "De arbeidsovereenkomst heeft niet als geïntegreerd onderdeel een spaarzegelkaart, die bij het einde van het dienstverband kan worden ingeleverd en waarbij voor elk zegeltje een maand salaris wordt uitgekeerd."<sup>64</sup>

Rond 2006 ontstaan verschillende initiatieven om tegemoet te komen aan kritiek op de ontslagpraktijk met zijn ongelijkheid en vaak hoge ontslagvergoedingen. De ene na de andere poging strandt echter in de politieke impasse waarin ook Balkenende en Bos zich bevinden. Zo wordt een SER-advies over de afschaffing van de preventieve ontslagtoets uitgesteld en vervolgens afgesteld door onenigheid tussen werkgevers- en werknemersorganisaties.<sup>65</sup> "Een etterend gezwel", noemt CNV-vice-voorzitter Van Splunder het ontslagdossier.<sup>66</sup>

---

61 Bureau Bartels, 'Eindrapport Onderzoek ontslagrecht ervaren door werkgevers', 9 juni 2006, p. 100.

62 C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2006: de stabiliteit voorbij?', *ArbeidsRecht* 2007/27.

63 F. van der Hoek en M.V. Ulrici, 'Naar een nieuw ontslagstelsel of een nieuwe kantonrechtersformule?', *SMA* 2007/356.

64 Ktr. Enschede 22 juli 1999, *JAR* 1999/139.

65 G. Herdersche, 'Patstelling in de SER levert ontslagrecht uit aan politici', *De Volkskrant* 19 december 2006.

66 F. van Alphen, 'SER-advies later door onenigheid over ontslagrecht', *De Volkskrant* 29 april 2006.

In 2007 waagt minister Donner van SZW een poging met een voorstel op hoofdlijnen dat hij ter advisering voorlegt aan overlegorgaan voor sociale partners Stichting van de Arbeid (STAR).<sup>67</sup> Dit voorstel behelst onder meer een vaste ontslagvergoeding bij (onvrijwillige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder voorafgaande toestemming van een rechter of overheidsinstantie. De hoogte van deze vergoeding is een maandsalaris per dienstjaar ( $A * B$ ), met een maximum van een jaarsalaris of € 75.000, indien dat hoger is. Hiermee neemt Donner nog verder afstand van het vereiste dat sprake moet zijn van een reden die ontbinding rechtvaardigt. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt tot een vergoeding, waarmee eventuele gebreken in het dossier automatisch worden gelijkmd. Het voorstel wordt stilletjes afgevoerd na een volledig verdeeld advies van de STAR.<sup>68</sup> De hoogtijdagen van de kantonrechtersformule zijn nog niet voorbij.

#### 3.2.4 *Flex is koning*

Waar de ontslagpraktijk zich steeds meer ontwikkelt van bescherming tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als zodanig naar een financiële bescherming in de vorm van een vergoeding op basis van de kantonrechtersformule, neemt het aantal flexibele arbeidsrelaties een ongekende vlucht. Deze toename is voor een belangrijk deel het gevolg van de in 1999 in werking getreden Wet flexibiliteit en zekerheid (Flexwet).<sup>69</sup> Door ondernemers meer mogelijkheden te geven werknemers op flexibele basis in te zetten, zouden ondernemingen worden ontlast en de vrije markteconomie worden versterkt. Dat zou dan weer leiden tot een verbetering van de werkgelegenheid.<sup>70</sup>

---

67 Brief houdende adviesaanvraag aan het bestuur van de Stichting van de Arbeid d.d. 3 juli 2007, kenmerk AV/IR/2007/23064.

68 STAR-advies: Commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag 'Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht', 30 augustus 2007 – publicatienr. 5/07. Ook de arbeidsrechtelijke literatuur oordeelt negatief over het voorstel van Donner, zie bijv.: G.J.J Heerma van Voss, 'Ontslagrecht volgens Donner', SR 2007/51 en E. Verhulp, 'Herziening ontslagrecht, het is nooit goed of het deugt niet', SR 2007/68.

69 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 108, nr. 1.

70 Zie hierover uitgebreid C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, Deventer: Kluwer 2014, paragraaf 2.6.5.

Ook voor de werknemer kan een flexibele arbeidsrelatie aantrekkelijk zijn. Het stelt hem in staat werk en privé te combineren en zijn leven naar eigen inzicht in te richten. Bovendien zorgt een flexibel contract voor een laagdrempelige toegang tot de arbeidsmarkt. Aan deze flexibiliteit kleeft echter ook een keerzijde. Oproepkrachten, werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, uitzendkrachten en zzp'ers missen namelijk de inkomens- en baanzekerheid die werknemers met een vast dienstverband wel hebben. Als er even geen werk is, roept de werkgever ze eenvoudigweg niet op of kan hij zonder al te veel moeite de relatie verbreken. Daarnaast is het voor flexibele arbeidskrachten bijvoorbeeld een stuk lastiger om een hypotheek te krijgen. In verband met deze keerzijde probeert de wetgever het gebruik van flexibele arbeidsrelaties te reguleren. Dit is begonnen met de Flexwet.

Met de Flexwet werd beoogd een nieuw evenwicht tot stand te brengen tussen partijen op de arbeidsmarkt waarbij flexibiliteit en zekerheid hand in hand zouden gaan en wel zodanig dat het proces van flexibilisering van de arbeid op een verantwoorde en evenwichtige wijze voor beide partijen zou verlopen.<sup>71</sup> Om die reden bevatte de Flexwet aan de ene kant een reeks maatregelen gericht op versterking van de positie van de flexkracht en aan de andere kant maatregelen ter verruiming van de flexmogelijkheden voor de werkgever. Tot de eerste categorie behoren de invoering van de rechtsvermoedens (art. 7:610a en 7:610b BW) en het recht op ten minste drie uur loon per oproep (art. 7:628a BW). Ook werd de loonrisicoverdeling driekwartdwingend recht (art. 7:628 lid 7 (oud) BW) en is de draaideurconstructie een halt toegeroepen door de leer van het opvolgend werkgeverschap (art. 7:668a lid 2 (oud) BW). Tot de tweede categorie behoort de extra ruimte die werd geboden voor een repeterend gebruik van tijdelijke contracten in de vorm van de zogenaamde ketenregeling

### 3.2.5 *Driemaal drie is scheepsrecht*

Het vlaggenschip van de flexmaatregelen uit de Flexwet vormde de introductie van de ketenregeling in art. 7:668a BW. Voor 1999 kon nog maar één van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangegaan met de werknemer.<sup>72</sup> In art. 7:668a BW is aan werkgevers de mogelijkheid gegeven gedurende een periode van 36 maanden, drie elkaar

71 *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 1.*

72 Art. 7A:1639f/668 lid 3 (oud) BW.

opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan. De gedachte achter deze rigoureuze uitbreiding was dat de flexibiliteit bij de inzet van arbeid erbij gebaat zou zijn als contracten voor bepaalde tijd vaker zouden kunnen worden voortgezet en toch van rechtswege zouden aflopen.<sup>73</sup> Werkgevers raakten snel gewend aan de ketenregeling en in 2006 is al nauwelijks meer voor te stellen dat zij het tot 1999 zonder deze regeling moesten doen. Voor werknemers komt de ketenregeling vaak als een onaangename verrassing op het moment dat hun contract twee keer verlengd is geweest en zij, soms na jaren werkzaam te zijn geweest voor de werkgever, van de ene op de andere dag (tijdelijk) op straat staan omdat de werkgever (nog) niet aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wil.

De ketenregeling is driekwartdwingend recht en hiervan kan op grond van art. 7:668a lid 5 BW (zoals dat gold in 2006) bij cao onbeperkt worden afgeweken ten nadele van de werknemer. Uit een door Smits en Van den Aamele uitgevoerd onderzoek naar de wijze waarop in de cao's van 2006 gebruik is gemaakt van de mogelijkheid af te wijken van driekwartdwingend recht, blijkt dat van alle driekwartdwingend rechtelijke bepalingen in titel 10 Boek 7 BW de ketenbepaling het vaakst is aangepast in cao's. In 43% van de cao's is een aanpassing van de ketenregeling opgenomen of is deze geheel buiten werking gesteld voor alle of een bepaalde groep werknemers.<sup>74</sup> In de cao's komen zowel inperkingen als uitbreidingen van de ketenregeling voor. Zo is in dertien cao's een kleiner maximaal aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten overeengekomen en in 12 cao's juist een groter of onbeperkt aantal. In 25 cao's is de periode van 36 maanden verkort naar één of twee jaar en in dertien cao's is die periode juist verlengd tot vijf of zes jaar of onbeperkt.

### *3.2.6 Bepaalde tijd wordt steeds minder vaak onbepaalde tijd*

In 2006 neemt het percentage werkgevers dat na afloop van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een nieuwe tijdelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaat met de werknemer toe tot 58%. Overigens gebeurde dit in 2001, twee jaar na de invoering van de ketenregeling, al in 44% van de gevallen. Aan de andere kant daalt het percentage werknemers

<sup>73</sup> *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 8.*

<sup>74</sup> W. Smits en A. van den Aamele, *De Wet Flexibiliteit en zekerheid: een onderzoek naar de ¾ bepalingen in de cao's van 2006*, Den Haag: Ministerie van SZW februari 2007, p. 4.

dat na afloop van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor onbepaalde tijd in dienst komt bij de werkgever naar 14% waar dit percentage in 2001 nog 25% was.<sup>75</sup> Constructies waarbij dezelfde werknemer via een tijdelijk contract met een uitzendbureau wordt ingeschakeld of waarbij een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt uitgesteld komen steeds minder voor. Knegt e.a. merken hierover op dat werkgevers in 2006 een gematigder houding innemen ten opzichte van het in dienst houden van flexwerkers. Zij schrijven dit enerzijds toe aan het gunstige economische klimaat en anderzijds aan de mogelijkheden die de ketenregeling zelf biedt om flexibel om te gaan met de inzet van de werknemer.<sup>76</sup> Schaduwzijde hiervan is wel dat de nadelige effecten van de ketenregeling voor werknemers zullen toenemen in economisch slechtere tijden. In 2006 wijst echter niets op slechtere tijden. De economie groeit met 3% en het werkloosheidspercentage staat op 5,5%.<sup>77</sup>

### 3.2.7 Uitzending: heel veel fase A, een klein beetje fase B en nog minder fase C

Uitzendbureaus maken in 2006 al ten volle gebruik van de extra vrijheid die zij bij de inwerkingtreding van de Flexwet in art. 7:691 BW kregen bij het aangaan en verbreken van de arbeidsovereenkomst met de uitzendkracht. De regering en sociale partners meenden destijds dat deze extra vrijheid van partijen bij de uitzendovereenkomst moest worden begrensd tot een periode van 26 weken omdat deze voor de werknemer, wat zijn arbeid en inkomen betrof, een onzekere factor vormde.<sup>78</sup> Art. 7:691 BW is echter van driekwartdwingend recht en in de gedurende heel 2006 algemeen verbindend verklaarde ABU-cao is die periode van 26 weken verlengd naar 78 weken. Als de arbeidsovereenkomst met de uitzendkracht na die 78 weken – fase A – wordt voortgezet, wordt de uitzendwerknemer werkzaam in fase B van de ABU-cao. In fase B betekent einde opdracht niet meer einde arbeidsovereenkomst, maar kunnen met de uitzendkracht, in afwijking van art. 7:668a BW, gedurende een periode van twee jaar, acht arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan. In de daaropvolgende fase

---

75 Zie R. Knegt, D.J. Klein Hesselink, H. Houwing en P. Brouwer, Tweede evaluatie *Wet flexibiliteit en zekerheid*, HSI/TNO maart 2007, p. 50.

76 R. Knegt, D.J. Klein Hesselink, H. Houwing en P. Brouwer, Tweede evaluatie *Wet flexibiliteit en zekerheid*, HSI/TNO maart 2007, p. 50.

77 De Nederlandse economie 2006, CBS september 2007.

78 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 10.

C is de uitzendkracht voor onbepaalde tijd in dienst van het uitzendbureau. In 2007 heeft 90% van de uitzendkrachten een fase A-arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau, is 4% werkzaam in fase B en heeft minder dan 3% een fase C-contract.<sup>79</sup> Uitzendkrachten blijven langdurig werkzaam in fase A doordat opvolgende arbeidsovereenkomsten worden gesloten met verschillende uitzendwerkgevers en/of doordat periodes met werk worden afgewisseld door periodes zonder werk waarna de uitzendkracht weer aan het begin van fase A werkzaam wordt.<sup>80</sup> Zo houden uitzendbureaus hun personeelsbestand volledig flexibel en geldt voor het leeuwendeel van de uitzendkrachten: geen werk, geen loon.

### 3.2.8 *Payrolling en de olieplekwerking van art. 7:690 BW*

In september 2006 komt de Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen (payroll-cao) tot stand. Bij payrolling werft en selecteert de ondernemer (de opdrachtgever) de werknemer, daarna sluit het payrollbedrijf een arbeidscontract met de werknemer en stelt het payrollbedrijf de werknemer vervolgens exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking aan de opdrachtgever. Ook komt voor dat de opdrachtgever zijn gehele personeelsbestand aan een payrollbedrijf overdraagt en het payrollbedrijf dit personeel vervolgens aan hem ter beschikking gaat stellen. Payrolling lijkt voor veel ondernemers het ei van Columbus. In de voorgaande jaren zijn er voor de werkgever bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd steeds meer juridische en administratieve verplichtingen bijgekomen. De laatste verzwaring betrof de uitbreiding van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte van 52 naar 104 weken in 2004. Met behulp van payrolling kunnen al deze aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en risico's door ondernemers voor een schappelijke prijs worden uitbesteed aan het payrollbedrijf. Daarnaast is het voor de opdrachtgever makkelijk reorganiseren met een gepayrolld personeelsbestand. Hij hoeft namelijk alleen maar de inleenopdracht met het payrollbedrijf te beëindigen. Het (toen nog) CWI beschouwt de enkele beëindiging van de inleenopdracht door de opdrachtgever als een bedrijfseconomische reden voor het ontslag van de werknemer door het payrollbedrijf. De ontslagvergunning wordt dan per kerende post verleend.

79 H. Vermeulen, S. Oomens, W. de Wit en J. Warmerdam, *Arbeidsmarkttransities van uitzendkrachten in de periode 2007-2010*, januari 2012, p. 5. De overige ruim 3% werkt volgens het ketensysteem of heeft een onbekende fase.

80 H. Vermeulen, S. Oomens, W. de Wit en J. Warmerdam, *Arbeidsmarkttransities van uitzendkrachten in de periode 2007-2010*, januari 2012, p. 12.

In de payroll-cao namen de Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO) en de vakbonden op dat de payrollovereenkomst een "bijzondere vorm" is van de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW. Daarmee is dan meteen gegeven dat het payrollbedrijf als werkgever van de payrollwerknemer kwalificeert, aldus de payrollbranche. Gevolg is dat de payrollwerknemer voor de toepassing van titel 10 Boek 7 BW in dezelfde juridische positie verkeert als een uitzendkracht. Art. 7:690 BW fungeert immers als toegangspoort voor het in art. 7:691 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending. Vergeten lijkt dat de regering bij de totstandkoming van de bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst verschillende malen heeft medegedeeld dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Deze allocatiefunctie – het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid – die uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervullen, vormde de reden voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in titel 10 Boek 7 BW. De regeling zou volgens de regering ook van toepassing kunnen zijn op andere organisaties, zoals detacheerbedrijven en arbeidspools. Ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever ex art. 7:690 BW van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools was echter, zo benadrukte de regering verschillende malen, van doorslaggevende betekenis dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulden.<sup>81</sup> Dat deze allocatiefunctie bij payrolling ontbreekt en de werknemer als gevolg van de (aangenomen) arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf in een slechtere arbeidsrechtelijke positie komt te verkeren dan de werknemer die gewoon in dienst is van de ondernemer, wordt in 2006 nog niet als een probleem gezien door de vakbonden. Een verklaring hiervoor vormt wellicht dat payrolling vooral wordt aangeboden in sectoren als horeca en tuinbouw. Daar wordt vaker gebruikgemaakt van schimmige arbeidsconstructies. In 2006 menen de vakbonden dat een werknemer in deze sectoren beter af is met een payrollbedrijf als werkgever.

### 3.2.9 *Pro forma op volle toeren*

Deregulering en het voorkomen van administratieve lasten staan in 2006 hoog op de agenda en zo komt ook de zogenaamde pro-formapraktijk onder het vergrootglas te liggen. Tot dat moment is voor het verkrijgen van een WW-uitkering noodzakelijk dat werknemer inhoudelijk verweer tegen een ontslagvoornemen voert als dat succesvol kan zijn. Het Beluut verweer

---

81 *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33 en nr. 6, p. 16. Zie ook Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. B, p. 12*

tegen ontslag uit 1997 van het LISV bepaalde dat verwijtbare werkloosheid in beginsel enkel kon worden voorkomen indien de werknemer inhoudelijk verweer voerde tegen zijn ontslag.<sup>82</sup>

De opdracht van het LISV aan de toenmalige bedrijfsverenigingen is in 2002 overgenomen door het UWV en gold zowel voor de ontbindingsprocedure als de toestemmingsprocedure via het CWI.

In 2006 bestaan twee routes waarlangs een niet-verwijtbaar ontslag met medewerking van de werknemer kan worden bewerkstelligd. De eerste is de pro-formaverzoekschriftprocedure bij de kantonrechter. Hierbij wordt door de werkgever en de werknemer overeenstemming bereikt over een beëindiging met wederzijds goedvinden die wordt gevolgd door een ontbinding. Bij deze afspraken worden ook al verzoek- en verweerschrift uitgewisseld en wederzijds geaccordeerd. Om een verwijtbare werkloosheid te voorkomen wendt de werkgever zich vervolgens tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van de met de werknemer reeds overeengekomen vergoeding. Voor de CWI-procedure bestaat een uitzondering in de vorm van de verkorte procedure. Ook hier komen de werkgever en de werknemer (meestal in lijn met een geldend sociaal plan) eerst samen tot overeenstemming over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. En ook hier wendt de werkgever zich vervolgens als sluitstuk van de beëindigingsafspraken tot een derde: het CWI. Door de werknemer is een verklaring van geen bezwaar ingevuld en ondertekend. Daarin ziet de werknemer af van het voeren van verweer tegen de gevraagde ontslagvergunning.<sup>83</sup> Het CWI toetst wel inhoudelijk de ontslagaanvraag, maar in de regel leidt dit niet tot een afwijzing, maar juist tot een snelle verstrekking van de ontslagvergunning. Bij de pro-formaontbindingsprocedure vindt soms nog wel een mondelinge behandeling plaats, veelal op verzoek van partijen, maar ook dan is slechts sprake van een zogenaamde vijf-minutenzitting.

---

82 Besluit verweer tegen ontslag, Landelijk instituut sociale verzekeringen, 19 november 1997, *Stcrt.* 1997, nr. 229, p. 9.

83 Besluit Werknemersverklaring van geen bezwaar, besluit van de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen van 21 februari 2006, CWI 2006/005, *Stcrt.* 1 maart 2006, nr. 43, p. 29.



### 3.2.10 Einde onnodig papier schuiven

In oktober 2006 komt een einde aan de hiervoor beschreven schone schijn van het papierschuiven. De wetgever grijpt in en schrapt de centrale reden voor het ontstaan van de pro-formapraktijk. Een ontslag op initiatief van de werkgever leidt vanaf dat moment alleen nog tot verwijfbare werkloosheid in de zin van art. 24 lid 2 onder a WW als sprake is van een dringende reden, waarvan de werknemer een verwijt kan worden gemaakt of wanneer het initiatief voor het ontslag aan de kant van de werknemer ligt.<sup>84</sup> Hierbij zijn door het UWV twee beleidsregels gemaakt, waarin de nieuwe toetsing wordt toegelicht.<sup>85</sup> De verkorte CWI-procedure wordt per 1 januari 2007 afgeschaft.<sup>86</sup> Van 2006 tot 2008 daalt het totale aantal pro-formazaken van 46.000 naar 17.000.<sup>87</sup> Het afschaffen van de verkorte procedure draagt daaraan in belangrijke mate bij. Dit betekent niet alleen minder administratieve lasten en kosten voor werkgevers, maar mede als gevolg daarvan ook een verdere versoepeling van de arbeidsmarkt.

De gevolgen voor de ontslagpraktijk zijn ingrijpend: het is niet langer nodig om een formele ontslagprocedure te volgen uitsluitend gericht op het veiligstellen van de WW-rechten van de werknemer. Het recht op WW van de werknemer kan reeds worden veiliggesteld als de werkgever en de werknemer enkele simpele spelregels in acht nemen. Een redelijke grond voor ontslag hoeft niet aanwezig te zijn. Als beide partijen in onderling overleg willen komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst (met wederzijds goedvinden en dus zonder een ontslagprocedure) en bereid zijn hierbij voor de vorm op te nemen dat het initiatief niet van de werknemer uitging en ook geen sprake was van een dringende reden, dan kan dat ook.

---

84 Een beëindiging op verzoek van de werknemer zonder dat aan de voorzetting zodanige bezwaren zijn verbonden dat voortzetting redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd bleef leiden tot verwijfbare werkloosheid (de b-grond).

85 Beleidsregels toepassing art. 16 lid 3 en 24 lid 5 WW 2006, besluit van de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen van 26 september 2006, *Stcrt.* 29 september 2006, nr. 190, p. 28. Beleidsregels toepassing art. 24 en 27 WW 2006, besluit van de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen van 26 september 2006, *Stcrt.* 29 september 2006, nr. 190, p. 32.

86 Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 december 2006, Directie AV, nr. AV/IR/2006/96505, tot wijziging van het Ontslagbesluit in verband met het vervallen van de zogenaamde verkorte procedure, *Stcrt.* 14 december 2006, nr. 243, p. 11 (Vervallen verkorte procedure vanwege beperking toets verwijfbare werkloosheid art. 24 WW).

87 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, nr. 222.

Bij het ontslag van een zieke werknemer blijft de pro-formapraktijk nog wel bestaan. In tegenstelling tot het criterium voor verwijfbare werkloosheid in de WW, blijft het criterium voor de benadelingshandeling in de ZW ongewijzigd.<sup>88</sup> Daarnaast worden nog pro-formaprocedures gevoerd ter verkrijging van een executoriale titel en in het kader van de "kortingsmaand". Die kortingsmaand komt erop neer dat wanneer een pro-formaprocedure wordt gevoerd (in plaats van enkel een vaststellingsovereenkomst te ondertekenen), door het UWV één maand in mindering wordt gebracht op de voor de werknemer geldende fictieve opzegtermijn.<sup>89</sup> Dit kan dus een maand loondoorbetaling voor de werkgever schelen omdat de werknemer een maand eerder in aanmerking komt voor WW.<sup>90</sup>

### 3.2.11 *Geen redelijke grond voor ontslag toch WW*

Omdat in de praktijk enige koudwatervrees bestaat bij het "slechts" overeenkomen van een vaststellingsovereenkomst, geven het UWV en het CWI actief voorlichting. Zij komen zelfs met een model voor een vaststelling- of beëindigingsovereenkomst. De spelregels zijn eenvoudig: de werknemer komt in aanmerking voor een WW-uitkering zolang het initiatief voor het ontslag ligt bij werkgever, de opzegtermijn in acht wordt genomen en werknemer niet ziek is bij ondertekening. Een werknemer mag afzien van een succesvol verweer, bijvoorbeeld als hij op basis van afspiegeling niet voor ontslag in aanmerking komt. In dat laatste geval wordt dus ook een indeplaatsstelling mogelijk. Dat wil zeggen dat een werknemer die op grond van het afspiegelingsbeginsel nog niet voor ontslag in aanmerking komt, zich in de plaats kan stellen van een wel voor ontslag in aanmerking komende werknemer. De arbeidsplaats zou sowieso vervallen en het initiatief is uiteindelijk toch van werkgever afkomstig, zo wordt geredeneerd. Tot 1 maart 2006 werd bij een bedrijfseconomisch ontslag nog niet verplicht afgespiegeld, maar geselecteerd op basis van het lifo-beginsel (last in, first out). Dat lifo-beginsel werd verlaten omdat het ten koste zou gaan van de flexibiliteit van de arbeidsmarkt en de diversiteit van het personeelsbestand.<sup>91</sup>

88 Art. 45 lid 7 ZW.

89 Zie art. 16 lid 3 WW zoals dit tot 1 januari 2013 luidde.

90 De kortingsmaand is uiteindelijk pas afgeschaft bij Wet van 20 december 2012 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de vereenvoudiging van de uitvoering van deze wetten door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (*Kamerstukken* 33 327).

91 *Motie-Verburg c.s.* van 10 december 2003, aanvaard op 18 december 2003, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XV, nr. 48.

3.2.12 *De werknemer: met een appeltje voor de dorst naar een nieuwe baan*

Wat betekent dit alles voor directeur Inkoop Jelte de Vries uit het vorige deel? Na de Elfstedentocht in 1997 met onderkoelingsverschijnselen te hebben uitgereden is hij af en aan periodes ziek geweest. Langzamerhand is werkgever Lodewijk Voordewind ook ontevreden geworden over het functioneren van Jelte. Mede door de vele door arbeidsongeschiktheid onderbroken werkperiodes is er geen lijvig ontslagdossier opgebouwd, al zijn wel voorbeelden aan te dragen van niet-gehaalde deadlines. Daarover is ook regelmatig gesproken. Jelte zelf heeft het ook niet meer zo naar zijn zin bij Lodewijk en kijkt uit naar een andere, minder veeleisende functie elders. Toch verzet hij zich op advies van zijn advocaat tegen een beëindiging met wederzijds goedvinden. Als Lodewijk naar de kantonrechter moet, zal hij toch zeker "C=1,5" kwijt zijn, zo rekent de advocaat voor, terwijl de A-factor gezien de lange arbeidsduur en de inmiddels gevorderde leeftijd van Jelte hoog zal uitvallen. Daarbij ontving Jelte een vaste bonus die in de B-factor zal moeten worden meegenomen. Lodewijk is de vele periodes van loon-doorbetaling tijdens ziekte en het matige functioneren daartussenin zat en besluit aan de eisen van Jelte tegemoet te komen. Partijen komen eind 2006 tot een regeling waarbij aan Jelte een beëindigingsvergoeding op basis van een kantonrechtersformule met een C=1.25 wordt betaald door Lodewijk. Zij leggen één en ander vast in een beëindigingsovereenkomst en spreken daarin ook af dat nog een pro-formaprocedure zal worden gevoerd. Hoewel Jelte op dat moment niet ziek is, kan het volgens de advocaat van Jelte voor zijn recht op (sociale) zekerheid geen kwaad om toch ook nog een formele procedure bij de kantonrechter te voeren. Jelte vindt het allemaal best. Lodewijk betaalt de kosten van de pro-formaprocedure en vergoedt de declaratie van zijn advocaat. Hij kan met een WW-uitkering en met een goed gevulde bankrekening op zoek naar een nieuwe baan. Dat zal niet lang duren; er zijn genoeg vacatures. Wat hij netto overhoudt van die ontslagvergoeding valt hem wel wat tegen. Had hij die dan toch niet beter kunnen onderbrengen in een stamrecht-BV?

### 3.3 Schoorvoetend op weg in het nieuwe recht (2016)<sup>92</sup>

#### 3.3.1 Inleiding

Het vorige decennium, waarin men al goed gewend was geraakt aan de Flexwet, begon mooi toen de eigenzinnige kantonrechter in Utrecht tegen de gangbare rechtspraak<sup>93</sup> in John Roest de bescherming gaf van de Europese richtlijn over de overgang van onderneming, al duurde het nog bijna tien jaar voordat bleek dat dit oordeel ook echt klopte.<sup>94</sup> Zonder eigenzinnigheid geen rechtsontwikkeling! Maar verder bleef het allemaal een beetje voortkabbelen, al gooidde bijvoorbeeld het Stoof/Mammoet-arrest een flinke steen in de vijver als het gaat om de vraag wanneer een werknemer na veranderingen op het werk een redelijk voorstel van zijn werkgever moet accepteren.<sup>95</sup> Ook de uitleg van het opvolgende werkgeverschap uit het oude art. 7:668a lid 2 BW, analoog aan die bij de proeftijd, in Van Tuinen/Taxicentrale Wolters viel op,<sup>96</sup> al was de vreugde hier van korte duur, omdat de Wet werk en zekerheid (Wwz) in het nieuwe wetsartikel al opvolging aanneemt "ongeacht of (bij de opvolger) inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer".

De relatieve rust werd op 29 oktober 2012 wreed verstoord door het kabinet Rutte II, dat het ontslagrecht in het regeerakkoord 'Bruggen slaan' op de korrel nam: alle ontslagen moesten via het UWV, terwijl ontbinding via de kantonrechter alleen nog mocht als er een opzegverbod gold óf er geen tussentijds opzeggingsbeding in een tijdelijke arbeidsovereenkomst zat.<sup>97</sup> De

92 Paragraaf 3.3 is geschreven door Frank Dekker (advocaat bij BarentsKrans in Den Haag), Anita van Empel (Legal manager Arbeidszaken bij ABN AMRO Bank) en Rolf Hansma (Universiteit Leiden).

93 Vgl. de voorzieningenrechter in dezelfde zaak Vzv. Rb. 's-Gravenhage 18 maart 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AS7198, JAR 2005/63.

94 Ktr. Utrecht 15 maart 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AV8231, JAR 2006/80; Hof Amsterdam 29 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BE9756, JAR 2008/218; Hof Amsterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ3475, JAR 2009/195; HvJ EU 21 oktober 2010, JAR 2010/298; Hof Amsterdam 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU1290, JAR 2011/292; HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, JAR 2013/125 en Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1621, JAR 2015/187.

95 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204.

96 HR 10 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, JAR 2012/150.

97 Dit regeerakkoord, geschreven tijdens de zwaarste financiële crisis sinds tijden, bevatte nog meer belangwekkende beleidsvoornemens, zoals het verbod op wilde dieren in circussen.

UWV-beslissing kon men door de rechter laten toetsen, maar dat was het dan ook. De ontslagvergoeding ging naar een half maandsalaris per dienstjaar met een maximum van € 75.000, terwijl er bij een bedrijfseconomisch ontslag ook nog een transitiebudget betaald moest worden van een kwart maandsalaris per dienstjaar met een maximum van vier maandsalarissen.

Een halfjaar later werd deze passage uit het regeerakkoord herschreven door het Sociaal Akkoord: het kabinet kon daarna gerust naar Brussel afreizen met een (overigens bij cao te repareren) verkorting van de WW (overigens pas in 2020), de werkgevers kregen flink lagere ontslagvergoedingen te betalen en revitaliseerden de FNV als gesprekspartner, en de vakbonden beperkten de “doorgesloten flex” en konden zichzelf weer vertonen.<sup>98</sup>

Het Sociaal Akkoord dicteerde de tekst van het wetsontwerp Werk en zekerheid, net zoals de politieke situatie van het kabinet dat deed met de snelheid van de parlementaire behandeling daarvan. Het ontwerp werd op 29 november 2013 ingediend, tweeënhalve maand later besproken in de Tweede Kamer, waar het vrijwel ongewijzigd werd aangenomen op 18 februari 2014. Nog dezelfde dag werd het aan de senaat gestuurd, die bijna vier maanden daarna het wetsontwerp aannam, waarna het op 24 juni 2014 in het *Staatsblad* kon verschijnen, nog geen zeven maanden na indiening.<sup>99</sup> Daarmee vergeleken was de parlementaire behandeling van de eerdere Flexwet (waarin ook nog eens minder zaken op de schop werden genomen) van zo’n vijftien maanden nog heilig. Keulaerds verklaart deze dadendrang uit de wankelende positie van het kabinet, of zoals hij gehoord had dat minister Asscher nogal plastisch gezegd zou hebben: “Het raam stond op een kier, daar moest de Wwz snel doorheen voordat het dicht zou vallen.”<sup>100</sup> Dat haastige spoed zelden goed is, blijkt ook wel uit het feit dat nog geen maand na de publicatie van de Wwz al herstellwetgeving werd ingediend, de zogenaamde Verzamelwet SZW 2015,<sup>101</sup> (overigens gevolgd door twee nota’s van verbetering en vijf nota’s van wijziging), later nog weer

---

98 Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, Den Haag: STAR 11 april 2013.

99 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.

100 J. Hoefnagels, ‘De Wwz is erdoorheen gejaast’, *Advocatenblad* 2014/12, p. 26.

101 Wet van 26 november 2014, *Stb.* 2014, 504.

gevolgd door de Verzamelwet SZW 2016.<sup>102</sup> Dit alles nog even los van de Wet aanpak schijnconstructies<sup>103</sup> en de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd.<sup>104</sup>

Werd tijdens de parlementaire behandeling van de Flexwet nog een beetje naar de rechtspraktijk geluisterd,<sup>105</sup> bij de Wwz was die bereidheid niet meer waarneembaar.<sup>106</sup> En dat schrijnt natuurlijk.<sup>107</sup> Kennelijk heeft men niet slim kunnen lobbyen. Of moeten we op dit gebied de sociale partners maar gewoon als dominant erkennen. Als ze verdeeld zijn en daarom de politiek niet prikkelen tot verandering, heerst er doodse stilte (het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 is zo zeventig jaar de afschaffingsdans ontsprongen). Maar als ze het eens zijn en het dan op de heupen krijgen, is er ook geen kruid meer tegen gewassen, hoe groot de verandering ook is. De rechtspraktijk zou daarom moeten investeren in een open relatie met de politiek, maar vooral met die sociale partners om niet weer overvallen te worden.

Voor 2016 hebben we ons in dit vierluik gericht op een trio dat in de politieke belangstelling staat: de ontwikkeling van de gouden handdruk tot een wettelijke transitievergoeding, flexibele arbeidsrelaties en de zieke werknemer als zware last voor de werkgever.<sup>108</sup>

---

102 Wet van 25 november 2015, *Stb.* 2015, 464.

103 Wet van 4 juni 2015, *Stb.* 2015, 233.

104 Wet van 30 september 2015, *Stb.* 2015, 376.

105 Een flink deel van de 49 aanbevelingen van de werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, gepubliceerd in *SR* 1997, p. 196-234, werd overgenomen.

106 Ondanks themanummers in *TAP* 2014/1 en *TRA* 2014/3, en L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet Werk en zekerheid* (33 818). *Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Geschriften VvA 41, Deventer: Kluwer 2014. Eigenlijk alleen de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) was een lastige luis in de pels, al was uiteindelijk het nettoresultaat van alle inspanningen zeer beperkt.

107 Vgl. B. Barentsen en R.A.A. Duk, 'Het ontslagrecht van de WWZ. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder', *TRA* 2015/8/9, 67.

108 Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 351, nr. 1.

## 3.3.2 Van gouden handdruk tot transitievergoeding

*Kantonrechtersformule*

Ten opzichte van het UWV (en de voorgangers GAB, RDA en CWI) was de ontbindingsrechter een razend populaire popster geworden. Al zakte de kaartverkoop wel in toen een WW-wijziging een einde aan de pro-forma-praktijk maakte.<sup>109</sup> De grote(re) werkgevers gaven de voorkeur aan een snelle ontbinding (waarna de organisatie zich weer kon herpakken) en (ver-)stopten de ontslagvergoedingen gewoon in de loonkosten, terwijl het midden- en kleinbedrijf koos voor de gratis ontslagadviseur (het UWV), die de echt onredelijke ontslagen voorkwam door een vergunning te weigeren, en de opzegging zonder vergoeding. Langzamerhand ontstond zo wel een moeilijk uit te leggen tweedeling in het ontslagrecht. Maar er was nog een nadeel: de kantonrechters, die met een schuin oog de vele pro-formaontbindingen (hadden) bekeken, gingen denken dat die prijs voor ontslag kennelijk normaal was. Met later de kantonrechtersformule als resultaat. Of die formule nu wel zo legitiem was, kon worden betwijfeld. De wetgever verplichtte immers in het oude art. 7:685 lid 8 BW helemaal niet tot een vergoeding bij iedere ontbinding, terwijl de opstelling van de kantonrechters, ook wel omschreven als een "groep eigenwijze, wat mysterieuze lui met van die puntnutsen"<sup>110</sup> daar in de praktijk wel op neerkwam. De ontslagvergoeding werd overigens (behoudens immateriële schade) gemaximeerd op de voorziene inkomensderving tot aan pensioen.

De kantonrechtersformule<sup>111</sup> democratiseerde de "gouden handdruk"; van hoog tot laag meende men daar recht op te hebben. Dat leidde er in een gespannen arbeidsmarkt toe dat de vergoeding niet gebruikt hoefde te worden voor het overbruggen van de tijd in between jobs, maar gewoon een onverwachte financiële meevaller was, die lekker geconsumeerd kon worden. Dat stak niet alleen de werkgevers, maar ook de achterblijvende collega's. Uiteindelijk is per 2009 de kantonrechtersformule herzien,<sup>112</sup>

109 Beleidsregels toepassing art. 24 en 27 WW 2006, *Stcrt.* 2006, 190.

110 Wat stellig ontkend werd door een Amsterdamse kantonrechter: M.V. Ulrici, 'Wat die vreemde mannen met puntnutsen allemaal bedenken', *NJB* 2009, p. 234.

111 Een beetje een wiskundig opgetuigde doelredenering, wat in Ktr. Enschede 1 juli 1999, ECLI:NL:KTGENS:1999:AG2529, *JAR* 1999/124 ook wel wordt toegegeven: "De correctiefactor (C) wordt vastgesteld op 1,4725371 of, anders gezegd: de kantonrechter acht een vergoeding van f 400.000 billijk."

112 *ArbeidsRecht* 2008/61.

waardoor (door een minder zwaarwegende A-factor) de vergoeding met ongeveer een derde werd verlaagd, overigens toen de kredietcrisis met zijn gevolgen voor de werkloosheid al in alle hevigheid was losgebarsten. De maximering van de ontbindingsvergoeding tot aan pensioen bleef in stand, omdat een voorstel om de vergoeding te beperken tot een jaarsalaris of een vast bedrag het niet haalde.<sup>113</sup>

### *Wwz*

Dat de ontbindingsprocedure eigenlijk steeds tot een ontslagvergoeding leidde, voelde niet goed voor werknemers die via de UWV-route waren ontslagen, want zij kregen niets of nauwelijks iets. De 681-procedure was weinig populair, omdat de resultaten niet om over naar huis te schrijven waren: ontslagen werden niet vaak kennelijk onredelijk gevonden en de wél toegekende vergoedingen waren fors lager dan de ontbindingsvergoeding.<sup>114</sup> Dat de rechters in zo'n 681-procedure de kantonrechtersformule analoog toepasten (vanuit rechtseenheid weinig fraai nam het Hof 's-Gravenhage het initiatief met 70% van die formule, terwijl de andere hoven enige tijd later met hun XYZ-formule 50% hanteerden) leek niet onlogisch, maar de Hoge Raad maakte daar korte metten mee: de vergoeding uit 681 was geen vergoeding naar billijkheid, maar een schadevergoeding, die vastgesteld moest worden op basis van de individuele omstandigheden van het geval.<sup>115</sup> In de praktijk droogde daarna de 681-weg nog verder op, waardoor het financiële verschil tussen de ontbindings- en UWV-route alleen maar opvallender werd.

In 2015 heeft de Wwz een aantal vliegen in één klap geslagen: er kwam voor iedereen, die minstens twee jaar werkte, een ontslagvergoeding (transitievergoeding genoemd), al werd die wel verder verlaagd tot voor de eerste tien dienstjaren een derde maandsalaris per jaar met daarna een half maand-salaris per jaar. Voor ouderen, die werken bij grote werkgevers, wordt in

---

113 Ulrici 2009, p. 235.

114 Uit de jaarlijkse 'Statistiek ontbindingsvergoedingen' in *ArbeidsRecht* (over gepubliceerde uitspraken) volgt dat dit vaak een derde of zelfs de helft minder was. Panteia, *Ontslagkosten van werkgevers in 2012*, Zoetermeer: Panteia 2013, p. 45-46 noemt een gemiddelde ontbindingsvergoeding van € 34.859 en stelt dat maar 6% van de werknemers na ontslag een procedure begint, wat gemiddeld € 853 oplevert.

115 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, JAR 2009/305 (over de Haagse formule) en HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, JAR 2010/72 (over de XYZ-formule).



art. 7:673a BW nog tot 2020 met een hogere opbouw gerekend. Art. 7:673d BW helpt kleine werkgevers die moeten reorganiseren nog tijdelijk uit de brand door de vergoeding te berekenen vanaf 1 mei 2013, zo'n beetje de datum waarop het Sociaal Akkoord was gesloten en werkgevers konden weten dat er een wettelijke vergoeding aankwam, zodat ze daarvoor dienden te reserveren. De ontslagvergoeding werd zo gelegaliseerd, waarmee tevens het legitimiteitstekort (de wet zei iets anders, namelijk een vergoeding kán, terwijl de kantonrechttersformule in de praktijk neerkwam op iedereen krijgt) is opgelost. Op de tweede plaats verdwijnt het stekende onderscheid tussen de vergoeding uit een 681- of 685-procedure, waardoor overigens de ontslagkosten voor het midden- en kleinbedrijf zullen toenemen en die voor de grote(re) werkgevers (op termijn) waarschijnlijk zullen dalen. Voorts is de nieuwe ontslagvergoeding gemaximeerd op € 76.000<sup>116</sup> of een jaarsalaris als dat hoger is.<sup>117</sup> Door deze koele forfaitaire grenzen zou volgens een toch wat (te) optimistische minister een eenvoudiger, eerlijker en meer voorspelbaar ontslagrecht ontstaan met minder kosten bijvoorbeeld, omdat het beroep op de rechter zou (moeten) afnemen.<sup>118</sup> Zo wordt radicaal gekozen voor rechtszekerheid in plaats van rechtvaardigheid. En we moeten voorzichtig zijn, maar er lijkt inderdaad meer geschikt te worden, waarbij nieuwe formules schijnen te ontstaan, bijvoorbeeld voor hogere functies tien maandsalarissen (nodig voor dossieropbouw en het voeren van een procedure) vermenigvuldigd met de kans op succes, samen met de wettelijke transitievergoeding. Voor lagere functies wordt nogal eens naar het reorganisatiewapen gegrepen.

Naast de transitievergoeding (wat een beetje een politiek correcte benaming is, omdat de wetgever niet de eis aan de werknemer stelt om de vergoeding alleen te gebruiken voor een 'van werk naar werk'-traject), is ook nog een billijke vergoeding mogelijk, bijvoorbeeld als de werkgever zich "ernstig verwijtbaar" heeft gedragen, maar dat moet wel een uitzondering zijn. In de loop van 2015 zijn daar de eerste uitspraken van kantonrechtters over verschenen, die laten zien dat de rechtters zich wat betreft

116 Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 september 2015, *Stcrt.* 2015, 31852.

117 Zie over de merkwaardige totstandkoming van dit maximum R. Hansma, 'Even wennen: iedereen een loden gouden handdruk', in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet Werk en zekerheid* (33 818). *Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Geschriften VvA 41, Deventer: Kluwer 2014, p. 130-132.

118 Vgl. S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2014.

de toekenning van die vergoeding terughoudend en wat betreft de hoogte gematigd opstellen. Ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever wordt niet te snel aangenomen. Daarentegen lijkt voor de werknemer, van wie de rechter oordeelt dat hij terecht op staande voet ontslagen is, in de regel tegelijkertijd het doek van de ernstige verwijtbaarheid te vallen, waardoor de aanspraak op de transitievergoeding verdampt en op de voet van art. 7:671b lid 8 onder b BW zonder opzegtermijn ontbonden kan worden. De hoogte van de door de rechter onder de Wwz aan de werknemer toegekende billijke vergoedingen is bescheiden, vaak enkele duizenden euro's.<sup>119</sup> De hoogte dient "naar haar aard" in relatie tot het ernstige verwijt te staan en niet tot de gevolgen voor de werknemer, want die zijn al verdisconteerd in de transitievergoeding. Zaken als de hoogte van het inkomen, lengte van het dienstverband<sup>120</sup> en arbeidsmarktpositie zijn daarom niet relevant. Aansluiting zoeken bij de vervallen kantonrechttersformule is daarmee (terecht) uit den boze,<sup>121</sup> net zoals het koppelen van die vergoeding aan (het dubbele van) de transitievergoeding.<sup>122</sup> Het lijkt ons goed de billijke vergoeding te reserveren voor een uitzonderlijke situatie en een en ander niet zo te laten evolueren dat de uitzondering de regel wordt (dan is voor die handvol zaken een formule ook helemaal niet nodig). Wel moet gezegd worden dat de hoogte van de billijke vergoeding nu weinig afschrikwekkend is, ja zelfs soms potsierlijk is. Tenslotte is die vergoeding ervoor bedoeld om het miselijke gedrag van de werkgever "te voorkomen".<sup>123</sup> Dat een werkgever, die eerder geen ontbinding kreeg wegens disfunctioneren, en aanstuurde op een verstoring van de verhoudingen, onder meer door een schorsing zonder loonbetaling, een vergoeding van € 40.000 moest betalen, lijkt dan niet zo

---

119 De vreemde eend in de bijt is Ktr. Dordrecht 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677, JAR 2015/289, waarin een billijke vergoeding van € 50.000 wordt vastgesteld, met een motivering die veel doet denken aan hoe er vóór de Wwz ontbindingsvergoedingen werden bepaald.

120 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32-34 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 91.

121 Ktr. Enschede 27 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5275, *AR-Updates*. 2015-1216.

122 Vgl. Ktr. 's-Hertogenbosch 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186, JAR 2015/252 en Ktr. 's-Hertogenbosch 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552, JAR 2015/268.

123 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 33. Op het Arbeidsjuridisch Congres van 27 november 2015 stelde de inleider Verhulp dat de billijke vergoeding "moest ontploffen in het gezicht van de werkgever" en dat hij het niet voor minder zou doen dan € 100.000. In week 46 kon op de VAAN-site gestemd worden over de stelling "De tot op heden toegekende 'billijke vergoedingen' zijn (veel) te laag en (te) weinig afschrikwekkend." 64% was het daarmee eens.

gek, "omdat anders het risico bestaat dat een relatief lage vergoeding voor lief wordt genomen, en in feite een vrijbrief vormt voor ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van de werkgever".<sup>124</sup>

Opvallend is nog dat de wetgever in de Wwz de (onbestreden) maximering van de vergoeding tot aan pensioen niet heeft gecodificeerd. Dat kan in de praktijk betekenen dat een bijna gepensioneerde niet meer wordt ontslagen, omdat dat ontslag zeker ook in relatie tot de inkomensderving te duur wordt. Het alternatief is dan maar samen door te modderen tot het pensioen, iets wat je een gewaardeerde oudere werknemer toch eigenlijk niet gunt. Wij hebben begrepen dat de minister deze codificatie moedwillig niet wenste om zo ouderen in de laatste fase van hun loopbaan een effectieve bescherming tegen ontslag te geven. Dat klopt misschien wel, maar fraai is anders!

### 3.3.3 *Strijd rond flexibele arbeid*

#### *Ontwikkeling flexibele schil*

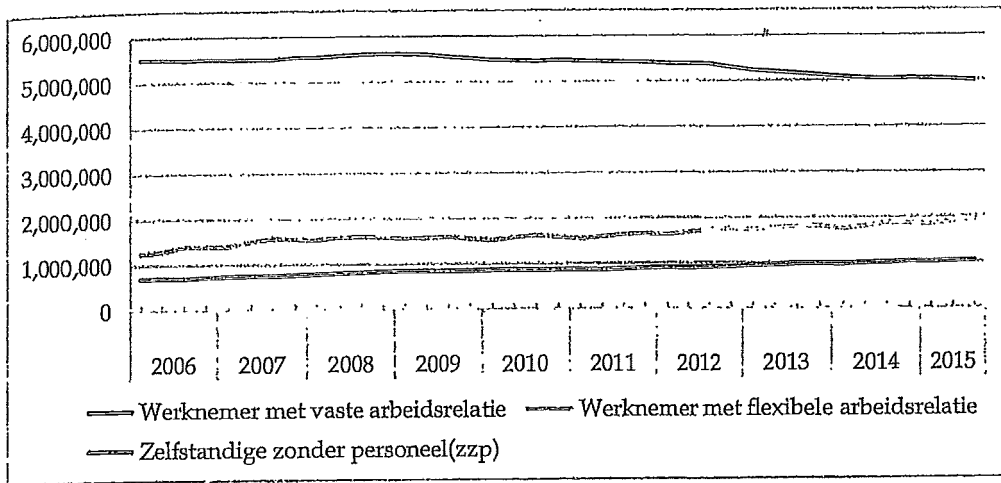
Al jaren maken werkgevers steeds meer gebruik van flexibele arbeidsrelaties, relaties die afwijken van de nog altijd als standaard beschouwde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met vaste werktijden.<sup>125</sup> Uit cijfers van het CBS blijkt dat het aandeel flexibele arbeidsrelaties afgezet tegen de totale werkzame beroepsbevolking is gegroeid van 16% in het eerste kwartaal van 2006 naar 23% in het derde kwartaal van 2015. Het aandeel zzp'ers is in die tijd toegenomen van 9% naar 12%, terwijl de vaste dienstverbanden juist van 70% naar 60% zijn gedaald. In absolute zin is hetzelfde waarneembaar. In het derde kwartaal van 2015 waren er 1,95 miljoen werknemers met een flexibele arbeidsrelatie tegenover 1,25 miljoen in het eerste kwartaal van 2006, wat een stijging is van maar liefst 55%. Het aantal zzp'ers is toen van 700 duizend gegroeid naar ruim 1 miljoen, een stijging van 48%. De vaste dienstverbanden zijn daarentegen met 9% gedaald van 5,5 miljoen naar net onder de 5 miljoen. Figuur 1 geeft deze ontwikkeling grafisch weer.

---

124 Ktr. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, AR Updates 2015-1246.

125 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk), Deventer: Kluwer 2015, p. 20-21.

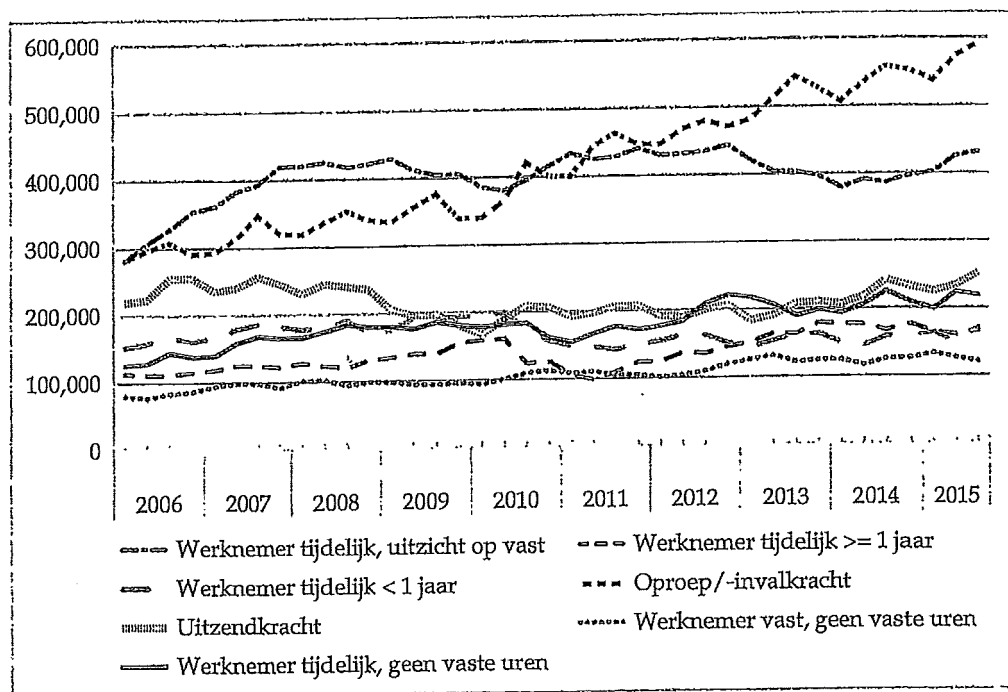
**Figuur 1 Samenstelling werkzame beroepsbevolking 2006 (1e kwartaal)-2015 (3e kwartaal)**



Bron: CBS Statline

Uit de gegevens van het CBS blijkt ook hoe de samenstelling van de flexibele schil in de periode van 2006 (1e kwartaal) tot en met 2015 (3e kwartaal) is veranderd: vrijwel alle flexibele arbeidsvormen zijn in aantal toegenomen, met name de oproepcontracten (+110%) en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zonder vast aantal uren (+73%). Figuur 2 geeft een en ander opnieuw grafisch weer.

Figuur 2 Samenstelling flexibele schil 2006 (1e kwartaal)-2015 (3e kwartaal)



Bron: CBS Statline

SEO heeft onderzoek gedaan naar de duur van het verblijf in de flexibele schil. De kans dat een werknemer met een tijdelijk contract langer dan drie jaar in de flexibele schil verblijft, was in 2010 30%, terwijl dat voor uitzendkrachten 37% was.<sup>126</sup> Uit onderzoek blijkt ook dat de kans op doorstroom naar een vaste baan in de periode van 2001 tot 2010 voor alle flexibele arbeidsvormen is afgenomen.<sup>127</sup>

### Wwz

De regering maakte zich zorgen om deze trends, met name dat flexkrachten steeds vaker worden ingezet voor structureel werk, wat oneigenlijk gebruik is. Langdurig verblijf in de flexibele schil zou er ook toe leiden dat de werknemer de aansluiting op de arbeidsmarkt verliest en minder toegang heeft tot de woningmarkt en scholing. Daarom moet een lang verblijf

126 SEO, *De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers* (SEO-rapport 2013-09), Amsterdam: 2013, p. 14.

127 R. Dekker, H. Houwing en L. Kösters, 'Doorstroom van flexwerkers', *ESB* 2012 (4628), p. 73.

in de flexibele schil zo veel mogelijk worden voorkomen.<sup>128</sup> Met de Wwz wilde de regering de balans tussen vast en flex herstellen, met name door het langdurig gebruik van flexwerkers te verminderen, waardoor ook de doorstroom naar een vaste baan wordt bevorderd.<sup>129</sup> Om dit te bereiken zijn verschillende wijzigingen doorgevoerd, bijvoorbeeld:

#### *Loondoorbetalingsplicht*

De mogelijkheid om van de loondoorbetalingsplicht af te wijken is nog verder beperkt. Waar de Flexwet art. 7:628 BW van semidwingend in driekwartdwingend recht veranderde, geldt sinds de Wwz als belangrijke extra voorwaarde dat het moet gaan om functies waarvan de daaraan verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben.

#### *Ketenregeling*

De ketenregeling is aangepakt door de maximumduur terug te brengen naar twee jaar, de tussenpoos waarbinnen contracten als opvolgend worden gezien te verlengen naar zes maanden (waarvan niet langer kan worden afgeweken) en de mogelijkheid om bij cao van art. 7:668a lid 1 BW af te wijken in te perken. Naast het feit dat een dergelijke afwijking nog slechts geclausuleerd is toegestaan (de hoofdregel van 3x2x6 mag hoogstens op 6x4x6 worden gesteld), geldt als extra voorwaarde dat uit de cao moet blijken dat de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist (wat weer niet geldt voor uitzendovereenkomsten). Zoals aangegeven in paragraaf 3.3.1 is ook de formulering van het opvolgend werkgeverschap nog verruimd, door niet langer te verlangen dat tussen beide werkgevers zodanige banden bestaan dat het inzicht van de eerste werkgever in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.<sup>130</sup>

#### *Payrolling*

Voorts zijn maatregelen genomen om een relatief nieuwe vorm van flexibele arbeid, payrolling (waarbij de inlener, nadat hij de werknemer heeft gekozen, het juridische werkgeverschap geeft aan een apart payrollbedrijf en daarom vaak als een schijnconstructie wordt gezien), tegen te gaan. In de Ontslagregeling zijn voor payrolling namelijk voorschriften opgenomen, die

128 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 10.

129 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 4-5.

130 Dit lag in de oude ketenbepaling besloten: HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, JAR 2012/150.

de payrollwerknemer dezelfde ontslagbescherming geven als zijn collega's die echt bij de inlener in dienst zijn. Probleem is dat er dan wel sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het payrollbedrijf, maar dat ziet payrolling in de regel als uitzending in de zin van art. 7:690 BW, zodat met de payrollwerknemer nog (steeds) gedurende 5,5 jaar elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten. Deze kwalificatie is overigens problematisch, omdat de regering vindt dat dit alleen maar geldt als het bedrijf op de arbeidsmarkt een allocatiefunctie vervult door de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid bij elkaar brengen.<sup>131</sup> En payrollbedrijven doen dat niet. Het lijkt ook niet goed denkbaar dat het payrollbedrijf op grond van art. 7:610 BW als de werkgever van de payrollwerknemer kan worden beschouwd, omdat (ook hier) wezen voor schijn gaat<sup>132</sup> en de hele payrollconstructie nu net wordt opgezet omdat de inlener formeel niet, maar feitelijk wél de werkgever wil zijn van de door hem geworven en geselecteerde werknemers. In de lagere rechtspraak is daarom nogal eens geoordeeld dat niet het payrollbedrijf de werkgever van de werknemer is, maar de inlener.<sup>133</sup>

#### *Maatregelen tegen flexibele arbeid nuttig?*

Men kan zich afvragen of zulke maatregelen wel werken. In ieder geval strandt de poging om het langdurig gebruik van oproepcontracten tegen te gaan, omdat anders dan de regering veronderstelt, zulke contracten helemaal niet gebaseerd zijn op art. 7:628 BW. Het eerste lid van dat artikel geeft de werknemer namelijk alleen recht op loon als de "overeengekomen arbeid" niet is verricht, terwijl oproepcontracten zich nu juist kenmerken door geen (nulurencontracten) of slechts een beperkt aantal (min/max-contracten) uren te garanderen. De loondoorbetalingsplicht geldt alleen voor dat gegarandeerde deel.

---

131 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33, *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 6, p. 16 en *Kamerstukken I 1996/97*, 25 263, nr. B, p. 12. De Hoge Raad komt dit jaar aan het woord.

132 Vgl. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1998:ZC2495, NJ 1998/149; HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, NJ 2007/446 en HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, NJ 2007/449.

133 Bijv. 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 en Ktr. Assen 30 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205, JAR 2015/142. Anders Ktr. Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ1299, JAR 2013/46 en Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, JAR 2014/248.

Ook voor de ketenregeling is twijfelachtig of het door de regering beoogde doel zal worden bereikt. Uit het onderzoek van SEO blijkt dat onder de oude ketenregeling 49% van de tijdelijke krachten na drie jaar geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kreeg aangeboden. Waarom zou het verkorten van de ketenregeling daar verandering in brengen? Het lijkt eerder logisch dat deze werknemers voortaan al na twee in plaats van na drie jaar op straat komen te staan. Zo vertelden twee ondernemers in een uitzending van Nieuwsuur dat zij goed tussen de oren hebben dat ze sinds de Wwz werknemers een drietal contracten kunnen aanbieden, die samen net iets minder dan 24 maanden duren, waarna ze die werknemer niet in vaste dienst hoeven te nemen en ook geen transitievergoeding verschuldigd zijn.<sup>134</sup> Dit werd bevestigd in de Nieuwsuur-enquête onder de VAAN-leden, waarin 65% aangaf te merken dat werkgevers door de Wwz terughoudend zijn om mensen in vaste dienst te nemen.

De keuze voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd lijkt niet zozeer te zijn ingegeven door een behoefte aan flexibiliteit als wel door de angst voor een vast dienstverband. Uit onderzoek van CBS en TNO blijkt dat het vermijden van arbeidsrechtelijke risico's in drie op de tien gevallen voor de werkgever de reden is om voor zo'n tijdelijke arbeidsovereenkomst te kiezen.<sup>135</sup> De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt namelijk als te zwaar beladen beschouwd, wat bijvoorbeeld de opkomst van nieuwe constructies als payrolling verklaart. De regering heeft in de Wwz dan wel maatregelen genomen om payrolling minder aantrekkelijk te maken, maar werkgevers die het randje opzoeken, zullen daar ook wel weer een mouw aan weten te passen, door bijvoorbeeld te vluchten naar het fenomeen contracting.

Dit betekent dat het niet echt zinvol lijkt maatregelen tegen het gebruik van flexibele arbeidsrelaties te nemen, zolang niets wordt gedaan aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het is immers die arbeidsovereenkomst waaraan werkgevers willen ontsnappen. Met het nieuwe ontslagrecht lijkt het vaste dienstverband evenwel alleen maar vaster te zijn geworden, waardoor het gat tussen flex en vast (anders dan de regering beoogt) juist is vergroot.

---

134 De uitzending en de resultaten van de enquête zijn te raadplegen op: <http://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2074272-wet-werk-en-zekerheid-werkt-juist-averechts.html>.

135 CBS & TNO, *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: de focus op flexibilisering*, Den Haag 2015, p. 118-119.



Misschien moeten we maar gewoon (gaan) accepteren dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur met vaste werktijden niet langer de standaard is. De praktijk laat vele andere arbeidsrelaties zien en dat is misschien ook helemaal niet zo erg. Uit het onderzoek van CBS en TNO blijkt weliswaar dat de meeste werknemers noodgedwongen voor een flexcontract kiezen, maar in een niet onbelangrijk aantal gevallen is het ook een bewuste keuze. Zo geeft 39% van de werknemers aan voor een tijdelijk contract te hebben gekozen, omdat dit aansluit bij hun beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt en hun persoonlijke motivatie. Voor zzp'ers geldt dat in nog sterkere mate (47%). Van de zzp'ers kiest 26% voor het ondernemerschap om de vrijheid die het geeft om zelf te kunnen beslissen hoe ze hun werk uitvoeren en hoe ze hun kennis en vaardigheden ontplooiën.<sup>136</sup>

### 3.3.4 Zieke werknemer: een haast niet (meer) te dragen last?

#### *Steeds meer betalen*

Vroeger gold voor de werkgever een wettelijke verplichting om het loon van een zieke werknemer "voor eenen betrekkelijk korten tijd" door te betalen, in de regel maximaal zes weken.<sup>137</sup> Het opzegverbod tijdens ziekte en de preventieve ontslagtoets bestonden toen nog niet. Later gold in de Ziekte-wet (na twee dagen wachttijd) een verplichting om maximaal een halfjaar 80% van het loon door te betalen via een verzekering waarvoor werkgever en werknemer gelijkelijk de premie betaalden. Daarna volgde een constante stroom aan wetgeving (WAO, Wet terugdringing ziekteverzuim, Wulbz, Wet Verbetering Poortwachter, Wulbz 2, waardoor de loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever van één naar twee jaar ging, WIA en Wet BeZaVa), die evenwel niet resulteerde in een flinke afname van het aantal arbeidsongeschikten. De teller staat medio 2015 op 812.000 arbeidsongeschikten.<sup>138</sup> Wel kan geconstateerd worden dat de wetgever de rekening van ziekteverzuim steeds nadrukkelijker bij de werkgever heeft neergelegd.

Waar loopt een werkgever met een zieke werknemer in 2016 tegenaan?

136 CBS & TNO 2015, p. 121.

137 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's* (bewerkt door A.R. Houweling e.a.), Den Haag: Bju 2015, p. 979.

138 [www.statline.cbs.nl](http://www.statline.cbs.nl), Sociale zekerheid; kerncijfers, uitkeringen naar uitkeringssoort. Vgl. Nederland is nog net zo 'ziek' als in 1990, *Het Financieel Dagblad*, 15 oktober 2015.

*Hoge kosten, veel rompslomp*

De werkgever moet op grond van art. 7:629 lid 1 BW twee jaar lang minimaal 70% van het maximumdagloon aan zijn zieke werknemer betalen. Daarvan kan behoudens de eerste twee ziektedagen (maar de meeste cao's hebben die weggepoetst) niet ten nadele van de werknemer worden afgevoerd. De centrale STAR-afspraken om tijdens de twee ziektejaren niet meer dan maximaal 170% van het loon uit te betalen<sup>139</sup> (bedoeld om de zieke werknemer te prikkelen tot herstel) wordt in minder dan de helft van de cao's gevolgd. Met name in de bouw, industrie en horeca blijft men rustig boven die norm zitten. Bovenwettelijke regelingen komen veelvuldig voor.<sup>140</sup>

Los van de betaling gelden voor de werkgever vergaande re-integratieverplichtingen en niet geringe administratieve lasten. Zo moet er in de zesde ziekteperiode een probleemanalyse worden opgesteld, twee weken later een plan van aanpak, na één jaar een evaluatie met een re-integratieplan voor het tweede jaar en als daarna een WIA-uitkering wordt aangevraagd, moet er nog een re-integratieverslag worden geschreven. Als blijkt dat de werkgever onvoldoende inspanningen heeft gepleegd, krijgt hij nog een loon (doorbetaling) sanctie opgelegd van maximaal één jaar (art. 25 lid 9 WIA jo. 7:629 lid 1.1 onder b BW en 7:658a lid 1 BW). Onderzoek wijst uit dat wanneer een werkgever met een langdurig ziektegeval wordt geconfronteerd, dat als knelpunt wordt ervaren.<sup>141</sup> Dat zit dan vooral in het ontbreken van passende arbeid, (tijdige) re-integratie tweede spoor, strikte procedures die het UWV hanteert, hoogte van de kosten van re-integratie en wijze waarop de werknemers aan re-integratie meewerken. Op verzoek van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft het Centraal Plan Bureau (CPB) onlangs onderzoek gedaan naar de effecten van een verkorting van de loonbetaling bij ziekte. Hoewel dit onderzoek met veel aannames is omgeven, komt daaruit naar voren dat door zo'n inperking de kosten voor werkgevers (op termijn) en overheid zouden toenemen, omdat het aantal instromers in de WIA stijgt. Volgens het CPB is de uitstroomkans in de WIA (veel) lager dan wanneer twee jaar loon bij ziekte wordt doorbetaald.<sup>142</sup> Opmerkelijk is dat het CPB daarbij zelf aangeeft dat 70% van de

---

139 Stichting van de Arbeid, *Najaarsoverleg*, Den Haag, 5 november 2004, p. 2.

140 A.M. Wilms e.a., *Bovenwettelijke aanvullingen bij ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid*, Den Haag: Ministerie van SZW, oktober 2013.

141 *Kamerstukken II* 2014/15, 29 544, nr. 586.

142 CPB, *Notitie Verkorting loonbetaling bij ziekte*, 26 april 2015, p. 5.

werknemers in hun tweede ziektejaar net vóór het moment van de WIA-keuring herstelt. Is het dan niet zo dat vervroeging van de WIA-keuring met een jaar tevens het herstel van veel zieke werknemers al na één jaar meebrengt? Is dat het geval dan zou er juist veel voor te zeggen zijn de periode van de loondoorbetalingsverplichting terug te brengen.

De minister heeft onlangs aangegeven de problemen, die vooral kleine(re) werkgevers hebben met de verplichting bij ziekte twee jaar loon door te betalen, te willen oplossen, bijvoorbeeld door een collectieve verzekering voor het tweede ziektejaar en onderzoek naar het effect van een vervroeging van de re-integratietoets naar het einde van het eerste ziektejaar.<sup>143</sup> Uitgangspunt daarbij blijft wel dat de wettelijke positie van zieke werknemers niet mag verslechteren.

#### *Transitievergoeding*

Art. 7:670 lid 1 BW verbiedt de werkgever de arbeidsovereenkomst op te zeggen binnen twee jaar ziekte. Deze forse termijn is overigens zo'n zestig jaar geleden in de wet gekomen, omdat de hersteltijd van TBC wel zo lang kon duren,<sup>144</sup> maar die ziekte is (gelukkig) zo goed als verdwenen. Zou daarom die termijn van twee jaar ook niet eens moeten verdwijnen? De Wwz-wetgever heeft dit punt onaangeroerd gelaten.

Als een werkgever na twee jaar ziekte en loondoorbetaling de arbeidsovereenkomst eindelijk mag opzeggen, is hij ook nog eens de transitievergoeding verschuldigd.<sup>145</sup> Dit wordt door werkgevers als onrechtvaardig gevoeld (waarom een vergoeding betalen voor iemand die niet meer de arbeidsmarkt op gaat/kan?), zodat ontwijking van die regel te verwachten was, bijvoorbeeld door de arbeidsovereenkomst (zonder betaling van loon) gewoon in stand te houden.<sup>146</sup> Hoewel de minister dat niet vond getuigen van fatsoenlijk werkgeverschap,<sup>147</sup> wilde hij de PvdA en SP geen maatregelen toezeggen, maar wees daarbij op de mogelijkheid voor de werknemer zélf ontbinding te vragen met toekenning van de transitievergoeding of als

143 *Kamerstukken II* 2015/16, 29 544, nr. 673.

144 G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk recht. 7 Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015, p. 369.

145 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 38-39.

146 Nieuwe vondst werkgevers tegen ontslagvergoeding, *De Volkskrant* 30 juli 2015.

147 *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 3304 en 3308.

de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (bijvoorbeeld rond de re-integratie) op de billijke vergoeding. Dat blijkt in de praktijk overigens een stuk minder succesvol dan de minister doet voorkomen.<sup>148</sup>

#### *Ontslagverbod voor zieke werknemers bij reorganisatie*

Ook onder de Wwz is het nog steeds mogelijk dat de rechter de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer binnen de loonbetalingsverplichting ontbindt onder meer wegens disfunctioneren, verstoorde verhouding of frequent ziekteverzuim. Maar ontbinding op grond van bedrijfseconomische redenen kan niet meer, omdat zulke ontslagen verplicht via het UWV (of de cao-commissie) moeten lopen, wat de werkgever geen soelaas biedt, omdat hij toch niet mag opzeggen. Alleen bij volledige bedrijfssluiting geldt het opzegverbod niet (art. 7:670a lid 2 onder d BW).

De Wwz-wetgever heeft bewust gekozen voor deze uitbreiding van de rechtsbescherming voor zieke werknemers,<sup>149</sup> om aan te geven dat de werkgever ook in tijden van reorganisatie verantwoordelijk is voor de re-integratie van een langdurig zieke werknemer. Hij moet dan maar een andere niet-zieke werknemer ontslaan.<sup>150</sup> Op deze bevoorrechte positie van de zieke werknemer is (terecht) nogal stevige kritiek gekomen.<sup>151</sup> Immers de ontslagbescherming van zieke werknemers was in vergelijking met andere (Europese) landen al fors en dat is door de Wwz alleen maar erger geworden. Hoe lang dat nog vol te houden is, is de vraag.

---

148 Ktr. Gouda 21 oktober 2015, *AR-Updates* 2015-1095; Ktr. Leiden 21 oktober 2015, *JAR* 2015/302; Ktr. Rotterdam 6 november 2015, *AR-Updates* 2015-1181; Ktr. Almere 2 december 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:8495*, *AR-Updates* 2015-1200; Ktr. Almelo 3 december 2015, *AR-Updates* 2016-0012 en Ktr. Breda 22 december 2015, *AR-Updates* 2015-1302.

149 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 50.

150 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 273, nr. 3, p. 20.

151 A.A. Stekelenburg en M. Bouiga, 'De beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer en de daarbij behorende risico's', *TAP* 2014/358.

### 3.4 De nieuwe wereld: één beëindigingsrecht voor allen (2036)<sup>152</sup>

#### 3.4.1 Inleiding

##### *De wereld van werk in 2036*

Hij leunt op zijn stok en kijkt omhoog langs de gevel. Het is een grauw gebouw, opgetrokken in die typische jaren 70-stijl. Ooit een ziekenhuis, nu een verzamelplaats van bedrijven, bedrijfjes en creatievelingen. Zijn kleinzoon heeft het familiebedrijf hier ondergebracht. Het oude pand was een klassiek bedrijfspand gelegen op een industrieterrein. Er waren kantoorruimtes en een fabriekshal, de conciërge woonde in het woonhuis naast het bedrijf, er was een kantine en een showroom voor de klanten. Hij is opgegroeid op dat terrein en mist het nog steeds. Toch heeft hij zijn emotionele bezwaren tegen de verhuizing snel laten varen. Zijn kleinzoon had gelijk: het oude pand was te groot, te oud en ongunstig gelegen. In de hoogtijaren werkten er bijna 100 mensen bij het bedrijf. Allemaal in vaste dienst, meer familie dan personeel. Sinds een aantal jaar wordt het bedrijf gerund door een managementteam van zeven mensen, allemaal studiegenoten van zijn kleinzoon en allemaal aandeelhouder. Een management buy-out noemde zijn kleinzoon het. Hij vindt het allemaal best. Terwijl hij wacht op de lift die hem naar de jaarlijkse lunchbijeenkomst zal brengen vraagt hij zich af of er eigenlijk wel werknemers (mag hij dat nog zeggen?) aanwezig zullen zijn. De productie is al jaren geleden verplaatst naar Oost-Europa en de automatisering wordt gedaan in India. Vorig jaar hadden ze geprobeerd iedereen tegelijk via schermen te verbinden, maar dat was toch een beetje een geforceerd geheel geworden, vond hij. De jongeren vonden het prachtig. Er werken nog wel meer mensen voor het bedrijf, maar die hebben allemaal veel lossere banden dan hij gewend is en ze werken lang niet allemaal in het gebouw waar hij nu is. Hoe het allemaal precies werkt weet hij niet, maar dat het anders is dan vroeger is hem wel duidelijk.

##### *De werker in plaats van de werknemer*

In 2036 heeft de arbeidsmarkt een totaal andere dynamiek gekregen. Het aantal 'zzp'ers' is in de laatste decennia zo hard gestegen dat ruim driekwart van de beroepsbevolking niet langer afhankelijk is van één werkgever, maar zijn diensten aanbiedt aan meerdere en steeds wisselende werkgevers.

---

152 Paragraaf 3.4 is geschreven door Hanneke Bennaars (onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam/Hugo Sinzheimer Instituut) en Pascal Kruit (advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten te Rotterdam en universitair docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam).

Robotisering heeft mensenwerk meer en meer verdrongen, hetgeen maakt dat de vraag naar arbeid ook is veranderd. Geen productiewerk meer, maar eerder (allerlei vormen van) dienstverlening.

De positie van het arbeidsrecht en daarmee het ontslagrecht is als gevolg van deze ontwikkeling volstrekt anders dan in 2016. Elke natuurlijke persoon die arbeid verricht voor een ander valt onder het arbeidsrecht dat in 2036 "werkrecht" heet. Het is niet van belang welke contractsvorm partijen kiezen. Het moet wel gaan om werk dat wordt verricht ten behoeve van het beroep of bedrijf van de ander (degene die het werk verschaft, de "werkgever" nieuwe stijl). Werk gedaan ten behoeve van particulieren valt buiten het systeem, tenzij sprake is van structureel werk gedurende drie dagen of meer per week. Er is dus geen werkrelatie tussen de kapper en de kappersklant, maar wel tussen de natuurlijke persoon en diens fulltimetuinman. De inhoud van het nieuwe arbeidsovereenkomstenrecht zal wezenlijk verschillen van hoe Boek 7.10 BW er in 2016 uitziet. Concurrentie- en relatiebedingen bestaan niet meer, loonbetaling bij ziekte is teruggedrongen tot slechts zes weken en het beëindigen van de werkrelatie is niet ingewikkeld. Er zijn maar een paar regels, zie hierover paragraaf 3.4.2.

#### *De sociale dialoog*

Na jaren van dalende ledenaantallen, bloeien de vakbonden weer als vanouds en de sociale dialoog is levendiger dan ooit. De bonden kunnen alle werkers vertegenwoordigen en doen dat ook. De beperkte wettelijke ontslagbescherming maakt dat werkers meer incentives hebben om lid te worden van een bond (zie hierover paragraaf 3.4.2). Ook werkgevers hebben belang bij representatieve vakbonden die alle werkers vertegenwoordigen. Op individueel niveau onderhandelen met werkers is niet efficiënt voor werkgevers. De cao's worden vooral op sector- of bedrijfstakniveau gesloten en het systeem van algemeen verbindendverklaring bestaat nog steeds.

#### 3.4.2 *Ontslag in 2036*

*Geen verplichte preventieve toets, geen duaal stelsel, maar wel een opzegtermijn*  
De werkrelatie kan te allen tijde worden beëindigd via opzegging. Er moet wel een opzegtermijn in acht worden genomen. De termijn wordt langer naarmate de relatie langer heeft geduurd. Hierin is niets veranderd. Heeft de overeenkomst korter dan vijf jaar geduurd, dan bedraagt de opzegtermijn één maand en dan komt er per vijf jaar een maand bij met een maximum van vier maanden. Wordt geen opzegtermijn in acht genomen, dan

heeft de werker recht op een schadevergoeding ten laste van de werkgever ter hoogte van het gemiste loon over de niet in acht genomen opzegtermijn. Er is geen toestemming van het UWV, dat in 2036 niet meer bestaat, of kantonrechter nodig. Slechts in bijzondere situaties kan de kantonrechter een oordeel geven over de opzegging, namelijk bij schending van een opzegverbod of in het geval van een vrijwillige preventieve toets. De populariteit van bepaalde tijd contracten is gedaald, nu de werkovereenkomst relatief eenvoudig te beëindigen is en de loondoorbetaling bij ziekte is beperkt (zie paragraaf 3.4.3).

*Nog maar twee opzegverboden: discriminatie en victimisatie*

Een opzegging is vernietigbaar als is opgezegd wegens een discriminatoire grond. Onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat, leeftijd, arbeidsduur en chronische ziekte of handicap is verboden. Het tweede opzegverbod is het opzegverbod wegens het inroepen van rechten. Een werker die zijn werkgever aanspoort op tijd het loon te betalen, eist dat de arbeidstijden- en -arbeidsomstandighedenregelgeving wordt nageleefd of zijn medezeggenschapsrechten wil uitoefenen kan niet daarom worden ontslagen.

Om te voorkomen dat de opzegverboden makkelijk te omzeilen zijn door een andere reden voor ontslag te geven, bestaat een omkering van de bewijslast. Als de werker aannemelijk kan maken dat één van de gronden voor een ontslagverbod bestaat, dan is het aan de werkgever te bewijzen dat het ontslag op een andere grond berust. Hiermee is de facto nog steeds een redelijke grond voor ontslag vereist, zij het dat deze anders is vormgegeven. De werker heeft de keuze de rechter te verzoeken de opzegging te vernietigen of hem een schadevergoeding toe te kennen. De werkgever die geen risico wil nemen, kan de rechter op voorhand toestemming vragen voor het ontslag. Gedacht kan worden aan het geval van een werker die zowel een (aantoonbaar) trackrecord van slecht functioneren heeft, als een minderheidspositie binnen de onderneming (de enige vrouw, of de oudste werker). De werkgever realiseert zich dat hij bij een opzegging de schijn tegen kan hebben en vraagt daarom de rechter toestemming alvorens op te zeggen. Geeft de rechter toestemming, dan kan worden opgezegd zonder het risico van vernietiging of verschuldigdheid van schadevergoeding.

### *Vergoeding na ontslag*

De transitievergoeding bestaat nog steeds en wordt opgebouwd door de werker gedurende de tijd dat hij werkt. De werkgever draagt maandelijks af op een levenslange account voor de werker. De werker kan het saldo bij een opzegging gebruiken om een inkomensachteruitgang te overbruggen of voor om- en bijscholing. Kiest hij voor het laatste, dan wordt de vergoeding fiscaal gunstiger behandeld dan wanneer hij kiest de vergoeding als inkomensaanvulling te gebruiken. Hij kan er ook voor kiezen om het saldo te laten staan en in een volgende periode van inactiviteit te gebruiken. Is het einde van de arbeidsrelatie het gevolg van ernstig verwijfbaar handelen van de werker, bijvoorbeeld in geval van een terecht gegeven ontslag op staande voet, dan valt het tijdens het dienstverband opgebouwde saldo aan transitievergoeding terug in het vermogen van de werkgever. Eventuele bestaande saldi uit eerdere dienstverbanden blijven voor de werker gewoon bestaan. Voor verdere vergoedingen is geen plaats, tenzij bij een vernietigbare opzegging door de werker gekozen wordt voor een schadevergoeding in plaats van het verzoek aan de rechter om de opzegging te vernietigen.

### *Driekwartdwingend recht*

Er bestaat een mogelijkheid om bij cao ontslagbescherming uit te breiden. Voorbeelden van verdergaande ontslagbescherming in cao's is bijvoorbeeld een regeling over ontslag bij disfunctioneren. In de cao staan regels opgenomen over de eisen die kunnen worden gesteld aan bepaalde functies en de wijze waarop werkgever en werker samen verbeterplannen moeten opstellen. Wordt opgezegd zonder dat het door de sociale partners voorgeschreven traject is gevolgd, dan kan de opzegging worden vernietigd door de werker. Ook hier geldt de mogelijkheid (maar niet de verplichting) voor de werkgever om op voorhand toestemming van de rechter te vragen als twijfel of discussie bestaat. De rol van de sociale partners is eveneens groot bij bedrijfseconomische ontslagen. De meeste cao's, die het grootste gedeelte van de werkende bevolking binden, kennen bepalingen over ontslagvolgorde en -vergoedingen of werk-naar-werktrajecten.

### *Scholing*

Scholing heeft een steeds prominentere plaats ingenomen binnen de arbeidsverhouding. Nu werkers makkelijk en frequent van baan en van werkgever wisselen, is scholing voor hen een belangrijk aandachtspunt, om "employable" te blijven. De werkgever heeft de verplichting de werker scholing aan te bieden zolang deze voor hem werkzaam is. Daarnaast kan de



werker zijn reeds gedurende vorige dienstverbanden opgebouwde transitievergoeding op fiscaal gunstige wijze inzetten voor aanvullende scholing (zie paragraaf 3.4.2). Dit kan ook tijdens een nieuw dienstverband. De werkgever moet de werker in de gelegenheid stellen scholing te volgen indien de werker hierom verzoekt. Ook hier spelen sociale partners een grote rol. Sociale partners kunnen overeenkomen dat het opbouwen van de transitievergoeding plaatsvindt binnen opleidingsfondsen. Deze fondsen organiseren zelf scholing voor werkers, overigens zonder dat de vrijheid van de werker om de transitievergoeding naar eigen inzicht aan te wenden wordt aangetast.

### 3.4.3 *Sociale zekerheid en andere vangnetten*

#### *Loondoorbetaling bij ziekte*

Is de werker ziek, dan wordt 70% van zijn loon (met een maximum van het dan geldende maximumdagloon) gedurende zes weken doorbetaald door de werkgever. Daarna wordt de betaling overgenomen door de sociale fondsen, waarover later meer. Eindigt de arbeidsrelatie om welke reden dan ook voor ommekomst van de zes weken, dan brengen de sociale fondsen de kosten tot zes weken na de eerste ziektedag in rekening bij de werkgever. Bovendien leidt een beëindiging binnen de zes weken tot een verhoging van de premies die werkgever verschuldigd is, bij wijze van een soort malusregeling. Houdt de werkgever de werker in dienst en verricht hij inspanningen om de werker te re-integreren, dan is dat dus gunstiger voor de totale lasten.

Er zijn twee typen sociale fondsen: één algemeen fonds, gefinancierd door werkgevers en werkers die niet zijn aangesloten bij bijzondere fondsen. Daarnaast bestaan er bijzondere fondsen die per sector worden gefinancierd. Het zijn in de meeste gevallen voortzettingen van de door werkers zelf georganiseerde broodfondsen (fondsen die in het begin van de 21e eeuw veelvuldig werden opgericht door kleine groepen zzp'ers om arbeidsongeschiktheid op te vangen op basis van solidariteit).

Een opzegverbod tijdens ziekte is niet meer relevant, nu de werkgever geen financieel belang heeft bij het beëindigen van de werkrelatie met een zieke werker, maar juist een financieel belang kan hebben bij het in dienst houden en re-integreren van zieke werkers. Dit drukt namelijk zijn premiebijdrage aan het bijzondere fonds.

### *Oudedagsvoorzieningen*

Het is inmiddels gemeengoed dat alle werkers die aangesloten zijn bij een vakbond een pensioenverzekering afsluiten. De meeste bonden voorzien in collectieve regelingen, ondergebracht bij verzekeraars. De zelfstandige werkers in het begin van de 21e eeuw stonden erom bekend niet veel te investeren in de oudedagsvoorzieningen. Dat is inmiddels omgeslagen na de eerste schrijnende gevallen van financieel succesvolle zelfstandigen die na hun pensionering terugvielen in inkomen omdat zij slechts de AOW-uitkering genoten.

Werkers die geen aanvullende pensioen hebben opgebouwd en die na de AOW-leeftijd doorwerken, worden gefaciliteerd. Zij hebben dezelfde rechtspositie als andere werkers. Alleen in geval van bedrijfseconomische ontslagen komen zij als eerste in aanmerking voor ontslag. Van hun inkomen wordt echter geen premie ingehouden en zij vallen in een lagere belastingschaal. Zo kunnen zij hun AOW-uitkering aanvullen zonder dat zij fulltime hoeven te werken.

#### *3.4.4 Slot*

Het nieuwe ontslagrecht is er niet zonder slag of stoot gekomen. Het past bij de nieuwe werkorganisaties die in de loop der jaren zijn ontstaan. Na de lunch stelt de oude eigenaar vast dat er eigenlijk toch steeds dezelfde gezichten te zien zijn. De werkorganisatie is nog steeds sterk met elkaar verbonden, maar de juridische verbanden op individueel niveau zijn losser geworden. De minder strenge ontslagbescherming heeft een flexibele arbeidsmarkt tot gevolg.