

Tilburg University

Het ontwerp-SER-advies over 'arbeidsmarkt, inkomensbeleid en gelijke kansen' is voor de eigen buhne en stelt daarmee teleur

van Rijs, André; van Drongelen, Harry; Beltzer, R.M.

Published in:
Juridisch up to date

Publication date:
2021

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Rijs, A., van Drongelen, H., & Beltzer, R. M. (2021). Het ontwerp-SER-advies over 'arbeidsmarkt, inkomensbeleid en gelijke kansen' is voor de eigen buhne en stelt daarmee teleur. *Juridisch up to date*, 2021(6), 3-8. Article 2021-0092.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

JURIDISCH UP TO DATE

Vakblad voor de juridische praktijk

Dit artikel wordt u aangeboden door Juridisch up to Date

Juridisch up to Date is hét vakblad voor juristen. Hierin vindt u een breed aanbod van korte maar diepgaande artikelen, voorzien van deskundig en praktijkgericht commentaar. In Juridisch up to Date worden alle rechtsgebieden belicht, maar de focus ligt op ondernemingsrecht in nationaal maar ook zeker Europees en internationaal verband. Juridisch up to Date is daarmee een onmisbare nieuwsbron voor juristen die in korte tijd volledig op de hoogte willen zijn van wat zich afspeelt in het brede juridische vakgebied.

Dit kunt u verwachten van Juridisch up to Date:

- 12x per jaar vakblad - digitaal en/of op papier
- maandelijks nieuwsbrief per e-mail
- toegang tot online database
- laatste vier vakbladen offline beschikbaar op tablet.

Kijk voor meer informatie of een (proef)abonnement op <https://www.futd.nl/vakblad/juridisch-up-to-date/abonneren/>

© 2021 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

ARBEID

Ronald Beltzer¹, mr. dr. J. (Harry) van Drongelen² en mr. A.D.M. (André) van Rijs³

Het ontwerp-SER-advies over 'arbeidsmarkt, inkomensbeleid en gelijke kansen' is voor de eigen bühne en stelt daarmee teleur

2021-0092

Begin juni verscheen het ontwerp-SER-advies “Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving” – een titel die aansluit bij de beloften die we van links tot rechts, progressief en conservatief, hebben mogen aanhoren in de aanloop naar verkiezingen. Nederland moest zichzelf hervinden, meer een sámenleving vormen. Het ontwerpadvies bestaat uit drie delen. Het eerste deel bevat adviezen over het thema “Arbeidsmarkt, inkomensbeleid en gelijke kansen”, het tweede draagt als titel “Investeren in brede welvaart, publieke sector en toekomstig verdienvermogen” en het derde deel behandelt ‘Budgettair beleid’. Onze aandacht is gericht op het eerste deel. Wij beginnen met wat meer algemene beschouwingen, om daarna meer concreet in te gaan op een aantal voorstellen die zijn gedaan en eindigen met een algemeen oordeel over het ontwerpadvies.

Algemene beschouwingen

De SER stelt vast dat er spanningen zijn in de samenleving waarbij onzeker werk en flexibele arbeidscontracten een belangrijke rol spelen waarbij flexibiliteit te vaak wordt vormgegeven als ‘beschikbaar voor alles, recht op niets’. Wij willen vooraf opmerken dat de flexibele schil, zoals dat eufemistisch wordt genoemd, geen must is, maar een op neoliberale grondslag – deregulering en flexibilisering van de arbeid – en dus een ideologische keuze is. Dat blijkt uit het feit dat de argumentatie die daaraan ten grondslag ligt, niet deugt. Dat wil overigens niet zeggen dat wij flexibele arbeid afwijzen, maar dat het wel moet worden teruggebracht tot wat en waarvoor het hoort te zijn. Dat de SER voorstaat flexibele arbeid te reguleren, is dan ook geen nieuws. Al sinds de opkomst ervan, enkele decennia geleden, is dit een politiek dankbaar thema. Het raakt de op het arbeidscontract gebaseerde, met bloed, zweet en tranen in het poldermodel tot stand gekomen arrangementen in het hart. Dat is gekomen door een karakterverandering van flexibele arbeidsrelaties. De uitzendrelatie is gestart als nuttig instrument: hiermee werd tegemoet gekomen aan de behoefte van werkgevers bij ziek en piek mensen in te huren met wie men geen duurzame juridische band behoefde te sluiten.

Dat karakter is in het bijzonder eind jaren '80/begin jaren '90 van de vorige eeuw veranderd. Uitzending is, naast het tijdelijke contract dat met de Wet flexibiliteit en zekerheid een veel grotere aantrekkingskracht heeft gekregen, salonfähig geworden. De SER wil in feite terug naar de uitzonderingspositie van de uitzendrelatie. Dat is op zichzelf een te respecteren en te onderbouwen keuze.

Kijken wij naar de arbeidsmarkt anno 2021, dan valt op dat die inmiddels een rijk geschakeerd mozaiek is geworden. Naast de werknemer en de uitzendkracht vallen in het bijzonder de grote groei van (schijn-)zzp'ers en de introductie van de payrollovereenkomst op. In veel gevallen gaat het hier niet om voor de maatschappij nuttige instrumenten, maar om het botweg ontgaan van werkgeverschap – bij payrolling is dat zelfs de bestaansreden ervan. In de laatste grote wetgevingsoperaties, de Wet werk en zekerheid en de Wet arbeidsmarkt is balans, is geprobeerd flexibele arbeid te (her)reguleren met als belangrijkste achtergrond dat flex te flex is geworden. Aan de andere kant van het verhaal, namelijk dat de perceptie is dat vast te vast is geworden, is beduidend minder aandacht besteed.

En daar wringt de schoen, nog steeds. Duidelijk is dat vanaf 1907 het arbeidscontract in grote lijnen onophoudelijk voor de werkgever is verzwwaard. Deze verzwaringen komen in de meeste gevallen uit het publieke domein. Duidelijk is die verzwaring te zien in het feit dat de wetgever heeft gemeend dat een bepaalde taak (zoals identiteitscontrole) of een bepaald belang (denk aan re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers) in de handen van de werkgever dient te worden gelegd. We zien een beeld van privatisering van onderwerpen die in feite steeds als publieke taken en/of belangen zijn beschouwd. Een goed voorbeeld hiervan is de loondoorbetaling bij ziekte van de werknemer, ongeacht of deze ziekte het gevolg is van een oorzaak die in de werksfeer ligt (*risque professionnel*) of daar niets mee van doen hoeft te hebben (*risque social*). Voorts kan men denken aan wettelijke werkgeverslasten zoals vakantiegeld, ziektekosten via de Zorgverzekeringswet, premies voor de WIA, de WGA en de WW en betalingen aan sectorfondsen, inclusief de kinderopvang en een premie voor het werkloosheidsrisico in de sector. Een analyse van de wetgeving vanaf 1989 laat zien dat werkgevers sedertdien met ruim 50 voor de arbeidsverhouding relevante, nieuwe wetten rekening moeten houden.⁴ De SER lijkt daarover geen opvatting te hebben.

Naast deze direct op geld waardeerbare lasten rusten op de werkgever allerhande administratieve lasten. Soms vloeien deze voort uit de bovengenoemde regelingen, soms staan deze op zichzelf, zoals de (alweer afgeschafte) levensloopregeling, de inhouding van loonbelasting en het toezien op het zich identificeren door de werknemer. De wetgever moet zich tegenwoordig bij elk wetsvoorstel rekenschap geven van de maatschappelijke kosten ervan zijn (wat meestal tot een obligate en nietszeggende analyse leidt), maar tot verhitte discussies heeft een dergelijke rekensom maar zelden geleid.

Hoewel voor al deze verzwaringen (soms heel goede) verklaringen te vinden zijn (zoals een toegenomen welvaart), is het onze hypothese dat het arbeidscontract inmiddels te zwaar belast is geraakt en dat deze "kolonisatie door de arbeidsovereenkomst" van allerhande belangen er in belangrijke mate aan bijdraagt dat werkgevers een vast arbeidscontract wensen te ontgaan en kiezen voor flexibelere vormen. Het is in onze optiek dus niet zo, dat de in het huidige tijdsgewricht gevoelde behoefte aan flexibiliteit op zichzelf staat, zoals nog wel eens in het publieke debat naar voren komt. Wij denken dat die 'behoefte' niet zou bestaan als het normaalcontract, het vaste arbeidscontract, niet zo zwaar was belast, zoals eerder in dit artikel beschreven. Is deze hypothese juist, dan zou dit gevolgen moeten hebben voor de vormgeving van het arbeidscontract. En dáárvan zou de SER iets moeten vinden.

Waar zit de meeste pijn? In feite in de zaken die de SER niet (afdoende) redresseert. Over het grootste struikelblok, de 104 weken loondoorbetalingverplichting bij ziekte, wordt simpelweg gesteld dat die blijft bestaan. Dat is een standpunt met een opmerkelijke beknoptheid, gezien de vele, vele discussies die daarover de laatste jaren worden gevoerd. Waar is het in oudere SER-adviezen veel voorkomende sjabloon gebleven waarin te lezen was wat de verschillende smaldelen van de SER ervan vinden? Het lijkt een thema dat in dit ontwerpadvies schielijk is 'kaltgestellt'. Daarmee is het ontwerpadvies in één klap van veel van zijn potentiële waarde ontdaan. Zoals geschreven: flexibele arbeidsrelaties bestaan bij de gratie van het onderscheid met het vaste contract.

We hoeven, wat dit thema aangaat, overigens niet het kind met het badwater weg te gooien, maar een terugkeer naar het systeem van de Wet terugdringing ziekteverzuim met veel kortere termijnen waarbinnen de werkgever het loon moet doorbetalen, is zo gek nog niet. Daarna kan de werknemer terugvallen op een andere regeling, een Ziektewet nieuwe stijl. Angst voor een 'terugkeer naar de jaren '70-'80' lijkt ons ongegrond. Dat was, in meer dan een opzicht, een volstrekt andere tijd. Wij merken daarbij op dat een werknemer gemiddeld dertien dagen per jaar ziek is. Zouden gevallen van langdurige ziekte niet eerder een verantwoordelijkheid van de maatschappij c.q. de overheid (moeten) zijn dan van de werkgever? Dat is een vraag van moraal. De stelling dat de werkgever linksom of rechtsom net zo veel geld kwijt is, is daarbij van secundair belang. Volgens die redenering kunnen we morgen de verkeerspolitie afschaffen.

Een tweede reden waarom het arbeidscontract denkbaar minder aantrekkingskracht heeft gekregen is de verplichting die op de werkgever ligt ten aanzien van de re-integratie van zieke werknemers. Net als bij de loondoorbetalingsverplichting zelf, geldt dat de re-integratieverplichting voor de werkgever een substantiële inspanning met zich brengt die vooral voor kleinere werkgevers bezwaarlijk kan zijn. Struikelblok in de praktijk is de arbodienst, die sommigen (te) traag vinden, die weinig behulpzaam is bij het bieden van ondersteuning en die in gebreke blijft als het gaat om sectorspecifieke kennis. Daarbij komt dat een (administratieve) fout snel is gemaakt – mede door het woud aan regels – waardoor voor de werkgever een loonsanctie kan volgen. De SER bewandelt hier een tussenweg, maar zonder de regels inhoudelijk te wijzigen: "Middels een verzekering kunnen werkgevers deze verantwoordelijkheid en bijbehorende verplichtingen overdragen. De werknemer blijft in dienst bij de werkgever, maar de verzekeringsmaatschappij neemt

de verantwoordelijkheid voor de loondoorbetaling en de werkgeversverantwoordelijkheid voor de re-integratie over.”

In onze optiek is een kerstboom opgetuigd die zijn houdbaarheidsdatum al ver heeft overschreden. Re-integratie, zeker bij een *risque social*, is van nature geen werkgeversplicht, maar is een publiek belang dat bij de overheid hoort en dus niet bij een werkgever, of, afgeleid daarvan, een verzekeraar. Wij menen dat de afname van het aantal WIA'ers ook komt door een andere tijdsgeest (luitkering is geen recht, ouderen moeten doorwerken, vervuilde WAO is verfrist door natuurlijk verloop). De huidige regeling past in doorgesloten marktdenken in combinatie met privatisering van overheidstaken. Het is hoog tijd voor een herbezinning.

Een derde reden waarom flexibele boven vaste arbeidscontracten worden gekozen, hangt samen met het ontslagrecht. Over de werking hiervan is al veel geschreven en wij weerstaan de verleiding kritiek op het systeem te herhalen, maar benoemen hier wel dat ook de transitievergoeding een voorbeeld is van een situatie waarin een publiek belang – het tegengaan dat een werknemer direct naar bijstandsniveau afzakt na ontslag – deels op de werkgever wordt gelegd. Waarom dat nodig is, weten wij na al die jaren nog steeds niet. Er kan niet worden volgehouden dat “de vervuiler betaalt” omdat de vergelijking met situaties waarvoor dit adagium wordt gebruikt, veelal mank gaat.⁵ Laat de vergoeding daadwerkelijk iets vergoeden en bewaar haar voor wanprestatie en preciaire gevallen. Indien wij vinden dat de transitievergoeding nuttig is, waarom verhogen we dan de WW niet? Waarom moeten werkgevers hiervoor opdraaien? Ook hier kiest de SER overigens vlees noch vis. Een transitievergoeding kan in de plannen van de SER achterwege blijven, als de werkgever en de werknemer met wederzijds goedvinden bij dreigend ontslag kiezen voor beëindiging van het arbeidscontract met inbegrip van een van-werk-naar-werk-route. Tja. Dat laatste zou toch geen taak van de werkgever moeten zijn. De sociaalzekerheidsrechtelijke voordeeltjes die de werkgever worden voorgehouden gaan het verschil niet maken.

Over de voorstellen

De SER neemt nu bij de regulering van arbeidscontracten als uitgangspunt dat structureel werk in beginsel moet worden georganiseerd met vaste contracten. Er mogen drie tijdelijke arbeidscontracten worden aangegaan in een tijdvak van maximaal drie jaar. De SER maakt kenbaar dat hiermee *permanente tijdelijkheid* van werk bij *dezelfde werkgever* niet meer mogelijk is omdat de onderbrekingstermijn wettelijk komt te vervallen zonder afwijkingmogelijkheden bij cao. Op het afschaffen van de onderbrekingstermijn

zijn uitzonderingen voor studenten en scholieren (zes maanden) en voor seizoenarbeid (drie maanden), die wettelijk worden vastgelegd. Dit betekent dus feitelijk dat de onderbrekingstermijn niet wordt afgeschaft, maar wordt beperkt tot bepaalde groepen van personen of arbeid en dat permanente tijdelijkheid van werk bij dezelfde werkgever voor deze groepen gewoon mogelijk blijft.

Wat wordt hier nu eigenlijk voorgesteld? Dat inderdaad vaste arbeidscontracten niet meer zijn dan een uitgangspunt en dat tijdelijke arbeidscontracten, zij het met een limitering, gewoon moeten kunnen. Waar wij ons over verbazen is dat er geen woord wordt gerept over Richtlijn 1999/70/EG met de raamovereenkomst voor tijdelijke arbeidscontracten, die tot het bepalen van temporele, numerieke of inhoudelijke beperkingen verplicht bij regelingen over het voortzetten van tijdelijke arbeidscontracten. Net als de Nederlandse wetgever, lijkt gezien het vorenstaande, ook de SER ervan uit te gaan dat tijdelijke arbeidscontracten gewoon moeten kunnen en dat daaraan beperkingen (moeten) worden aangebracht, via een limitering in tijd, bij één werkgever en zonder onderbrekingstermijn. Een van de algemene overwegingen van de partijen die aan de raamovereenkomst hebben gesloten die de grondslag is voor de genoemde richtlijn is dat het *arbeidscontract voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding* is (overweging 6). Een andere overweging leert dat het gebruik van tijdelijke arbeidscontracten wel kan, maar daaraan op basis van *objectieve gronden* beperkingen kunnen worden aangebracht (overweging 7). Tot slot de overweging die aangeeft dat tijdelijke arbeidscontracten voor sommige sectoren, beroepen of activiteiten goed kunnen uitkomen voor zowel werkgevers als werknemers (overweging 8), waarmee wat omslachtig wordt bedoeld dat *tijdelijke arbeidscontracten* in sommige sectoren of beroepen niet te voorkomen, dus eigenlijk *noodzakelijk*, zijn. Dit is overigens niet zo heel ingewikkeld te regelen.

De SER geeft aan dat oproep-(inclusief nul-uren-)contracten worden afgeschaft en worden vervangen door basiscontracten met ten minste een kwartaalurennorm waardoor het loon van een werknemer voorspelbaar is. Er komt een evenwichtige verhouding tussen het minimumaantal te werken uren en de beschikbaarheid van de werknemer. Zij moeten voldoende in staat zijn om economisch zelfstandig te zijn. Wij zijn wel heel benieuwd hoe dat gaat worden vormgegeven. Het is namelijk appels met peren vergelijken. Een oproepcontract is wezenlijk anders dan een basiscontract met een kwartaalurennorm. Dat maakt het voorstel van de SER dat in beginsel zoals nu het gemiddeld aantal uren waarover loon is betaald in een kwartaal

geldt als basis voor de opvolgende kwartaalurennorm (rechtsvermoeden arbeidsomvang), redelijk onnavolgbaar. Er wordt namelijk een basiscontract met een kwartaalurennorm afgesproken, waarvan dus eigenlijk niet duidelijk is wat de omvang daarvan is en die moet er dan ook nog toe leiden dat de betrokkenen economische zelfstandig is. Maar ook hier blijkt dat de oproepcontracten niet worden afgeschaft. Scholieren en studenten, die als hoofdactiviteit hun opleiding of studie hebben, kunnen wel worden gecontracteerd op basis van een contract dat vergelijkbaar is met het huidige oproepcontract. Wat moeten wij ons bij 'vergelijkbaar met het huidige oproepcontract' voorstellen?

De SER hecht veel waarde aan de allocatie- en opstap-functie die uitzendwerk vervult. Uitzendwerk levert een belangrijke bijdrage aan het bijeenbrengen van vraag en aanbod en aan het (weer) aan de slag helpen van mensen. Tegelijkertijd bestaan er ook zorgen over de positie en kwaliteit van het uitzendwerk. De SER doet een aantal voorstellen om het uitzendregime aan te scherpen en de positie van uitzendwerknemers te verbeteren:

1. een verplichte certificering van uitzendbureaus en andere partijen die bemiddelen in arbeid om op de Nederlandse markt te kunnen opereren. Strikte handhaving is hierbij noodzakelijk. Zelfregulering in de uitzendwereld blijkt geen daverend succes te zijn en de Arbeidsinspectie treedt amper op tegen misstanden in de uitzendsector. Waarom dan niet gaan voor een vergunningstelsel?
2. de zogenoemde fasenstructuur wordt aangepast: fase A wordt maximaal 52 weken en de onderbrekingstermijn wordt afgeschaft behalve weer voor studenten en scholieren: fase B wordt gehalveerd en de onderbrekingstermijn wordt afgeschaft behalve weer voor studenten en scholieren (zes maanden) en seizoenarbeid (drie maanden);
3. uitzendwerknemers krijgen recht op ten minste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden als die welke gelden bij de inlener. Artikel 8 Waadi heeft het overigens over 'dezelfde arbeidsvoorwaarden' dat nu nog ruimte geeft om af te kijken, moet worden aangepast. Hierin moet worden vastgelegd dat het totaal aan arbeidsvoorwaarden van de uitzendkracht vanaf de eerste werkdag tenminste gelijkwaardig is aan het totaal aan arbeidsvoorwaarden van werknemers in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. De uitwerking hiervan ligt bij sociale partners. Echt helder is dit niet. Wat moeten wij met 'tenminste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden'? En wat moeten wij met 'het totaal aan arbeidsvoorwaarden van de uitzendkracht vanaf de eerste werkdag tenminste gelijkwaardig is aan het totaal aan arbeidsvoorwaarden van werknemers in gelijk-

waardige functies in dienst van de inlener'. Is dit pakketvergelijking en hoe gaat dat worden vormgegeven?

In het kader van de nieuwe afspraken voor oproepcontracten is het volgens de SER noodzakelijk dat de uitsluitingsmogelijkheid van de loondoorbetalingsverplichting in haar huidige vorm vervalt, maar de uitzondering voor scholieren en studenten en uitzenden (fase A) moet wel opnieuw wettelijk worden vormgegeven. Bovendien moet bezien worden in hoeverre er nog andere situaties op de arbeidsmarkt zijn die wettelijk mogelijk moeten blijven. Maar waarom zou de uitsluitingsmogelijkheid van de loondoorbetalingsverplichting sowieso in tact blijven? Het gaat toch om niets anders dan het verschuiven van een ondernemersrisico naar de werknemer?

Naast actiever gebruik te maken van vormen van interne flexibiliteit, zoals zelfroosteren of de jaaruren-systematiek, stelt de SER voor het de onderneming mogelijk te maken eenzijdig de arbeidsduur (tijdelijk) voor alle werknemers met maximaal 20% te verlagen bij bedrijfseconomische omstandigheden die anders tot ontslag zouden hebben geleid. In feite is dit een verkapte ontslagconstructie met drie elementen, namelijk: (1) een tijdelijke verkorting, (2) bedrijfseconomische redenen die (3) tot ontslag zouden hebben geleid, die overigens door de Commissie-Borstlap niet voor niet deeltijdontslag wordt genoemd. De werknemer heeft het kennelijk maar te accepteren. Op deze manier wordt de preventieve toets van het UWV omzeild, die het deeltijdontslag alleen accepteert als sprake is van een onvermijdelijk ontslag.

Er is echter iets aan toegevoegd. De werkgever kan hiertoe eenzijdig besluiten, indien het loon volledig wordt doorbetaald. In overleg tussen decentrale partijen kan hiervan worden afgeweken. Voor 75% van de loonkosten over de verlaagde arbeidsduur – wat verbazingwekkend overeenkomt met het WW-percentage – is de werkgever verzekerd door een compensatieregeling van rijkswege, die onmiddellijk ingaat bij aanvraag en achteraf wordt getoetst op juist gebruik (cf. de systematiek van de NOW). De regeling gaat niet ten koste van opgebouwde WW-rechten. Als wij het goed begrijpen, wordt het aantal arbeidsuren dus vermindert, wat een vorm van deeltijdontslag is, maar heeft de werkgever nog steeds een loondoorbetalingsverplichting zonder dat daartegenover een arbeidsverplichting staat. In overleg met de werknemers kunnen afspraken worden gemaakt over scholing en ontwikkeling tijdens de verkorting van de arbeidsduur. De vraag is dan in welk kader die scholing en ontwikkeling moeten worden geplaatst, is dat van werk-naar-werk? Dan is het dus

echt een deeltijdontslag en is de tijdelijkheid alleen maar bedoeld om de van werk-naar-werk-route – dus de kosten van de loondoorbetaling - voor het overgrote deel door de overheid en dus de belastingbetaler te laten dragen, want een transitievergoeding ligt een dergelijke constructie natuurlijk niet meer voor de hand. Voor alle duidelijkheid: van de loondoorbetalingsverplichting kan worden afgeweken op decentraal niveau. Hoe dat gaat worden ingevuld en wat daarvan de consequenties zijn, is voor ons gissen, zeker als het gaat om de relatie met de WW. Los hiervan: het gaat hier dus in feite om staatssteun voor een normale bedrijfseconomische grond zonder dat sprake is van een extreme situatie als destijds met de financiële crisis van 2007-2008 en nu de coronacrisis. Kritische kanttekeningen vanuit Europa over de steun aan de KLM doen het ergste vrezen.

Ook lijkt de constructie veel weg te hebben van een alternatieve regeling van het verbod van werktijdverkorting waarvan overigens nog steeds geen ontheffing kan worden gekregen, met een essentieel verschil; de werkgever kan hier eenzijdig bepalen dat er bedrijfseconomische redenen zijn om de werktijd (tijdelijk) te verkorten. Maar normaal gesproken wordt bij de ontheffing van het verbod van werktijdverkorting meegewogen in hoeverre sprake is van normaal bedrijfsrisico. Hier dus kennelijk niet. Is het op deze manier mogelijk dat de werkgever normale leegloop – een aspect dat hier nog niet aan de orde is geweest - via een compensatieregeling kan financieren? Dat lijkt hier te worden afgewenteld op de overheid. Wie gaat dat allemaal controleren? Want de vergelijking met de NOW gaat hier naar onze mening niet op, omdat de aard van de te controleren informatie en feiten anders is. Wij gaan ervan uit dat met deze constructie het verbod van werktijdverkorting kan vervallen, maar dan wel met als negatief effect dat de mogelijkheid van de zogenoemde nul-uren-ontheffing bij brand bijvoorbeeld ook verdwijnt met alle gevolgen voor de werkgever.

Tot slot willen wij nog kwijt dat dit voorstel veel weg heeft van de Fokker-constructie waarmee Borstlap als DG ABA van het ministerie van SZW zich in de jaren 90 van de vorige eeuw bemoeienis heeft gehad met steun van de vakbeweging en dat is voor Fokker niet goed afgelopen, want die is failliet gegaan.

De werkgever en de werknemer kunnen met wederzijds goedvinden bij dreigend ontslag kiezen voor beëindiging van het arbeidscontract met inbegrip van een van-werk-naar-werk-route. De transitievergoeding kan dan volgens de SER achterwege blijven. Indien het lukt om een werknemer vanuit een flexibel contract naar een vast contract te begeleiden krijgt de werkgever daarnaast de flex-opslag op de WW-premie met terugwerkende kracht gerestitueerd. Indien een werknemer

tijdens een traject van om- of bijscholing in het kader van de van-werk-naar-werk-route door contractbeëindiging tijdelijk een beroep moeten doen op de WW, geldt tijdelijk voor een aantal maanden een hogere WW-uitkering.

Opdat zelfstandigen kunnen rekenen op een eerlijk en toereikend tarief, wordt volgens de SER in overleg met de ACM bekeken in hoeverre de mogelijkheden tot collectief onderhandelen opgerekt kunnen worden binnen de kaders van Europese regelgeving en de huidige ontwikkelingen binnen Europa, zoals het onderzoek van de Europese Commissie naar de mogelijkheden van collectief onderhandelen voor zelfstandigen. Waarom is niet de suggestie gedaan dat cao-partijen op grond van artikel 1 lid 2 Wet op de cao afspraken kunnen maken over arbeidsvoorwaarden voor zzp'ers, zolang de zzp'er maar geen lid is van een werknemersvereniging. Nergens staat dat een vakbond in aanloop van die cao-onderhandelingen niet met een vereniging van zzp'ers kan vooroverleggen. Desnoods moet er dan een naar het Europese Hof worden gestapt, maar dan zonder de prejudiciële vraag waarin de schijnzelfstandigheid al is ingebakken zoals bij *FNV/Kiem* en wel met een redenering in de lijn van *A-G Wahl*.

De SER komt met de suggestie van een rechtsvermoeden van werknemerschap. Als de werkende meent dat hij werknemer is, is het aan de opdrachtgever voor de rechter te bewijzen dat dit niet het geval is. Met de introductie van het rechtsvermoeden van werknemerschap en de daarbij geïntroduceerde norm wordt duidelijkheid gecreëerd. Daarmee kan het moratorium op publiekrechtelijke handhaving door de Belastingdienst worden opgeheven. Publiekrechtelijke handhaving moet zich volgens de SER richten op gevallen aan de basis van de arbeidsmarkt (conform de geïntroduceerde norm voor het rechtsvermoeden) en bij vermoedens van kwaadwillendheid. Daarbij krijgen de professionele handhavers de ruimte om te handelen op basis van vertrouwen. Onze vraag is dan waarom is gekozen voor een rechtsvermoeden in plaats van de fictie van werknemerschap. Een juridische fictie is een verschijnsel waarin iets is gefingeerd. Zo kan er worden vastgelegd dat een bepaalde situatie wordt geacht te bestaan, terwijl die feitelijk ontbreekt. Het versterkt in feite de bewijspositie van de werknemer. De werkgever moet aannemelijk maken dat er geen sprake is van werknemerschap. In de belasting- en sociale zekerheidswetgeving is de fictieve dienstbetrekking en werknemerschap alom aanwezig. Wanneer de wet een juridische fictie hanteert worden vaak de woorden 'wordt/worden geacht/beschouwd' gebruikt, terwijl bij een vermoeden 'wordt/worden vermoed' gebruik is. In het recht wordt, anders dan bij rechtsvermoedens,

onder andere van ficties, gebruikgemaakt ter vereenvoudiging, zeker voor de handhaving.

Afronding

Wij kunnen ons toch niet aan de indruk onttrekken dat de 'polder' zich na het eindrapport van de Commissie-Borstlap wil laten gelden. Het uiteindelijke resultaat wat betreft het thema "Arbeidsmarkt, inkomensbeleid en gelijke kansen", is voor ons niet meer dan soms een vaag en dan weer niet zo goed doordacht stuk, maar dat is overigens een verwijt dat niet alleen de 'polder' treft. Opmerkelijk is dat wat met de 'mond' is beleden, namelijk de flexibele arbeidsrelaties terugdringen en het gebruik van het vaste arbeidscontract voor werkgevers aantrekkelijker maken, in de uitwerking toch niet veel meer is dan de al gebaande wegen te volgen. Dit is toch overigens weer niet zo vreemd, omdat steeds dezelfde partijen en dezelfde deskundigen om de tafel zitten. Zo wordt 'structureel werk in principe [...] georganiseerd met de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd', maar wel gewoon, zij het met wat beperkingen, tijdelijke arbeidscontracten zonder meer toestaan. Dat maakt het ontwerpadvies als blauwdruk voor de toekomst teleurstellend. Het is wat ons betreft

meer een advies voor de polder zelf, voor de eigen bühne dus, dan voor degenen die het daadwerkelijk treft. Bovendien zijn wij, als wordt gekeken naar de voorstellen en de detaillering van sommige daarvan of juist het gebrek daaraan, bang dat het weer een zeer gecompliceerde wetgeving zal worden. Wie zit daarop te wachten?

Noten:

1. Ronald Beltzer is counsel bij Maes Law.
2. Harry van Drongelen is (emer.) universitair hoofddocent bij de Vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg en (gepens.) coördinerend wetgevingsjurist bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en adviseur bij Maes Law.
3. André van Rijs is docent bij de vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg.
4. Wij noemen er hier een paar: de Wet arbeid vreemdelingen (1995), de Arbeidstijdenwet (1995) de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (1997), de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten (1998), de Arbeidsomstandighedenwet (1999), de Wet flexibiliteit en zekerheid (1999), de Wet arbeid en zorg (2001), de Wet verbetering poortwachter (2001), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (2003), de Zorgverzekeringswet (2005), de Wet maatschappelijke ondersteuning (2006), de Pensioenwet (2006), de Wet werk en zekerheid (2015), de Wet huis voor klokkenluiders (2016) en de Wet arbeidsmarkt in balans (2020). En er zit van alles in de pijplijn, zoals Wet werken waar je wil.
5. Wie afval dumpst, zadelt de maatschappij op met een probleem dat hij zelf had moeten oplossen. Wie een werknemer ontslaat, doet dat omdat de werknemer niet functioneert of omdat het bedrijf economische redenen heeft om dat te doen. In beide gevallen is geen sprake van een vervuiler.