

SER-advies 2021: een geslaagde onvoldoende voor het Sociaal Akkoord arbeidsmarkt

prof. mr. A.R. Houweling¹

1. Inleiding

Het einde van een academisch jaar (juni/juli) kenmerkt zich doorgaans door veel nakijkwerk van (herkansings)toetsen en scripties. Inmiddels is het goed gebruik bij vrijwel alle universiteiten dat een scriptie door twee beoordelaars wordt gelezen: de begeleider en de zogenoemde tweede lezer. Het doel van een tweede lezer is een meer objectieve waardering van het eindwerkstuk te borgen. De begeleider kan zowel in positieve als negatieve zin vanwege de begeleiding een bepaalde waardering voor het werk hebben, dat deels het resultaat is van de interactie tussen de begeleider en de student, dan louter het eindwerkstuk. Met name bij wat meer 'moeizame' trajecten, kan de euforie van de begeleider (en de student overigens ook) groot zijn dat er überhaupt een stuk met een kop en een staart tot stand is gekomen waardoor een zekere toerekening naar een voldoende op de loer ligt. De tweede lezer is er juist dan om te beoordelen of dit resultaat ook voldoet aan de eisen die aan een wetenschappelijk eindproduct worden gesteld. Ik beschouw mijzelf als zo'n tweede lezer die een zo goed als mogelijk objectieve waardering geeft van het 'Sociaal Akkoord 2021'. Mijn conclusie zal luiden: de kandidaat heeft bereikt wat hij wilde en is in die zin geslaagd met een onvoldoende voor het werkstuk.

Maar welk werkstuk beoordeel ik? Op 2 juni 2021 verscheen het ontwerp-middellange termijn advies 'Investeren in brede welvaart, publieke sectoren en toekomstig verdienvermogen'.² Het advies behelst in wezen een afspraak dat we gebruikelijk een sociaal akkoord noemen. Redenen waarom van een 'advies' en meer in het bijzonder een 'ontwerpadvis' moest worden gesproken, zullen

deels liggen in de gevoeligheid van de huidige regeringsformatie waarin 'dichtgetimmerde akkoorden' *not done* (meer) zijn.³ Laat staan als die akkoorden buiten de politiek – lees: in de polder – tot stand komen. De toevoeging 'ontwerp' was ongetwijfeld van belang omdat het ledenparlement van de FNV op 2 juni nog moest worden geraadpleegd. Daarvoor waren twee stemrondes nodig om uiteindelijk op woensdag 16 juni 'witte rook' te krijgen.⁴ Naar verluid is het SER-advies in de raadvergadering van 18 juni definitief vastgesteld.

Sociale akkoorden hebben in het arbeidsrecht altijd ten grondslag gelegen aan grote (stelsel)wijzigingen. De Wet flexibiliteit en zekerheid (1999) en de WWZ (2015) zijn beide het resultaat van een dergelijk akkoord. Sociaal akkoorden zijn dus serieus te nemen. De WAB (2020) was niet het resultaat van polderoverleg, maar een regeringsinitiatief. Wellicht was de WAB voor werkgevers- en werknemerspartijen juist nu reden wel regie (proberen) te pakken. Temeer omdat Nederland voor een groot aantal uitdagingen staat, waarvan post-corona-herstel er slechts één is. Telt men hierbij op dat zowel FNV als VNO-NCW kersverse voorzitters genoot, voor wie dit sociaal akkoord wellicht een van de eerste grote wapenfeiten was, dan begrijpt men de euforie van het moment dat het akkoord er is. Politiek gezien is het feit dat werkgevers- en werknemers met elkaar tot een 'understanding' zijn gekomen, ontzettend belangrijk. Dat werkgevers bereid zijn na te denken over 'flex minder flex' en werknemers bereid zijn na te denken over vergroting van interne flex, zal in de Haagse arena zonder meer worden beschouwd als een 'doorbraak'. In zoverre is het akkoord 'geslaagd'. Maar als we als 'tweede lezer' het werk beoordelen, dan verdient het zeker niet de hoofdprijs.

In deze bijdrage bespreek ik de voor de arbeidsrechtpraktijk belangrijkste hoofdpunten uit het SER-advies. Ik spiegel de voorstellen in dit SER-advies met

1. Ruben Houweling is hoogleraar arbeidsrecht verbonden aan Erasmus School of Law.

2. Ontwerpadvis Sociaal-economisch beleid 2021-2025, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (SER-advies 21/08 van juni 2021 aan het nieuwe kabinet), Den Haag: SER 2021. Hierna: SER-advies. Te raadplegen via www.ser.nl/nl/Publicaties/advies-sociaal-economisch-beleid-2021-2025.

3. www.trouw.nl/politiek/tjeenk-willink-wil-geen-dichtgetimmerd-regeerakkoord-dat-blokkeert-het-politieke-debat-ba2d1f90/.

4. A. Heerekop, 'FNV-Ledenparlement stemt in met SER-advies arbeidsmarkt', FNV 16 juni 2021.

onder meer de voorstellen zoals gedaan door de commissie Borstlap en het Wetboek van Werk.⁵ Ik vang aan met een algehele beoordeling van het werk (wat staat erin, hoe is het advies opgebouwd, wat valt op?) (par. 2). Daarna bespreek ik puntsgewijs de belangrijkste onderdelen uit de bijlagen bij het sociaal akkoord die zien op het arbeidsrecht (par. 3). De eindwaardering komt aan het slot in de vorm van een conclusie (par. 4).

2. Algehele impressie: onevenwichtigheid en nog niet af

Het SER-advies bestaat in feite uit vijf pagina's (p. 9-13). In die vijf pagina's worden de drie centrale thema's benoemd: (1) Arbeidsmarkt, inkomensbeleid en gelijke kansen, (2) Investeren in brede welvaart, publieke sector en toekomstig verdienvermogen en (3) budgettair beleid. Het is goed te realiseren dat het SER-advies veel meer omvat dan een aantal voorstellen op het terrein van 'flex-minder-flex' en 'vast wendbaarder'. Het advies besteedt aandacht aan scholing, alternatieven voor de toeslagensystematiek, doet voorstellen voor institutionele (stelsel)wijzigingen en wijst in het bijzonder op de uitdagingen waar Nederland voor staat. Naast herstel van de Covid-19-pandemie, moet dan worden gedacht aan de duurzaamheidstransitie, de robotiserings- en digitaliseringstransitie, de woningnood en inclusie. Maar ook zaken als immigratie, mensenhandel en vluchtelingen komen aan bod.⁶

Wat als lezer opvalt, is het grote verschil in abstractieniveau en formulering van de verschillende onderdelen van het rapport. De zogenoemde bijlagen (b)lijken door verschillende auteurs te zijn geschreven en ingebracht. Zo kenmerkt het onderdeel 'arbeidsmarkt' zich door (grotendeels) zeer gedetailleerde voorstellen (afschaffing doorbrekingstermijn ketenregeling, bijvoorbeeld), terwijl men bij andere thema's een heel andere opzet en schrijfstijl aantreft. Zinnen als 'werk aan opwaartse convergentie als onderdeel van het Europese herstelbeleid met de pijler van sociale rechten als kompas'⁷, 'Werk gericht toe naar een effectieve toerusting van het ambtelijk apparaat (nationaal en regionaal) in verband met de noodzakelijke regie, coördinatie en sturing van de samenhangende duurzaamheidsopgaven.'⁸, en 'Beleid gericht op brede welvaartsgroei vraagt om een samenhangende beleidsmix waarbij niet alleen publieke middelen een rol spelen; ook wet- en regelgeving en fiscale prikkels zijn hierbij van belang (bijvoorbeeld bij de energietransitie).'⁹, daarvan is

het stuk doorspekt. Voor de ingewijde beleidsambtenaar ongetwijfeld klare taal, voor de eenvoudige jurist betekenisloze kretologie.

Daarbij moet de lezer met een focus op 'arbeidsrecht' niet denken dat alles wat de 'werknemer' raakt enkel onder kopje "1" staat. Zo treffen we onder het thema 'Brede welvaart' ("2"), subkopje 'Doorgroei MKB' een passage aan over wat wij noemen 'de doorstartpraktijk': 'Stoppen en herstarten van bedrijven vergemakkelijken. Om de ingrijpende gevolgen voor ondernemers te beperken, is een zachte landing nodig bij het stopzetten van bedrijven die hard zijn geraakt door de coronacrisis, en ondanks de steun niet kunnen overleven. Soepele terugbetalingsvoorwaarden van belastingen kan voor veel bedrijven soelaas bieden. *Bijzondere aandacht is nodig voor de werknemers die door de 'zachte landing' hun baan (dreigen te) verliezen.*' (cursivering ARH)¹⁰

Bovendien wordt op onderdelen verwezen naar nadere uitwerkingen in adviezen die nog moeten verschijnen.¹¹ Dat lijkt soms op een student die je een half-af hoofdstuk stuurt waarvan je op kernonderdelen een lege paragraaf treft met de opmerking 'dit moet ik nog uitwerken'.

Kortom, het advies is slecht gestructureerd. Het vertoont geen (doordachte) samenhang en kent verschillende abstractieniveaus. Het advies lijkt eerder een waslijst aan interessante gedachten en ideeën, dan een scherpe samenhangende visie op hoe bepaalde zaken tussen nu en 2030 moeten worden aangepakt. Bovendien ontbreekt voor alle adviezen een deugdelijke onderbouwing. In feite lees je enkel eindconclusies en wordt maar spaarzaam verwezen naar bronnen waaruit de stellige conclusie zou moeten blijken. Het lijkt haastwerk, waarbij iedereen op enig moment zijn/haar toevoeging mocht doen, zonder een strakke eindredactie. Het stuk is verre van af en probeert verschillende grootheden samen te persen, waar dat onmogelijk kan. De totaalimpressie van het advies resulteert dan ook in een onvoldoende.

3. Reguleren van contracten (flex-minder-flex, vast wendbaarder, zpp deed niet mee)

Voor het arbeidsrecht zijn pagina's 18 tot en met 24 relevant. In deze zeven pagina's worden concrete voorstellen gedaan flex minder flex en het vaste contract aantrekkelijker te maken. Bovendien wordt specifieke regulering rondom zpp voorgesteld. De pagina's die daarna volgen gaan vooral in op een Leven Lang Ontwikkelen (LLO) en arbeidsuitvoeringsorganisaties, thema's die ook zeer relevant zijn voor de arbeidsmarkt en de positie van werkkenden, maar

5. Zie over Commissie Borstlap in relatie tot Wetboek van Werk ook: A.R. Houweling, Commissie Regulering van Werk (commissie Borstlap): iemand moet hardop zeggen wat we niet willen horen (maar stiekem allang wisten), ArA 2020-2 p. 3-25.

6. SER Advies p. 11-12.

7. SER Advies p. 33.

8. SER Advies p. 36.

9. SER Advies p. 39.

10. SER Advies, p. 37.

11. Een voorbeeld is de regeling van Maatschappelijk Verlof op p. 22 van het SER Advies.

minder vaak de aandacht van de arbeidsrechtjurist trekken. De goed in Borstlap en Wetboek van Werk ingewijde lezers zullen in deze passages zaken als 'Werkhub' en 'Werkapp' herkennen, zij het uiteraard onder andere terminologie. Ik concentreer me op de relevante zeven pagina's voor de arbeidsrechtjurist. Ik bespreek de verschillende voorstellen en voorzie die van commentaar.

3.1. Uitgangspunt: de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en verbod op 'cherry picking'

De SER neemt als uitgangspunt dat structureel werk in principe wordt georganiseerd met de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹² Dit uitgangspunt lijkt vrij logisch en vloeit onder meer voort uit de preambule van Richtlijn 1999/70/EG en lezen we nog steeds terug in HvJ-rechtspraak.¹³ Toch is het jammer dat op z'n minst niet een verklaring wordt gegeven waarom dit uitgangspunt nog steeds juist zou moeten zijn. Zou een uitgangspunt van 'duurzame arbeid' of 'arbeid niet als een product' niet veel meer van deze tijd zijn? In het Wetboek van Werk wordt als uitgangspunt genomen 'contractsvormvrije bescherming'.¹⁴ Dus ongeacht het type contract, komt een 'werker' (en dus niet per se een werknemer) bescherming toe en heeft deze werker plichten naar de werkverschaffer. Beiden hebben rechten en plichten jegens het collectief. Dit soort nieuwe concepten, waarmee je automatisch een meer weerbare en wendbare arbeidsmarkt (beleid) zou creëren, vinden geen gehoor bij de SER.¹⁵ Daar heb ik overigens ook wel begrip voor, als je met werkgevers- en werknemersorganisaties in het hier en nu tot 'werkbaar oplossingen' moet komen. Paradigmawisselingen passen niet in zo'n setting.

De raad waarschuwt dat het onderdeel 'reguleren van contracten' een samenhangend geheel is en men dus niet mag 'cherry picken', een aanpak die we herkennen van de commissie Borstlap. Bovendien wil men graag de nadere uitwerking via de STAR regelen (en daarmee zelf regie houden over de invulling ervan).¹⁶

3.2. Flex-minder-flex: bepaalde tijd, oproepkrachten en uitzending

Onder het kopje 'flex-minder-flex' wordt een aantal flexvormen behandeld, te weten: bepaalde tijd, oproepovereenkomsten en uitzending. De zzp'er, een

flexer optimaforma, wordt door de SER afzonderlijk besproken. Ik volg de indeling van de SER.

■ *Tijdelijke contracten:* er mogen drie tijdelijke contracten worden aangegaan gedurende maximaal 3 jaar. Permanente tijdelijkheid van werk bij dezelfde werkgever is niet meer mogelijk doordat de onderbrekingstermijn wettelijk komt te vervallen, behalve een onderbrekingstermijn voor scholieren en studenten van 6 maanden en een onderbrekingstermijn voor seizoensarbeid van 3 maanden. De uitzonderingen leggen we wettelijk vast, zonder afwijkmogelijkheden bij cao.

De ketenregeling blijft staan op drie jaar waarbinnen maximaal drie tijdelijke contracten mogen worden gesloten. Oftewel, de huidige hoofdregel van de ketenregeling (artikel 7:668a lid 1 BW). Verrassend veel minder flex is dit dus niet. Bekijkt men het advies vanuit het perspectief van de voorstellen van de commissie Borstlap, dan wordt flex juist flexer. In het voorstel van de commissie Borstlap werd de ketenregeling van drie jaar teruggebracht naar (weer) twee jaar.¹⁷

Nieuw is het voorstel om de doorbrekingstermijn van zes maanden tussen dezelfde partijen te schrappen. De gedachte is dat werknemers niet zes maanden naar huis worden gestuurd om daarna weer bij dezelfde werkgever aan de slag te gaan onderaan de keten, maar voortaan een vast contract krijgen. In een voetnoot wordt vermeld dat er wel een 'administratieve vervaltermijn' komt om te voorkomen dat iemand na 20 jaar dienstverband elders een kort tijd terugkeert bij een voormalige werkgever en gelijk een vast contract geniet. Uitzonderingen op deze regel vormen scholieren en studenten en seizoenswerkers.¹⁸ De uitzonderingen worden wettelijk vastgelegd en er kan bij cao niet van worden afgeweken.

De vraag rijst voor welk probleem dit een oplossing vormt (uitzending daargelaten). Volgens mij is met de invoering van een zes maanden doorbrekingstermijn voorzien in een passend antwoord op de zogenoemde 'klapdeur-constructie': aan het einde van de keten een werknemer drie maanden naar huis sturen met een basis WW-uitkering om daarna weer terug te keren.¹⁹ Zeker als de cao-uitsluiting van opvolgend werkgeverschap (artikel 7:668a lid 6 BW) mogelijk blijft, zal in sommige sectoren de klapdeurwerknemer een draaideurwerknemer worden.

12. SER Advies p. 17.

13. HvJ EU 3 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:439 r.o. 58; HvJ EU 22 november 2005, ECLI:EU:C:2005:709, r.o. 41.

14. A.R. Houweling c.s., VAAN-VvA Expertgroep. Wetboek van Werk 2025, p. 8-9.

15. Het op 31 mei 2021 gepresenteerde Sociaal Akkoord van ONL, AVV en VZN kiest op onderdelen wel voor een ruimer – contractsvormvrije – bescherming van werkers.

16. SER Advies, p. 17.

17. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), 23 januari 2020, p. 67.

18. De huidige wettelijke definitie van seizoensarbeid wordt hierbij gehandhaafd: functies die gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend en niet aansluitend door jaar dezelfde werknemer kunnen worden uitgeoefend gedurende een periode van meer dan negen maanden per jaar.

19. Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504 (*Simpson/Greenpeace*).

Wat veel ingrijpender zou zijn geweest, is als men de tweede volzin als volgt had geformuleerd: 'Permanente tijdelijkheid van werk bij dezelfde werkgever is niet meer mogelijk'. Oftewel, indien het werk permanent is, dan mag de arbeider van dat werk niet tijdelijk zijn. Clausule 5 van Richtlijn 1999/70/EG zou een dergelijke vorm van 'anti-misbruik' toestaan. Door vast te houden aan de 3x3-regel, staat men toe dat flex voor flex wordt ingevuld. Recente Hof van Justitie EU-rechtspraak leert ons dat indien een lidstaat dergelijke maatregelen heeft getroffen, de werknemer vrijwel kansloos is met de stelling dat 'objectieve redenen' voor het aangaan van een tijdelijke arbeidsovereenkomst ontbreken'.²⁰

Wat ook opvalt is het gebrek aan vertrouwen in de vakbonden. Immers, ook bij cao mag niet worden afgeweken van de hoofdregel. De cao-ervaringen met de Wet flexibiliteit en zekerheid waren kennelijk niet positief. Mogelijk om deze redenen durfde men het ook niet aan 'objectieve redenen' in de wet te benoemen (die dan bij cao konden worden ingekleurd). Het uitdrukkelijk benoemen dat van de uitzonderingen niet nader bij cao kan worden afgeweken, roept de vraag op of andere bestaande afwijkingen wel mogelijk blijven. Is verruiming van de ketenregeling bij cao nog wel mogelijk (lid 5)? Het lijkt erop dat dit antwoord ontkennend moet luiden. En hoe zit dat met alle andere WWZ- en WAB-uitzonderingen, zoals 'vervangingspersoneel in een onderwijsinstelling' (lid 15)? Ik zou het van harte toejuichen als de ketenregeling weer wordt teruggebracht in een eenvoudige hoofdregel met een paar uitzonderingen (maar geen 15 stuks).

Ten slotte valt de uitzondering van scholieren en studenten op. Wie zijn dat? Onder het kopje 'oproepcontracten' staat 'scholieren en studenten (die als hoofdactiviteit hun opleiding of studie hebben)'. Ik ga er gemakshalve maar vanuit dat deze twee groepen 'scholieren en studenten' dezelfde zijn en dus een hoofdactiviteit in een opleiding of studie moeten hebben.

■ *Oproepcontracten*: Oproep- (inclusief nuluren-)contracten worden afgeschaft en 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. In beginsel geldt zoals nu het gemiddeld aantal uren waarover loon is betaald in een kwartaal als basis voor de opvolgende kwartaalurennorm (rechtsvermoeden arbeidsomvang). 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.

Met ingang van 1 januari 2020 is de oproepovereenkomst wettelijk vormgegeven in artikel 7:628a lid 9 BW. Aan deze oproepovereenkomst kleven allerlei wettelijke verplichtingen (minimale oproeptermijn, loongarantie, rechtsplicht jaaraanbod gemiddeld aantal gewerkte uren). Kennelijk moet die hele regeling worden afgeschaft en vervangen door een 'kwartaalurennormcontract'. Dit lijkt eerder winst te zijn voor werkgevers dan voor werknemers. Door per kwartaal een 'urennorm' te hanteren, krijgen werkgever juist weer enorme flexibiliteit zonder alle administratieve lasten en beperkingen die de WAB hen per 1 januari 2020 heeft opgelegd om dit soort contracten te ontmoedigen.²¹

Natuurlijk is het goed dat een werknemer zekerheid krijgt over het inkomen in een kwartaal, maar het probleem voor oproepkrachten ligt naast onzekerheid over inkomen, ook en vooral in de onzekerheid over beschikbaarheid. Hoeveel arbeidsovereenkomsten kan ik naast mijn huidige oproepcontract aangaan? Het antwoord daarop is 'de evenwichtige verhouding tussen minimumaantal uren en beschikbaarheid'. Dat klinkt prachtig, maar is nog niet zo makkelijk vorm te geven in een wettelijke regeling, anders dan een open norm waarin is bepaald dat de beschikbaarheid zich redelijkerwijs verhoudt tot het minimumaantal uren. Wat uiteraard wel denkbaar is, is dat het huidige tweede lid van artikel 7:628 a BW blijft gelden: minimaal vier dagen voor aanvang werk oproepen. Maar dat zegt nog niets over het 'evenwicht'. Moet ik als werknemer met 200 uur per kwartaal gegarandeerd werk, mij 200, 400 of 600 uur beschikbaar houden? En, krijg ik wel een evenredig deel van die 200 uur per maand aan loon uitbetaald? Indien dat het geval is, is dan om strijdigheid met artikel 11 WML te voorkomen, een cao-grondslag nodig om in een bepaalde maand meer uren dan verloning te werken?

Het feit dat scholieren en studenten zijn uitgezonderd, lijkt erop te duiden dat bepaalde sectoren de oude draad weer kunnen oppakken, dan wel dat een passend alternatief voor de zelfstandige maaltijdbezorger de permanente oproepkracht blijkt (zonder inkomensgarantie). Nu de scholieren en studenten ook van de ketenregelingsuitzondering waren uitgezonderd, lijkt een nieuwe subgroep bijzondere arbeidsverhoudingen zich te manifesteren: 'de scholier en student'. Redenen waarom die groep een arbeidsrecht light moeten verdienen, is onduidelijk. Natuurlijk kunnen we ernaar raden, maar argumenten ontbreken. Bovendien moet worden bedacht dat bij een levenlangleren iedereen straks student is. Maar dat is flauw (en bovendien zal dat niet steeds als hoofdactiviteit gelden). Serieuzer is het bezwaar dat studenten en scholieren wellicht een alternatief zullen vormen voor andere werkers en daarmee een

21. Zie over de huidige regeling: A. Olsthoorn & D. Schuurman, 'De oproepkracht: alle onzekerheid verdwenen?', TAP 2020, afl. 6, p. 11-20.

20. HvJ EU 3 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:438.

zeker verdringingseffect op de arbeidsmarkt teweeg kunnen brengen.

Ook lijkt de 'harde regel' van artikel 7:628a lid 5 jo. lid 8 BW te vervallen. Er wordt verwezen naar het rechtsvermoeden (van artikel 7:610b BW). Daarmee lijken we eerder terug in de jaren '90 te zijn, dan op de ingezette terugdringen van flex voort te borduren.

- **Uitzendarbeid:** De SER hecht veel waarde aan de allocatie- en opstapfunctie 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. Daarom:
 - Certificering
 - Fase A: maximaal 52 weken uitzendbeding, onbepakt tijdelijke contracten en loonuitsluiting
 - Fase B: gedurende twee jaar maximaal zes tijdelijke contracten
 - Van gelijkwaardige beloning naar gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden
 - Marktconformpensioenen voor uitzendsector

Uitzendwerk wordt onder (streng) certificering gebracht. Dat was vroeger ook zo. Het vergunningstelsel van destijds lijkt terug te keren. Overigens is hier aanleiding toe, zoals uit het rapport Roemer blijkt.²² Essentieel is natuurlijk de handhaving. Het roept ook de vraag op of de paritaire handhaving (SNCU) wel voldoende effectief is en of andersoortige handhaving wel in staat is de rotte appels uit de mand te halen.

Net als bij het onderwerp 'bepaalde tijd', lijkt bij de beperking van fase A en fase B door werkgevers winst te zijn geboekt ten opzichte van de voorstellen uit de commissie Borstlap. In die voorstellen werd uitzenden beperkt tot 'piek en ziek' met slechts de eerste 26 weken gebruik van het uitzendbeding en geen loonuitsluiting meer. Bij uitzending langer dan twee jaar bij dezelfde inlener trad de werknemer van rechtswege in dienst van die werkgever.²³ Vanuit het perspectief van het rapport Borstlap, hebben uitzendwerkgevers flink terrein (terug)gewonnen. Bezien vanuit het huidige speelveld, hebben werknemers winst geboekt door de 78 weken van fase A terug te brengen naar 52 weken. En fase B van vier jaar naar twee jaar teruggedrongen. Het is maar welk perspectief je hanteert om hier een winnaar en verliezer aan te wijzen.

Ook hier geldt dat de doorbrekingstermijn van zes maanden komt te vervallen, zodat uitzendbedingen en loondoorbetalingsverplichtingen niet kunnen worden omzeild. De uitzondering is wederom gemaakt voor studenten en scholieren.

Over de beloning lezen we het volgende terug. 'Uitzendwerk dient niet te worden gebruikt om arbeidskosten te verlagen of arbeidsrechtelijke risico's uit de weg te gaan. Dit kan worden bereikt wanneer uitzendwerknemers recht krijgen op ten minste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden als die welke gelden bij de inlener. Hiertoe dient artikel 8 WAADI te 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.'²⁴ De scherpe lezer ziet in de formulering een verschil met de huidige redactie van artikel 8a WAADI waarin is bepaald dat een payrollwerknemer recht heeft op ten minste *dezelfde* (en dus niet gelijkwaardige) arbeidsvoorwaarden (behoudens pensioenen). Ten aanzien van het pensioen van werknemers in de uitzendbranche wordt deels aangesloten bij hetgeen reeds is afgesproken in het kader van de Wet toekomst pensioenen (verval althans verkorting wachttermijn pensioenopbouw). Net als in het rapport Borstlap, wordt er door de SER geen nader onderscheid gemaakt tussen typen uitzending. Ook detachering (hoog en laag) lijkt onder de regeling van de SER te vallen. Dit betekent dat detacheerders hun personeel verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten zullen moeten aanbieden, afhankelijk van de inlener waar ze gedetacheerd worden. De winst ligt mogelijk in de 'ten minste gelijkwaardigheid'. Een goed betaalde gedetacheerde IT'er zal niet rouwig zijn dat hij niet 'dezelfde arbeidsvoorwaarden' van een inlener geniet.

Anders dan bij de commissie Borstlap lezen we niets terug over de 'aard' van uitzending, althans permanente uitzending bij dezelfde inlener blijft volgens dit SER-model mogelijk. Er ontstaat alleen geen concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Het voorstel van de commissie Borstlap om na enige periode de werknemer in vaste dienst te laten treden bij de inlener, past beter bij het doel van uitzending: de brugfunctie op de arbeidsmarkt (allocatie) en piek en ziek. In 2020 oordeelde het Hof van Justitie EU nog dat het toestaan van permanente uitzending zonder een vast contract met de inlener in strijd is met artikel 5 Uitzendrichtlijn.²⁵ De commissie Borstlap had hierop een passend antwoord, de SER (nog) niet.

22. Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten (2020) Geen tweederangsburgers. Aanbevelingen om misstanden bij arbeidsmigranten in Nederland tegen te gaan.

23. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), 23 januari 2020, p. 73.

24. SER Advies, p. 19.

25. HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823.

■ *Code verantwoord arbeidsmarktgedrag*: Deze code moet voor werkgevers, opdrachtgevers en werknemers bindend en handhaafbaar zijn. Verbonden aan de code komt er een Codekamer met een onafhankelijke voorzitter bij de Stichting of de SER. Met de Code willen partijen o.a. bij uitbesteding, allocatie van werk en andere vormen van driehoeksrelaties aandacht voor prijs én kwaliteit van arbeid in brede zin, met inbegrip van het sociaal beleid. Uiteindelijk moet dit leiden tot verbetering van de arbeidsverhoudingen, een hechtere relatie tussen opdrachtgevers, leveranciers en werknemers én tot een grotere tevredenheid over de kwaliteit van het werk.

Op pagina 20, na behandeling van uitzending, wordt ingegaan op contracting. Er worden goede en slechte vormen van contracting benoemd en de onmogelijkheid daar een passend antwoord op te formuleren in de zin van een wettelijke regeling. Wat wel wordt geïntroduceerd is een 'Code verantwoord arbeidsmarktgedrag'. De code moet bindend en handhaafbaar zijn. Of daarmee eenzelfde status wordt bereikt als de Code Tabaksblat, is de vraag. Ik lees de passage zo, dat men in de onderhandelingen tal van driehoeksrelaties identificeerde waar men nog geen passend antwoord op heeft. Die moeten waarschijnlijk met enige regelmaat in de 'Codekamer' besproken worden, met als gevolg dat hieruit adviezen voor nadere regelgeving kunnen volgen. Wat precies de toegevoegde waarde van zo'n codekamer is, is mij op voorhand niet duidelijk.

Dat brengt mij wel op een gemist punt: platformwerk. Het lijkt alsof platformarbeid bij de SER niet bestaat. Natuurlijk kan men onder verwijzing naar Hof Amsterdam in de Deliveroo-zaak²⁶ zeggen 'dat lost zich vanzelf op', maar een begin van een visie op de e-commerce en dus ook e-arbeid had toch wel mogen worden verwacht als de horizon 2030 is.

■ *Uitsluiting loondoorbetalingsverplichting (ULV)*: In het kader van de nieuwe afspraken ten aanzien van oproepcontracten is het noodzakelijk dat de ULV in haar huidige vorm komt te vervallen, 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.

Ten slotte wordt artikel 7:628 BW aangepast. De generieke loonuitsluitingsmogelijkheid van lid 5 komt te vervallen en voor het overige worden de uitzonderingen voor scholieren, studenten en uitzending opgenomen.

3.3. Duurzame arbeidsrelaties stimuleren

Voor zover het voorgaande past onder de noemer 'flex-minder-flex', dan verwacht men hierna 'vast-minder-vast'. Het opvallende aan het SER-advies is, dat men dat niet aantreft. Het rapport Borstlap stelde nog heel scherp: behoud van de preventieve toets, maar altijd ontslag bij 'in persoon gelegen redenen met vergoeding' en bij bedrijfseconomische redenen een 'eenzijdig arbeidsvoorwaarden wijzigingsrecht voor de werkgever'.²⁷ In het Wetboek van Werk werd gepleit voor het afschaffen van de preventieve toets, maar met een hoge WW-uitkering met activerende arbeidsbemiddeling. Hoe wordt de flex-minder-flex opgevangen in het vaste contract volgens de SER?

■ *Wendbaarheid*: naast actiever gebruik te maken van vormen van interne flexibiliteit, zoals zelfroosteren of de jaarurensystematiek, stelt de Raad voor het de onderneming mogelijk te maken eenzijdig de arbeidsduur (tijdelijk) voor alle werknemers met maximaal 20 procent te verlagen bij bedrijfseconomische omstandigheden die anders tot ontslag zouden hebben geleid. 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 is de werkgever verzekerd door een compensatieregeling van Rijksweg, 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. In overleg met de werknemers kunnen afspraken worden gemaakt over scholing en ontwikkeling tijdens de verkorting van de arbeidsduur.

Wat wordt hier voorgesteld? Laten we beginnen met de eerste zinsnede. Hoe vergroot je interne wendbaarheid? Door mensen zelf hun werk te laten roosteren. Ik vrees dat in veel gevallen het werk en de werker zich niet lenen om zelf in te roosteren. Ook de jaarurensystematiek klinkt aardig, maar zonder de zekerheid dat de werknemer er ook echt is als het nodig is, plus de werking van artikel 7:610b BW, zal in veel gevallen de wendbaarheid beperkt zijn. Ik ben dus niet zo onder de indruk van de eerste vormen van interne flex.

Het concrete voorstel van de SER dat na deze zinsnede volgt, begrijp ik niet. Bij bedrijfseconomische omstandigheden kan eenzijdig voor 20% de arbeidsduur (de ingewijde arbeidsrechtjurist herkent hier het percentage van de Kolom-beschikking natuurlijk²⁸) tijdelijk worden verlaagd. Niet duidelijk is of dit alleen kan voor de groep die anders met ontslag

26. Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.

27. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), 23 januari 2020, p. 65.

28. HR 19 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

wordt bedreigd of dat je 'alle werknemers' 20% naar huis moet sturen, ook al betreft het maar een klein groepje dat met bedrijfseconomisch ontslag wordt bedreigd. Ik vermoed dat het om de groep werknemers gaat die daadwerkelijk met ontslag worden bedreigd. Wat 'tijdelijk' inhoudt, is ook onduidelijk. Waarschijnlijk wordt gedacht aan perioden van drie maanden met een mogelijkheid van verlenging (gelijk aan de NOW).

Evenmin is duidelijk of de bedrijfseconomische redenen liggen in optimalisering van processen en winstmaximalisatie of noodweer van het bedrijf. Verburg stelde in zijn afscheidsrede voor deze regeling te koppelen aan die van surseance van betaling, als waarborg dat hier niet lichtzinnig gebruik van kan worden gemaakt.²⁹ Een dergelijke drempel lijkt op voorhand niet onverstandig, al zal dit het toepassingsbereik daarmee gelijk zo goed als nihil maken.

Maar de voorgestelde regeling wordt nog meer bijzonder als men leest dat de werkgever in beginsel 100% van het loon moet doorbetalen, maar 75% van de loonsom (75% over 20% arbeidsomvang vermindering) aan loonsubsidie ontvangt van het Rijk. De werknemer maakt geen aanspraak op WW, althans behoudt zijn WW-rechten. In feite wordt de huidige – als noodmaatregel ingevoerde – NOW-regeling als standaardregeling voorgesteld.³⁰ Dat je een noodmaatregel verheft tot een permanente wendbaarheidsregel, stuit op bezwaren. Niet in de laatste plaats vanuit Brussel. Is een dergelijke loonsubsidie-regeling niet een vorm van verboden staatsteun: als het niet lekker loopt, dan helpen wij je een beetje met loonsubsidie? De financiering van Rijkswege is daarbij ook opvallend te noemen. Bij de commissie Borstlap werd uitdrukkelijk gewaarschuwd dat er geen sprake moest zijn van deeltijd-WW, want dan zou het bedrijfseconomische risico afgewenteld worden op het collectief, hetgeen niet wenselijk werd geacht. Ik zie niet goed in hoe een dergelijk stelsel gefinancierd kan en mag worden.

De scherpe lezer ziet nog staan dat op decentraal niveau (lees: bij cao) andere afspraken kunnen worden gemaakt over de loondoorbetalingsplicht. Het kan dus zo zijn dat het loonrisico toch bij de werknemer komt te liggen. Ik neem aan dat het dan gaat om de resterende 25% loonrisicoverdeling die geheel of gedeeltelijk bij de werknemer kan worden gelegd. Ik wens partijen wijsheid met zo'n regeling. Zeker als die ook nog eens van tijdelijke aard is. Daar komt nog bij dat de loonrisicoverdeling nog best een complexe is. De regeling gaat uit van een arbeidsduurvermindering van maximaal 20%. Dus bij 40 uur werk heeft de werknemer te maken met 8 uur arbeidsduurvermindering. De werkgever moet evenwel 40 uur loon blijven doorbetalen. Maar als de arbeidsomvang tijdelijk 8 uur minder is, waarop is de

loonvordering van 40 uur gebaseerd? Dit kan anders worden gezien als we in feite bedoelen dat je met behoud van 40 uur arbeidsomvang, 8 uur werktijdverkorting krijgt (u mag 8 uur per week minder werken). In de nieuw vorm te geven loonrisicoverdeling kan dan een verrekening plaatsvinden gelijk aan artikel 7:628 lid 3 BW dat de werkgever het loon doorbetaalt, met verrekening van de 75% loonsubsidie. Op decentraal niveau kan dan van artikel 7:628a lid 1 BW onder deze specifieke omstandigheden worden afgeweken, waardoor een stukje loonrisico toch op het bordje van de werknemer komt. En als dat zo is, dan zou de werknemer mogelijk toch deels aanspraak hebben op een WW-uitkering. Al met al een vrij complexe regeling, om nog maar te zwijgen van de situatie dat achteraf de regeling verkeerd is toegepast. Heeft de werknemer dan alsnog recht op 100% loon?

En wat gebeurt er met de transitievergoeding? Naar de huidige spelregeling heeft een werknemer recht op een partiële transitievergoeding indien sprake is van een substantiële en structurele arbeidsduurvermindering. Van substantieel is sprake bij 20% of meer. Structureel houdt in dat het uitgangspunt 'blijvend' is. Bij een tijdelijke wendbaarheidswijziging, zal niet aan die tweede voorwaarde zijn voldaan. En wat als blijkt dat tijdens die wendbaarheidsperiode, toch ontslag moet volgen? Gaan we dan uit van de 100% arbeidsomvang of mogen we uitgaan van de situatie waarin de werknemer zich op dat moment bevindt, alleen verliest de werkgever de loonsubsidie (gelijk aan de NOW-regels nu)? En hoe compenseren we het 20% eerdere verlies? Door met terugwerkende kracht alsnog vast te stellen dat het tijdelijke karakter structureel is geworden? En wanneer vangt dan precies de vervaltermijn aan? Wil iemand dit überhaupt allemaal uitdenken en uittekenen voor bedrijven die op het puntje van omvallen staan? Het is een slecht doordachte regeling.

Hoewel de voorgestelde regeling veelal met het Borstlapvoorstel voor 'interne wendbaarheid' wordt vergeleken, lijkt hier toch echt van heel iets anders sprake te zijn. Het gaat niet zozeer om het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden, maar het vertrouwen dat als alles even tegenzit, de overheid bijspringt met behoud van personeel (en loon). Zou het wel om een deeltijdontslagregeling of eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden gaan, dan kunnen lessen worden getrokken uit het Duitse recht (Anderungskündigung).³¹ Wellicht dat een stapje voorwaarts ook zou kunnen zijn het schrappen van 'een schriftelijk beding' in artikel 7:613 BW. Daarmee zijn we in een keer af van de academische discussie over het verschil tussen wijzigen op grond van artikel 7:611 BW en 7:613 BW: er geldt dan een maatstaf voor alle vormen van wijzigingen. Als dan in de toelichting bij die wijziging iets wordt gezegd over de zwaarte van het 'zwaarwichtig belang', dan kan de

29. Afscheidsrede L.G. Verburg, Kwestie van perspectief, 18 juni 2021.

30. Zie hierover ook de bijdrage van Paul de Beer in dit nummer.

31. N. Gundt, Het wijzigingsrecht als koninklijke weg naar interne wendbaarheid, *TvO* 2020/2.

rechter daar prima mee uit de voeten.³² Tot besluit, en onder verwijzing naar Van Slooten, moet men zich goed realiseren dat het eenzijdig verlagen van (primaire) arbeidsvoorwaarden in de praktijk tot allerlei problemen leidt. Je kunt beter 20% personeel afschalen en met de resterende 80% de schouders eronder zetten, dan met 100% van het personeel 20% mindere arbeidsvoorwaarden afspreken maar wel 120% inzet verwachten.³³

- **Van ontslag naar van-werk-naar-werk:** Werkgever en werknemer kunnen met wederzijds goedvinden bij dreigend ontslag kiezen voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst met inbegrip van een van-werk-naar-werk-route. De transitievergoeding kan dan achterwege blijven. Indien het lukt om een werknemer vanuit een flexibel contract naar een contract voor onbepaalde tijd 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.

Als tweede lezer van een scriptie zou ik bij het vorige punt al bijna denken dat ik de begeleider maar eens moest bellen met de vraag waarom hij niet heeft ingegrepen in het schrijfproces. Dat heb ik bij het lezen van dit tweede voorstel helemaal. Een werkgever hoeft bij *beëindiging met wederzijds goedvinden* geen transitievergoeding te betalen als men kiest voor een van-werk-naar-werk-traject. Wat een onzinnigheid. Een werkgever hoeft sowieso geen transitievergoeding te betalen bij een beëindiging met wederzijds goedvinden. Of, bedoelt men hier eigenlijk te zeggen dat als je geen werk-naar-werk-traject aanbiedt, je voortaan ook bij wederzijds goedvinden een transitievergoeding verschuldigd bent? Maar hoe past dat precies bij het aantrekkelijker maken van het vaste contract? En als men bedoelt te zeggen, bij alle vormen van ontslag kan bij een van-werk-naar-werk-traject de transitievergoeding achterwege blijven ook als de kosten van het traject niet gelijkwaardig zijn aan de transitievergoeding, schrijf dat dan op onder verwijzing naar een aanpassing van artikel 7:673b BW (en het Transitievergoedingsbesluit). Overigens moet men dan wel uitleggen waarom de reikwijdte van artikel 7:673b BW per 1 januari 2020 juist is verkleind.

Onder hetzelfde kopje staat dan opeens een heel ander thema, namelijk als je na flex iemand in vaste dienst neemt, je de flexopslag van 5 procentpunten terugkrijgt. Dat hoort hier eigenlijk niet thuis en

draagt eerder bij aan het uitstellen van een vast contract. En dat geldt ook voor het vervolg: iemand die in een van-werk-naar-werk-traject zit en tijdelijk WW geniet, krijgt een hogere WW-uitkering. Hoe wordt het aangaan van duurzame arbeidsrelaties vergroot met een hogere WW-uitkering als iemand van-werk-naar-werk-trajecten volgt? En... wie draagt zorg voor de kosten van die verhoogde WW-afracht?

Ook deze voorstellen komen tamelijk rommelig en niet doordacht over.

Als ik op het laatste punt een voorstel mag doen: we weten dat scholing van werknemers een heel lastig te realiseren doel is. Wat nu als je een regeling verzint waarin de werknemer een keuzemogelijkheid krijgt bij ontslag voor een reguliere WW-uitkering en WW-verplichtingen (70%) of voor een WW-uitkering-extra (90 of 100%). Die WW-uitkering extra krijg je alleen als je bij erkende opleidingsinstellingen laat om- en bijscholen. De uitkering gaat omhoog en de sollicitatieplicht wordt uitgesteld met een periodieke check. Op die manier vang je twee vliegen in een klap. De financiering van de verhoogde WW-uitkering volgt uit het verval van de transitievergoeding. In beide gevallen wordt de transitie van werk naar werk immers bevorderd.³⁴

- **Maatschappelijk verlof:** De raad zal op korte termijn advies uitbrengen over het stroomlijnen van de huidige verlofregelingen met oog voor de aard van de verschillende vormen van verlof met een maatschappelijk karakter, zoals geboorteverlof, vaderschapsverlof, calamiteitenverlof, zorgverlof, etc. in een nieuwe regeling Maatschappelijk Verlof. Deze regeling zorgt voor inkomenscompensatie van de werkenden. De huidige verlofregelingen verbonden aan het arbeidscontract zijn voor werkgevers en werknemers onoverzichtelijk en nodigen werkgevers niet uit tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst. De SER zal voorstellen doen voor een evenwichtige financieringswijze.

Dit voorstel intrigeert mij. Ik denk dat de SER terecht signaleert dat veel van de verlofregelingen onduidelijk zijn. Probeer maar eens uit het hoofd op te sommen welke regelingen in de WAZO wel en niet tot behoud van loon en door wie betaald leiden? Wat ik hoop is dat bij het doordenken van een nieuw stelsel van Maatschappelijk Verlof de SER ook met innovatieve voorstellen komt hoe je om- en bijscholingsverlof zou kunnen organiseren. In het Wetboek van Werk zijn hiertoe (voorzichtige) voorstellen gedaan, vanuit de gedachte dat iemand meermalen in zijn 'marathonwerkersleven' zal moeten 'switchen' van sector en daarvoor ook reflectie en bezinningstijd

32. Vgl. A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – deel I*, Boomuitgevers 2020, hoofdstuk 10.

33. J.M. van Slooten, *Rapport Commissie Borstlap daagt het ondernemingsrecht uit*, *Ondernemingsrecht* 2020/29.

34. Deels naar A.R. Houweling c.s., *Vaan-VvA Expertgroep. Wetboek van Werk 2025*, p. 31. De verplichte koppeling met scholing was daarin nog niet zo expliciet gelegd. De uitruil hogere WW met verval transitievergoeding wel.

nodig heeft, maar dat simpelweg niet heeft. En ja, de echo van mislukkingen als 'levensloopregeling' doemen opeens weer op, maar als we een levenlangontwikkelen echt belangrijk vinden als 'maatschappij', dan zullen we hier ook ruimte voor moeten maken.³⁵ De kosten van dergelijke ontwikkelingen enkel op het bordje van de werkgever gooien, lijkt het vaste contract niet aantrekkelijker te maken.

- **Ziekte en arbeidsongeschiktheid:** Bij ziekte is de inzet primair gericht op herstel en terugkeer van de werknemer. Werkgevers blijven verantwoordelijk voor twee jaar loondoorbetaling bij ziekte en voor het verloop van het re-integratieproces. Middels een verzekering kunnen werkgevers deze verantwoordelijkheid en bijbehorende verplichtingen overdragen.
-
- Na 104 weken (of eerder bij duurzame re-integratie tweede spoor) eindigt de arbeidsovereenkomst
- WIA-toets van 35% naar 15% arbeidsongeschikt
- WGA-financiering van 10 naar 5 jaar door werkgevers
- Arbeidsongeschiktheidstoets op basis van realistische toets en niet theoretisch

Wat de zieke werknemer betreft, handhaaft de SER in feite het huidige systeem en wordt vooral ingezet op de MKB-verzuimontzorgverzekering die al sinds 1 januari 2020 geldt. Als men de tekst van het voorstel heel letterlijk neemt, dan eindigt na 104 weken de arbeidsovereenkomst van rechtswege. Dat wil ik nog wel eens zien, ook in het licht van de Wet gelijke behandeling handicap en chronische ziekte als de werknemer in kwestie meent dat door middel van passende maatregelen aangepaste werkzaamheden ook na 104 weken mogelijk blijven.

Belangrijker is dat de 104 weken loondoorbetalingsverplichting intact blijft, daar waar de commissie Borstlap nog terug naar 52 weken adviseerde en een prachtige samenhang met AOV voor zzp'ers vanaf het tweede ziektejaar bedacht.³⁶ En de kosten van zo'n ontzorgverzekering alsook de verplichtingen die een werkgever als verzekeringsnemer weer op zich neemt, zullen niet op voorhand bijdragen aan het aantrekkelijker maken van het vaste contract. Voor veel grote werkgevers staat hier weinig nieuws.

Wat wel nieuw is, is de verlaging van de WIA-dremmel (van 35% naar 15%). Hoewel terecht wordt gewezen op de meermalen geuite kritiek op het Nederlandse stelsel door onder meer de ILO, doet het voorstel ook een beetje denken aan 'instroom in de WIA' als alternatief voor pensionering. Was Nederland niet ooit ziek?

Wat men hiervan ook vindt, de echt gemiste kans is een koppeling met zzp'ers te maken en te komen tot een collectieve verzekering tegen arbeidsongeschiktheid met aanvullende arrangementen. Dat brengt ons bij het thema zzp.

3.4. ZZP

Als het vertrekpunt is dat permanente arbeid door werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet worden verricht, dan verbaast het niet dat de zzp'ers vooral veel dingen 'verliezen' en dingen 'moeten'.

- **Fiscaliteit.** De zelfstandigenaftrek wordt in de SER-voorstellen afgebouwd in samenhang met de overige maatregelen die de bescherming van zelfstandigen verbeteren en met een effectieve oplossing voor het kwalificatievraagstuk. Hiervoor in de plaats komen fiscale faciliteiten voor zelfstandig ondernemers die daadwerkelijk risico lopen met eigen investeringen. Deze maatregelen worden getemporiseerd doorgevoerd en op een wijze die koopkrachtverlies onder zelfstandigen voorkomt of compenseert.

Sinds het IBO-rapport 2015³⁷ inzichtelijk maakte hoe de fiscale behandeling van arbeid in praktijk uitpakte voor IB-ondernemers (zzp) en werknemers, in het voordeel van de zzp'er, is de lijn in alle arbeidsmarktbeleidsregelingen erop gericht de zelfstandigenaftrek af te bouwen. Ook de commissie Borstlap was hierover duidelijk: stop ermee.³⁸ De wijze opmerking van de SER is gelegen in 'temporiseren' en 'compenseer koopkracht'. Het onmiddellijk afschaffen van bepaalde regelingen zou potentieel een bloedbad kunnen aanrichten. Overigens is natuurlijk goed denkbaar – en deels ook al gebeurd bij lage lonen – dat de belastingdruk op de factor arbeid bij werknemers wordt verlicht. Het gaat erom dat beide werkers fiscaal niet (te) verschillend worden behandeld waardoor er een concurrentievoordeel ontstaat door op een bepaalde (fiscale) wijze werkzaam te zijn.

- **Arbeidsongeschiktheid.** Zelfstandigen worden verplicht zich te verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid om oneerlijke concurrentie en te grote inkomensrisico's voor individuen te voorkomen, conform het advies van de Stichting van de Arbeid van maart 2020.

De verplichte verzekering voor zzp'ers wordt (opnieuw) benadrukt. De verplichte verzekering voor

35. A.R. Houweling c.s., VAAN-VvA Expertgroep. Wetboek van Werk 2025, p. 11.

36. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), 23 januari 2020, p. 21.

37. IBO Zelfstandigen zonder personeel, Ministerie van Financiën (2015).

38. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), 23 januari 2020, p. 40 en 78.

zzp'ers maakt onderdeel uit van het Pensioenakkoord en is nader uitgewerkt in de STAR.³⁹ De contouren van het STAR-advies zijn dat een zzp'er zichzelf standaard verzekert voor een uitkering van 70% van het laatstverdiende inkomen tot een bedrag van € 30.000. De uitkering is maximaal het WML-loon. De premie is 8% van het inkomen. De wachttijd is 52 weken met een uitkering tot aan de AOW. Gekozen kan worden voor een kortere of juist langere wachttijd, met bijpassende hogere of lagere premie.

Nu ben ik geen arbeidsmarkteconoom, maar volgens mij is het principe van een verzekering heel simpel. Hoe heterogener de groep, waarbij risicoprofielen uiteenlopend zijn met een beperkte omvangsmassa verzekeringsnemers, hoe hoger de premie. Waarom voor het echte volksrisico, ziekte, geen collectieve verzekering wordt voorgesteld, waarmee we opeens alle ingezetenen vanaf 18 jaar tot AOW verzekerd hebben van inkomsten bij arbeidsongeschiktheid, is voor mij een raadsel. Sterker nog, zou het niet eerlijk(er) zijn dat als we de fiscale behandeling van arbeid voor zzp'ers en werknemers gelijktrekken, we ook de ziekteverdelingsrisico's gelijktrekken? Nu zeggen we in feite: u mag het fiscale voordeel op arbeid niet en u moet zichzelf verzekeren. Als werknemer doet mijn werkgever dat voor mij. Het risico is overigens vrij reëel dat dit niet het effect heeft dat meer zzp'ers 'in vaste dienst' komen als werknemer, maar dat meer werkers in Nederland onder de armoedegrens raken, omdat werk niet meer loont. Ik vind dit een gevaarlijk experiment.

In het Wetboek van Werk werd voorgesteld (en bij de commissie Borstlap zien we een variant op die regeling) dat je het ziekterisico volledig bij de ingezetene kunt brengen middels een verzekering.⁴⁰ Stel, iedereen heeft een zorgverzekeringplus (een paar tientjes extra bovenop de zorgverzekering tegen arbeidsongeschiktheid). De uitkering van een dergelijke verzekering mag een werkgever in mindering brengen op zijn loondoorbetalingsplicht. Daarmee wordt opeens het loonrisico van de werkgever aanmerkelijk verminderd, zonder afbreuk te doen aan het loonbeschermingsniveau van de werknemer. De zzp'er geniet dezelfde verzekering en kan ervoor kiezen zich tegen meerprijs te laten bijverzekeren. Daarmee creëer je een stelsel van 9,3 miljoen verzekeringnemers en zullen de good risks de premie drukken voor de bad risks.

Overigens ligt de echte uitdaging vooral in (de verantwoordelijkheid voor) re-integratie. Een werkgever kan nog worden aangesproken en financieel geprikkeld de zieke werknemer elders in de organisatie aan het werk te stellen. Een zzp'er kunnen

we wel prikkelen mee te werken aan re-integratie (net als dat een werknemer het risico op verlies van loon/uitkering loopt), maar de werkverschaffer is in dit verband wat lastiger te vinden. Dat brengt ons dan natuurlijk gelijk bij een goede en inclusieve arbeidsmarktbemiddeling van de overheid, die nodig en noodzakelijk is. Overigens kunnen hierin ook prima private partijen acteren, maar zal de overheid een regierol moeten spelen.⁴¹

■ *De basis van de arbeidsmarkt.* De meest acute problemen met schijnzelfstandigheid doen zich voor aan de basis van de arbeidsmarkt waar veelal de onderhandelingspositie van werkenden onvoldoende is om een adequaat tarief te bedingen. Daarom dient altijd een rechtsvermoeden van werknemerschap te gelden bij een tarief onder het maximumdagloon (30,- á 35,- euro per uur). Indien de werkende meent dat hij/zij werknemer is, is het aan de opdrachtgever voor de rechter te bewijzen dat dit niet het geval is.

Het concept-wetsvoorstel Minimumtarief zzp'ers en zelfstandigenverklaring werd door minister Koolmees in juni 2020 ingetrokken.⁴² De belangrijkste redenen waren (a) onuitvoerbaarheid, (b) geen draagvlak onder zzp'ers en (c) administratieve regeldruk. Door experts werd bovendien gewezen op de mogelijke strijdigheid met Europees recht (vooral vrij verkeer van diensten).⁴³ Het tarief betrof toen een minimumtarief van € 16,- per uur (15% boven bijstandsniveau). Nu wordt een rechtsvermoeden voorgesteld van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever ingeval de werkende een uurtarief lager dan een modaalinkomen hanteert. De eerste vraag die rijst is waarom dit niet gewoon een omstandigheid kan zijn in de kwalificatietoets die door de werkende met behulp van artikel 7:610a BW kan worden ingeleid.

Gevreesd moet worden dat voordat dit idee in een regeling is omgezet, we weer met vijf pagina's voorwaarden van facturering van doen hebben. Wat te doen als een opdrachtgever een 'klus' tegen een prijs heeft aangenomen en de klus veel moeilijker blijkt dan vooraf gedacht? Als bovendien particuliere opdrachtgevers hetzelfde risico lopen dat een zzp'ende loodgieter bij een te laag uurtarief opeens een onbepaaldetijdscontract heeft, dan is het hek van de dam qua administratieve lasten. Bovendien heeft nog niemand uitgelegd waarom het tarief van € 16,00 wat destijds helemaal in het teken stond van tegengaan van armoede aan de onderkant van de arbeidsmarkt

39. Stichting van de Arbeid (2020) *Keuze voor zekerheid. Zelfstandigen standaard verzekerd tegen langdurig inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid*.

40. A.R. Houweling c.s., VAAN-VvA Expertgroep. Wetboek van Werk 2025, p. 32 en Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), 23 januari 2020 p. 80-81.

41. A.R. Houweling c.s., VAAN-VvA Expertgroep. Wetboek van Werk 2025, p. 34. Overigens wijst de SER ook op betrokkenheid van private actoren: SER Advies p. 17.

42. Zie: Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige' 15 juni 2020.

43. Zie uitvoerig F.M. Laagland, Bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen: een analyse van Nederlands en Europees recht, *ArA* 2020-3, p. 26-49.

in strijd zou zijn met EU-recht, maar dat een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst bij een lager tarief dan € 35,00 tot geen problemen zou leiden bij het Hof van Justitie EU. In de verschillende adviezen van de internetconsultatie bij het ingetrokken voorstel is gewezen op maatwerk op sectorniveau (zoals nu in een aantal cao's plaatsvindt).⁴⁴ De Duitse Architecten-zaak laat zien dat vrij verkeer van diensten niet gemakkelijk met wat 'nationaal arbeidsrechtelijk belang' terzijde kan worden geschoven.⁴⁵

Het rechtsvermoeden is natuurlijk een vermoeden dat kan worden weerlegd. Overigens geldt dat indien men meer dan het minimumtarief factureert, de reguliere kwalificatietoetsing blijft bestaan. Voor beide varianten geldt dat de 'Webmodule' zal helpen. Overigens volgde uit een onderzoek van ZiPconomy naar de werking van deze Webmodule dat een Deliveroo-rider een 'zelfstandigenverklaring' ontvangt (zelfs als hij niet is ingeschreven in de KvK).⁴⁶ Het kan verkeren.

Overigens wordt in het SER-advies nog een aantal voorstellen gedaan, zoals het vergemakkelijken van collectief overleg tussen zzp'ers en toegang tot een soort TOZO-vangnet (dat men zelf moet financieren).⁴⁷

4. Conclusie

Wat is het eindoordeel? Als scriptie zou ik het met een onvoldoende waarden. Het SER-advies benoemt (heel) veel. Uitwerking van de onderdelen is nog veel te mager en daarmee onduidelijk. De onderdelen die wel duidelijk zijn, roepen soms nieuwe vragen op naar het beoogde effect en juridische houdbaarheid. Veel van de voorstellen zijn bovendien niet vernieuwend, want deze zijn al in werking gezet. Andere voorstellen lijken bewust die inwerkingtreding terug te dringen of ongedaan te maken. Als kritische tweede lezer beschouw ik het stuk als een polder antwoord op wat men vooral niet wilde overnemen uit het rapport Borstlap (zie het stuk over uitzending wat werkgevers betreft en het niet ter discussie stellen van het ontslagrecht wat werknemers betreft). Vanuit dat perspectief is een aantal zaken dat als 'flex-minder-flex' wordt gepresenteerd, eerder flex-meer-flex. Vrijwel alle keuzes missen een gedegen analyse, argumentatie en onderbouwing. Nu past dit ook niet bij een Sociaal Akkoord. Daarin wordt geen verslaglegging van voors en tegens gedaan. Het is een akkoord. En daarmee is hij dan ook geslaagd in het te bereiken doel. Want het doel was niet artikel 7:629 of 668a BW te perfectioneren.

Het doel was elkaar te vinden in de polder. Dat is gelukt. Het advies is meegegeven aan de informateur Hamer (overigens voorzitter van de SER). Daarmee heeft de SER gedaan wat het maximaal kon doen. Ook die missie is geslaagd. Op inhoud een onvoldoende, maar wel een geslaagde onvoldoende. Toch hoop ik dat er heel wat tweede lezers bij het departement en de regering kritisch zullen meelesen en objectieve waardering aan dit werk geven. Met de commissie Borstlap en het Wetboek van Werk als voorbeeld, is er nog 'room for improvement'.

44. Zie ook advies VAAN-VvA-werkgroep.

45. Zie uitvoerig F.M. Laagland, Bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen: een analyse van Nederlands en Europees recht, *ArA* 2020-3, p. 26-49.

46. H. Ruts, 'De webmodule, 10 opdrachten en de uitkomst. Een Analyse', *ZiPconomy* 12 januari 2021.

47. Zie SER Advies, p. 24.