



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

De minister van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid
W. Koolmees
Postbus 90801
2509 LV Den Haag

Afdeling Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 00 00
f (088) 361 00 22
www.rechtspraak.nl

datum 7 juni 2018
doorkiesnummer 088-361 33 17
e-mail wetgeving.rvdr@rechtspraak.nl
ons kenmerk UIT 10999 STRA/DK
uw kenmerk
cc
bijlage(n)
onderwerp Advies concept-wetsvoorstel Wet herstel balans flexibele en
vaste arbeidsovereenkomsten

Geachte heer Koolmees,

Bij brief van 27 maart jl, kenmerk 2018-0000060056, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake het concept-wetsvoorstel Wet herstel balans flexibele en vaste arbeidsovereenkomsten (het 'wetsvoorstel').

Het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel stelt zowel wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek als in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs voor. Het kent verschillende elementen, waaronder wijzigingen in het ontslagrecht, inzake het recht op een transitievergoeding, de ketenregeling voor tijdelijke contracten, bepalingen over oproepkrachten en de arbeidsvoorwaarden die bij 'payrolling' van toepassing zijn.

Een van de in het oog springende maatregelen is de zogenaamde cumulatiegrond als een aparte wettelijke grond voor ontslag. Het gaat daarbij om situaties waarin op basis van elk van de afzonderlijke ontslaggronden onvoldoende grond is voor ontslag, maar waar ontslag redelijkerwijs wel aan de orde is op basis van een cumulatie van omstandigheden uit de verschillende gronden. Deze grond wordt ook



Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 2 van 12

wel de 'i-grond' (impassegrond) genoemd. De rechter kan bij toepasselijkheid van deze ontslaggrond een extra vergoeding aan de werknemer toekennen.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

1. Algemeen

Het wetsvoorstel voorziet in de invoering van een cumulatiegrond als grond voor ontslag, ook wel de 'i-grond' genoemd. Deze bepaling zal de rechter meer armslag geven en deze ruimte zal hij naar verwachting ook benutten. De Raad juicht deze ontwikkeling toe.

Dat de invoering van de i-grond gepaard gaat met de mogelijkheid een extra vergoeding toe te kennen is begrijpelijk, al wordt hiermee enigszins afbreuk gedaan aan het streven van de oorspronkelijke Wwz naar een zo simpel mogelijk vergoedingsstelsel. Gebleken is dat de rechter met het huidige Wwz-regime wel erg weinig bewegingsruimte heeft. Het wetsvoorstel biedt daarvoor in zekere zin een oplossing.

In dit advies wordt per artikel een aantal inhoudelijke opmerkingen gemaakt. Technische en redactionele opmerkingen zijn opgenomen in de bijlage.

2. Oproepcontracten en permanente beschikbaarheid

Artikel 7: 628a BW

1. De minimale oproeptermijn (behoudens andere regeling in de cao) en de 'vastklikregeling' (zie het voorgestelde vijfde lid) gelden voor werknemers met een:
 - nulurencontract
 - min-maxcontract
 - uitzendovereenkomst waarbij de loondoorbetalingsplicht is uitgesloten.

In de Memorie van Toelichting wordt met betrekking tot de vastklikregeling slechts verwezen naar werknemers met een nulurencontract of een min-maxcontract. Het is wenselijk te verduidelijken op wie, in geval van een uitzendovereenkomst, de verplichting rust een aanbod te doen waarmee de arbeidsomvang wordt vastgeklemd (inlener of uitzendbureau) en tot wie de werknemer de loonaanspraken van lid 7 kan richten als die verplichting niet wordt nagekomen. Dat laatste geldt ook voor de loonaanspraak op basis van lid 3.

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechterlijke zaken zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 3 van 12

2. De MvT vermeldt dat art. 7:628a niet geldt bij een voorovereenkomst. Werkgevers kunnen dit interpreteren als dat zij via een dergelijke constructie een 'vluchtroute' hebben. De Raad adviseert daarom in de MvT op te merken dat in geval van een voorovereenkomst al snel sprake is van een keten van arbeidsovereenkomsten, die leidt tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
3. De inhoud van de oproep in lid 2 heeft een bewijsfunctie voor de werknemer. Het is daarom wenselijk dat in de MvT wordt opgenomen welke eisen aan de mededeling door de werkgever worden gesteld. Naar de mening van de Raad kan de werkgever niet volstaan met een schriftelijk bericht of een WhatsApp bericht dat het rooster ergens is opgehangen, maar moet uit een bericht aan de werknemer zelf blijken wanneer hij kan werken.
4. Wat het gevolg is van intrekking van een oproep binnen de termijn van lid 3 (of de kortere termijn van lid 4) is helder. Op hoeveel uur loon de werknemer recht heeft als de werkgever binnen de termijn van lid 3 de uren wil verschuiven vergt nadere toelichting in de MvT. Een voorbeeld: de oproep gold voor maandag van 9 tot 13 uur, maar de werkgever wenst dit te wijzigen in (variant a) van 10 tot 14 uur of (variant b) van 13.30 tot 17.30 en de werknemer neemt dit voorstel aan. Heeft de werknemer in variant a recht op 5 uur loon en in variant b op 8 uur?
5. Ten aanzien van de vastklikregeling van lid 5 rijst de vraag of bij de bepaling van de gemiddelde omvang van de arbeid alleen de daadwerkelijk gewerkte uren meetellen, of ook de ingetrokken uren waarover ingevolge lid 3 loon betaald moet worden. Uit de korte weergave van de vastklikregeling in de MvT lijkt te volgen dat het alleen om daadwerkelijk gewerkte uren gaat.
6. Ingevolge lid 6 blijft een eerder vastklikaanbod in een geëindigde arbeidsovereenkomst van kracht bij een volgende overeenkomst binnen zes maanden. De MvT gaat ervan uit dat die volgende overeenkomst ook een oproepovereenkomst is. De bedoeling van de regeling is echter om de druk van permanente beschikbaarheid weg te nemen of althans te mitigeren. De werkgever zou dus een arbeidsovereenkomst met vaste omvang, en geen oproepovereenkomst, moeten aanbieden.

Stel dat het aanbod had moeten zijn: een vaste omvang van 20 uur per week, maar het aangeboden tweede contract is een contract met de vaste omvang van 16 uur per week. Brengt lid 6 dan mee dat de werknemer hiermee kan instemmen en meteen daarna zijn aanspraak op een verhoging tot 20 uur geldend kan maken?
7. In de MvT staat dat de voorgestelde vastklikregeling een nadere invulling is van het wettelijk rechtsvermoeden van 7:610b, maar met een verschuiving van de verantwoordelijkheid naar de werkgever en rekening houdend met het 'doenvermogen' van de oproepkracht.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 4 van 12

Omdat de vraag naar de verhouding van art. 7:628a ten opzichte van art. 7:610b een voor de hand liggende is, verdient het aanbeveling deze toelichting een duidelijker plaats te geven. Daarbij kan dan ook worden aangegeven dat de werknemer nog steeds een beroep kan doen op art. 7:610b (mits aan de aldaar geldende criteria is voldaan) indien niet voldaan is aan de criteria van art. 7:628a (waaronder het gedurende minimaal 12 maanden werken).

8. In de MvT (noot 45) is vermeld dat ten aanzien van het vaststellen van het rechtsvermoeden zoals bepaald in art. 7:610b BW de wetgever een andere uitkomst voor ogen stond dan door enkele rechters is toegepast. Het is wenselijk dat in de MvT tot uitdrukking wordt gebracht wat de wetgever ten aanzien van genoemd rechtsvermoeden dan precies voor ogen stond. De Raad is van mening dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen een min-max-contract met een betrekkelijk geringe bandbreedte én de situatie dat die bandbreedte heel groot is. In het eerste geval er geen of weinig bezwaar tegen de juridische omvang van de arbeidsovereenkomst te koppelen aan de ondergrens van de bandbreedte, in het tweede geval is het koppelen van de ondergrens aan het rechtsvermoeden wel onwenselijk.
9. De voorgestelde regeling is bedoeld om werknemers met een langdurige onzekerheid over inkomen en arbeidsduur tegemoet te komen en heeft betrekking op werknemers van wie de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgelegd. Zij kunnen het gevoel krijgen permanent beschikbaar te moeten zijn. De vraag dient zich aan of werknemers van wie de omvang van de arbeid wel duidelijk is vastgelegd, maar de tijdstippen waarop dient te worden gewerkt niet eenduidig zijn bepaald, niet dezelfde onzekerheid en hetzelfde gevoel van permanente beschikbaarheid kunnen ervaren. Als dat zo is, zouden zij aan een vergelijkbare beschermende bepaling behoefte kunnen hebben. Weliswaar biedt artikel 4:2 lid 3 Arbeidstijdenwet enig soelaas waar het voorziet in de minimale termijn waarop de werkgever het tijdstip van werken kenbaar moet maken, maar deze regeling is van regelend recht. De Raad adviseert daarom te bezien of ook de categorie werknemers van wie het tijdstip van de verrichten arbeid niet eenduidig is bepaald onder de reikwijdte van de bepaling dient te worden gebracht.

3. Mogelijkheid van een langere proeftijd

Artikel 7:652 BW

1. De Raad vraagt zich af voor welk probleem dit artikel een oplossing is. Voor zover bekend wordt vanuit de markt niet verzocht om een langere proeftijd dan de huidige.
2. Bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan een proeftijd van 5 maanden worden overeengekomen. Dat maakt het gemakkelijk misbruik te maken van de bepaling: een werkgever die zeker weet iemand voor minder dan 5 maanden nodig te hebben kan een vast contract geven met een proeftijd van maximaal 5 maanden. De arbeidsovereenkomst kan dan



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 5 van 12

gedurende die periode op ieder moment, en zonder inachtneming van een opzegtermijn, worden beëindigd.

Het risico van misbruik wordt blijkens de MvT onderkend maar de in artikel 7:653 BW geboden oplossing ziet alleen op het vervallen van een concurrentiebeding. Hiermee wordt echter niet voorkomen dat een proeftijdbeding wordt opgenomen in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd waarvan de werkgever (zo goed als zeker) weet dat die arbeidsovereenkomst niet langer zal duren dan 5 maanden.

Aan dit risico zou kunnen worden tegemoet gekomen door in de MvT te bepalen, zoals nu in de jurisprudentie ook al wel eens is beslist, dat als misbruik wordt gemaakt van het proeftijdbeding, dit in strijd is met het goed werkgeverschap, en tot aansprakelijkheid van de werkgever kan leiden.²

3. In de situatie van lid 5 (zelfde werkgever, maar andere functie, die duidelijke andere vaardigheden vergt) is een bijzondere regeling van toepassing, namelijk dat slechts een kortere proeftijd dan de normaal geldende is toegestaan. Dit maakt de regeling met betrekking tot de proeftijd ingewikkeld en kan aanleiding geven tot meer procedures dan nu het geval is. De volgende vijf situaties kunnen zich voordoen:
 - a. Bij een tijdelijke arbeidsovereenkomst korter dan 6 maanden is geen proeftijd toegestaan;
 - b. Bij een tijdelijke arbeidsovereenkomst met een duur tussen 6 en 24 maanden is een proeftijd van 1 maand mogelijk;
 - c. Bij een tijdelijke arbeidsovereenkomst met een duur langer dan 24 maanden is een proeftijd van 3 maanden mogelijk;
 - d. Bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is een proeftijd van 5 maanden mogelijk;
 - e. Bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd betreft waarbij een nieuwe functie wordt vervuld die wezenlijk andere vaardigheden vergt, is een proeftijd van 2 maanden mogelijk.

4. Concurrentiebeding

Artikel 7:653 BW

Indien de werkgever gebruik maakt van het proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, en de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wordt opgezegd, kunnen geen rechten worden ontleend aan een overeengekomen concurrentiebeding, tenzij aan werkgeverszijde

² Hoge Raad 13 januari 1995, JAR 1995/35 (Cotfried/ISS); Hoge Raad 10 november 2000, JAR 2002/249 (Triple P/Tap); gerechtshof Den Bosch 2 maart 2004, JAR 2007/70 (Inter Planet); kantonrechter Amsterdam 10 januari 1996, Prg. 1997, 4689 (Van Lingen/Biekman); Pres. Rb. Dordrecht 5 februari 1987, KG 1987, 108 (Bonneur/Siva).



Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 6 van 12

sprake is van een zwaarwegend bedrijfsbelang. Als van dat laatste sprake is dient de werkgever dit aan de werknemer mede te delen.

Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is een concurrentiebeding alleen geldig bij een zwaarwegend bedrijfsbelang, indien dit bedrijfsbelang bij aanvang van de arbeidsovereenkomst, en onder opgave van redenen, is vastgelegd.

De vraag dient zich aan wanneer bij gebruikmaking van een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mededeling moet worden gedaan van het zwaarwegende bedrijfsbelang: bij aanvang van de arbeidsovereenkomst of bij het geven van het proeftijdontslag? Het verdient aanbeveling dat de MvT daarover duidelijkheid geeft. De Raad wijst erop dat als het de bedoeling is dat de mededeling wordt gedaan bij het geven van het proeftijdontslag, dit zou betekenen dat de werknemer slechter af is dan bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In die laatste situatie moet het zwaarwegend bedrijfsbelang immers reeds bij aanvang van het contract worden bepaald. Dit blijkt in de praktijk een zware opgave te zijn.

5. Verlenging maximum duur ketenregeling

Artikel 7: 668a BW

1. Voorgesteld wordt om de maximum duur van de ketenregeling te verlengen van twee naar drie jaar. Als argument daarvoor wordt genoemd dat het voor de werkgever noodzakelijk kan zijn gedurende drie jaar die flexibiliteit te behouden. Voor zover bekend is deze stellingname niet op onderzoek of evaluatie gebaseerd.
Met de Wet werk en zekerheid is een verkorting ingevoerd van de maximum duur van tijdelijke arbeidsovereenkomsten van drie naar twee jaar. Niet onderzocht is of deze verkorting het beoogde resultaat heeft gehad (nl het stimuleren dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan). De onderbouwing dat dit – kort gezegd – weer moet worden teruggedraaid is daarmee weinig overtuigend.
2. Kort gezegd houdt het in het wetsvoorstel voorgestelde overgangsrecht in, dat eerbiedigende werking wordt toegekend aan voor de invoering gepleegde rechtshandelingen. Met de wijziging van artikel 668a BW wordt een derde jaarcontract mogelijk, wat onder de Wwz niet kon. De rechtspraktijk is ermee gediend dat in de MvT concrete voorbeelden worden gegeven wanneer het oude recht wel en niet van toepassing is. Bijvoorbeeld: 1^e contract voor 6 maanden van 1 april 2018 tot 1 oktober 2018; 2^e contract voor 12 maanden van 1 oktober 2018 tot 1 oktober 2019, 3^e contract voor 12 maanden van 1 oktober 2019 tot 1 oktober 2020. Onder het oude recht zou dat 3^e contract per 1 april 2020 een vast contract worden. Vanaf 1 januari 2020 geldt echter al nieuw recht, en zou het 3^e contract van rechtswege aflopen, terwijl het 3^e contract onder het oude recht ‘fout’ was. Dat zou dan zonder gevolgen blijven. Is dit beoogd?



Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 7 van 12

6. Cumulatiegrond

Artikel 7:669 en artikel 7:671b

1. In de MvT wordt nogal stellig gezegd dat bedrijfseconomisch ontslag ‘naar zijn aard’ niet voor combinatie met een andere ontslaggrond in aanmerking komt, waar combinaties van andere gronden wel tot de mogelijkheden behoren. Het beeld dat hier wordt geschetst in voor de rechtspraak niet herkenbaar. Bij bedrijfseconomisch ontslag kunnen zich heel wel twijfelgevallen voordoen, bijvoorbeeld over de toepassing van het afspiegelingsbeginsel.
2. De Raad verwacht dat in de praktijk standaard (uiterst) subsidiair verzocht zal worden de overeenkomst op de i-grond te ontbinden. Ambtshalve toepassing van de i-grond door de rechter (zie MvT 3.2.3), zal dan ook niet snel aan de orde zijn. Het is ook de vraag of ambtshalve toepassing van de i-grond mogelijk is, nu toepassing van deze grond tot een ander rechtsgevolg leidt, namelijk een additionele vergoeding. Hier staat echter wel tegenover dat de werkgever in dat geval de mogelijkheid heeft om het verzoek in te trekken (artikel 7:686a lid 6 BW).
3. Onduidelijk is hoe de rechter de hoogte van de additionele vergoeding moet bepalen, en hoe de opmerkingen daarover in de MvT (paragraaf 3.2.4.) zich verhouden tot de uitspraak van de Hoge Raad in de New Hairstyle zaak³.
 - Volgens de MvT speelt de redelijkheid van het ontslag bij het bepalen van de hoogte van de additionele vergoeding geen rol. Bepalend is de mate waarin aan de omstandigheden uit de ontslaggronden c tot en met h is voldaan. Dus een flink (maar net niet genoeg) verstoorde arbeidsverhouding, met een vleugje disfunctioneren leidt tot een geringe extra vergoeding, terwijl een werknemer die zowel disfunctioneert en verwijtbaar heeft gehandeld en bovendien ook nog zorgt voor een verstoorde arbeidsverhouding (maar ieder van die gronden niet genoeg zijn om tot ontbinding over te kunnen gaan) wel een flinke extra vergoeding zou ontvangen.
 - Verder mogen de gevolgen van het ontslag ‘geen’ rol spelen bij het vaststellen van de extra vergoeding, omdat de gewone transitievergoeding daar al in voorziet. Bij de parlementaire behandeling van de WWZ is herhaaldelijk het verband gelegd tussen transitievergoeding en gevolgen ontslag om te onderstrepen dat de enkele gevolgen van het ontslag niet tot ernstige verwijtbaarheid werkgever (en dus billijke vergoeding) kunnen leiden. Maar als de hobbel van de ernstige verwijtbaarheid eenmaal is genomen, kunnen die gevolgen nu juist wel een rol spelen volgens de Hoge Raad in de New Hairstyle zaak.

De Raad is dan ook van mening dat in de MvT tot uitdrukking zou moeten worden gebracht dat bij toepassing van de i-grond alle omstandigheden van het geval een rol moeten kunnen spelen bij de vaststelling van de hoogte van de additionele vergoeding, en dus ook de gevolgen van het ontslag.

³ HR 30 juni 2017, ECLI:NL: HR:2017:1186



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 8 van 12

7. Pro rata berekening transitievergoeding

Artikel 7:673 BW

De transitievergoeding zal helemaal pro rata worden berekend. Dat is een forse afwijking met het verleden, want reeds de Aanbeveling van de Kring van Kantonrechters uit 1996 werkte met ‘trapjes’ (hele dienstjaren). De Raad betwijfelt of dit werkbaar is en verwacht dat dit tot gerechtelijke procedures kan leiden.

Een volledige pro rata berekening is weliswaar mogelijk, zoals ook bij het berekenen van vakantietoeslag het geval is. Verschil met de berekening van vakantietoeslag is echter dat deze beperkt blijft tot een percentage van het loon over één jaar, terwijl het bij de transitievergoeding om een lang dienstverband kan gaan. De vraag dient zich aan of dan niet steeds met de deeltijdfactor rekening moet worden gehouden (en eventueel zelfs met het destijds geldende salaris). Dat lijkt onwerkbaar te zijn, zodat omwille van de praktische uitvoerbaarheid zal moeten worden uitgegaan van het laatstverdiende salaris. Die veralgemenisering zou op gespannen voet kunnen komen te staan met de nagestreefde ‘precisie’ van het helemaal pro rata toekennen van de transitievergoeding. Dat zou tot gerechtelijke procedures kunnen leiden.

8. Payrolling

Artikel 7:691, 692, 692a BW en artikel 8 en 8a Waadi

1. Werkgevers zoeken steeds naar manieren om flexibel met (goedkope) arbeid om te kunnen gaan en inlening is een veelgebruikte constructie. Inlening geschiedt op velerlei manieren, veelal gaat het om driehoeksverhoudingen. Daaronder is payrolling, maar ook bijvoorbeeld contracting, doorlening, detachering al dan niet in intra-concern verband. De uitzendovereenkomst is nu de enige driehoeksverhouding die apart is gedefinieerd in Boek 7 BW.

De Raad juicht het regelen van payrolling in het BW en het gelijkstellen van de arbeidsvoorwaarden via de Waadi toe. De definitie van payrolling in artikel 7: 692 is ontleend aan het Ontslagbesluit. De Raad vraagt zich af of de in art 7:692 gegeven definitie alle gedaanten waarin payrolling verschijnt bestrijkt, nu payrolling zich immers in vele gedaanten voordoet.

2. Wanneer een driehoeksverhouding voldoet aan de definitie van artikel 7:690 BW, is sprake van een uitzendovereenkomst met alle gevolgen van dien. In 2016 heeft de Hoge Raad⁴ beslist dat

⁴ Hoge Raad 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (STiPP of Care-4-Care).



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 9 van 12

payrolling onder de werking van artikel 7:690 valt en dat het verlichte regime van artikel 7: 691 van toepassing is/mag worden overeengekomen.⁵

Hoe de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7: 690 zich verhoudt tot de nieuwe definitie van payrolling in artikel 7:692, wordt uit de MvT niet geheel duidelijk. De MvT besteedt wel aandacht aan genoemde uitspraken van de Hoge Raad op dit gebied, maar een helder inzicht in hoe artikel 7:690 zich verhoudt tot het nieuwe artikel 7:692 ontbreekt. Het argument dat payrolling als mogelijkheid om de werkgever te ‘ontzorgen’ moet blijven bestaan en dus het payroll-bedrijf een formeel juridisch werkgeverschap moet kunnen vervullen, overtuigt in dit verband niet direct. Immers: ‘ontzorgen’ kan ook zonder het formele werkgeverschap over te nemen.

3. In de MvT wordt gesteld dat de traditionele allocatie functie - het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van arbeid - voor payrolling niet geldt. Omdat payrolling diverse verschijningsvormen kent, is dit niet altijd juist. Bovendien rijst dan de vraag of hiermee bedoeld is dat bij de uitzendovereenkomst die allocatiefunctie wel vereist is, terwijl dat in het STiPP-arrest door de Hoge Raad (zie noot 3) nou juist niet is aangenomen. Dit roept de vraag op of het STiPP-arrest nog steeds geldt voor artikel 7:690?
4. Het doel van de wettelijke regeling is dat het niet meer mogelijk is via payrolling te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Het payroll-bedrijf is verplicht de payroll-werknemers dezelfde arbeidsvoorwaarden te bieden als die in het ingeleende bedrijf gelden. Dit wordt geregeld via artikel 8 Waadi.
Een uitzondering is het pensioen. Het verdient aanbeveling er voor te zorgen dat de bedrijfstakpensioenregeling voor de uitzendovereenkomst⁶ dan wel geldt. Nu is deze aansluiting nog gebaseerd op de toepasselijkheid van artikel 7:690 BW voor payrollbedrijven, maar die toepasselijkheid komt met invoering van dit wetsvoorstel te vervallen.
De redenering voor het niet hoeven toepassen van dezelfde pensioenregeling als het inlenende bedrijf heeft, is dat aansluiting van payroll-werknemers bij het bedrijfstakpensioenfonds van het inlenende bedrijf tot administratieve lastenverzwaring leidt, terwijl er per opdracht van het payroll-bedrijf een ander pensioenfonds zou gelden. Deze redenering miskent echter dat payroll-bedrijven nu juist veelal speciaal voor één werkgever werven en selecteren (en langdurig inzetten) en dus niet dezelfde werknemer op meerdere projecten inzetten. Daarvoor is immers de uitzendovereenkomst bedoeld.
5. Payroll-werknemers worden uitgesloten van het verlicht regime van artikel 7:691, terwijl alleen bij ‘piek en ziek’ de loonuitsluiting van art 628 lid 5 gedurende 6 maanden mag plaatsvinden. De MvT geeft een uitgebreide toelichting, maar wat precies onder ‘piek en ziek’ moet worden verstaan wordt niet duidelijk. In de rechtspraak zal moeten worden uitgemaakt wanneer (nog)

⁵ Hoge Raad 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757 (Leerorkest).

⁶ Op grond van de uitspraak in voorgaande noten.



Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 10 van 12

sprake is van 'piek en ziek', en wanneer de grens wordt overschreden en misbruik van deze begrippen wordt gemaakt.

Werklast

Het is te verwachten dat het aantal arbeidszaken zal gaan toenemen om de volgende redenen:

- Indien werknemers het gebruik maken van een proeftijdbeding als misbruik van recht ervaren, zullen zij zich wellicht tot de rechter wenden (art. 7:652).
- Er zal sprake zijn van een toename van het aantal zaken in de eerste jaren na invoering, omdat de rechtspraak de grenzen van de 'i-grond' zal gaan opzoeken en zal aftasten hoe de additionele vergoeding wordt berekend (artt. 7:669 en 671b).
- Ook de ingewikkelde regeling met betrekking tot de proeftijd zal, zeker in de eerste jaren na invoering, aanleiding geven tot meer procedures dan nu het geval is (art. 7:652).
- De met de pro rata toekenning van de transitievergoeding nagestreefde precisie kan leiden tot extra procedures (art. 7: 673).
- In de rechtspraak zal moeten worden uitgemaakt wanneer bij payroll-werknemers (nog) sprake is van 'piek en ziek', en wanneer de grens wordt overschreden en misbruik van deze begrippen wordt gemaakt (art. 7:691).

Naar verwachting zal een belangrijk deel van de verwachte toename een tijdelijke zijn. Wanneer het recht en de praktijk zich hebben 'gezet' op basis van jurisprudentie, zal deze piek weer gaan afnemen. Ten aanzien van specifiek de i-grond en de additionele vergoeding is op termijn zelfs een daling mogelijk, omdat de i-grond voor partijen meer schikkingsmogelijkheden biedt, zodat mogelijk minder zaken aan de (kanton) rechter voorgelegd worden.

Hoe lang de 'overgang' zal gaan duren en hoe hoog de piek zal gaan worden, valt niet goed te voorspellen.

In de begroting van de Rechtspraak zal, zodra inderdaad een piek zichtbaar is, deze volumeverhoging meegenomen worden in de verwachte te financieren productie.

Conclusie

De Raad onderkent het belang van het wetsvoorstel, en geeft u in overweging om het wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken dan wel aan te passen.

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt



Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 11 van 12

over de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het Staatsblad. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. F.C. Bakker
Voorzitter Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE

Technische/redactionele opmerkingen:

Artikel 7: 628a:

- De wettekst begint met de vermelding dat het tweede lid zal worden vernummerd tot het achtste lid. Er wordt evenwel een nieuwe tekst voor lid 8 voorgesteld.
- Pag. 55 MvT, 4^e alinea eerste regel: 'werknemer' moet zijn: 'werkgever'.
- In art. 7:628a, maar bijvoorbeeld ook in het voorgestelde art. 7:653 lid 5 of het bestaande art. 7:655, staat 'schriftelijk of elektronisch'. Op andere plaatsen in titel 7.10 staat alleen 'schriftelijk', bijvoorbeeld in art. 7:668 lid 1. Is er een reden voor dit verschil? Anders geformuleerd: kan worden volstaan met één bepaling in het BW of in titel 7.10 waarin een elektronische mededeling gelijk wordt gesteld met een schriftelijke? Als dat niet zo is verdient het uitleg waarom de mogelijkheid van elektronische mededeling op genoemde plaatsen wel voorkomt en op andere niet.
- Wat wordt bedoeld met de opmerking in de MvT onder 2.3.2 dat een aanzienlijk deel van oproepkrachten 'niet economisch zelfstandig' is?
- Geldt lid 6 ook wanneer de opvolgende arbeidsovereenkomst wordt aangeboden door een werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van de vorige werkgever te zijn?

Artikel 7:673 BW

- Voor wat betreft de rekenvoorbeelden (paragraaf 3.4.3.1.) verdient het aanbeveling te vermelden dat de genoemde maandsalarissen inclusief vakantietoeslagen etc. zijn. Anders lijkt het net alsof de transitievergoeding over het kale maandsalaris berekend moet worden.



Raad voor de
rechtspraak

datum 7 juni 2018
kenmerk UIT 10999 STRA/DK
pagina 12 van 12

Artikel 6: 373 d

- Er wordt in de MvT een wijziging (verruiming) van art. 7:673 d aangekondigd. Gaat die wijziging eerder in dan 1 januari 2020? Dat betekent dan een wijziging voorafgaand aan de rest van de wet. Als dat niet zo is, en de bepaling per 1 januari 2020 maar met terugwerkende kracht wordt ingevoerd, dan is specifiek overgangsrecht noodzakelijk. Of is voorzien dat art. 7:673d langer blijft gelden?

Artikel 7:673 e BW

- De werkgever kan de betaalde transitievergoeding ook terugkrijgen wanneer de ontslagreden zijn eigen pensionering is. Het begrip 'pensionering' is niet duidelijk. Moet dat de pensionering per de reguliere (AOW) pensioenleeftijd zijn of kan het een door de werkgever zelf gekozen moment betreffen? Worden er eisen aan het begrip pensionering gesteld? Als dat niet zo is kan dat tot uitlegkwesties leiden.
- De beoogde datum van inwerkingtreding van dit artikel is 1 januari 2020. Dat is ook de datum dat het overgangsrecht (art. 7:673a en 7:673d) komt te vervallen. Het direct vernummen van de wetsartikelen heeft wellicht de voorkeur. Anders krijg je straks de artikelen 7:673, 7:673b, 7:673c en 7:673^e, zonder a en d.
- In lid 2 staat dat het 'derde tot en met vijfde lid' worden vernummerd tot 'vijfde tot en met achtste lid'. Bedoeld zal zijn wordt vernummerd tot 'vijfde tot en met zevende lid'.
- In lid 3 wordt gesteld dat lid 1 van overeenkomstige toepassing is, in geval van ontslag met wederzijds goedvinden. Dat is niet helemaal zuiver geformuleerd, want lid 1 houdt in de aanhef in dat het moet gaan om een 'verschuldigde' transitievergoeding. Lid 3 zou dan hooguit kunnen bepalen dat lid 1 (behoudens de eis van verschuldigdheid van de transitievergoeding) van overeenkomstige toepassing is.



Bureau Raad voor de Rechtspraak

PostNL
Port Betaald
Port Payé
Pays-Bas

RX2CC #6611X0X#00#0000#



FRANKERING
GECONTROLEERD
R03.180607.004997

MINISTERIE VAN SZW
- 8 JUNI 2018
SCANPLAZA