

## ACTUALITEIT

# Like riding a bicycle

## Een bespreking van het wetsvoorstel Kortlopende Contracten

Mr. A. Bach Kolling\*

Eind vorig jaar is het 'wetsvoorstel Kortlopende Contracten' ingediend bij de Staten.<sup>1</sup> Doel van het wetsvoorstel is onder meer om het gebruik van kortlopende contracten tegen te gaan. Daarnaast wordt gestreefd naar een versterking van de rechtspositie van werknemers met kortlopende contracten. Het wetsvoorstel is op stevige kritiek gestuit, onder meer van de zijde van de Raad van Advies.<sup>2</sup> Hierna zullen de belangrijkste wijzigingen kort toegelicht worden waarbij ook enkele kritische kanttekeningen behandeld zullen worden.

### 1. Gesloten stelsel

Het wetsvoorstel introduceert allereerst een gesloten stelsel voor kortlopende contracten. Kortlopende contracten kunnen slechts worden aangegaan indien deze: (1) noodzakelijk zijn om te voorzien in een behoefte aan tijdelijke arbeidskrachten, welke behoefte slechts in een gedeelte van het kalenderjaar bestaat en voortvloeit uit de toename van bedrijvigheid in de onderneming gedurende die periode (seizoensarbeid), (2) betrekking hebben op de vervanging van tijdelijk afwezige werknemers, (3) betrekking hebben op een nauwkeurig omschreven werk of project, of (4) betrekking hebben op losse,

ongeregelde arbeid.<sup>3</sup> Voorts wordt een schriftelijkheidsvereiste geïntroduceerd. Als geen sprake is van een van de in de wet genoemde gevallen, of als niet voldaan is aan het schriftelijkheidsvereiste, gelden voor wat betreft de beëindiging van de overeenkomst de regels voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een andere sanctie is dat de werkgever veroordeeld kan worden tot het betalen van een billijke schadevergoeding aan de werknemer.

De introductie van het gesloten stelsel voor kortlopende contracten is een ingrijpende maatregel, die naar alle waarschijnlijkheid zal leiden tot een sterk verminderde flexibiliteit op de arbeidsmarkt. Volgens de initiatiefnemers doet deze maatregel recht aan de geest van de (bestaande) wetgeving omtrent flexibiliteit en zekerheid: tijdelijk werk moet worden toegestaan daar waar tijdelijkheid noodzakelijk is, maar is nooit bedoeld ter vervulling van structureel werk. De Raad van Advies is echter van mening dat het gesloten stelsel voor kortlopende contracten in de praktijk te beperkt is en op termijn zelfs een belemmering kan vormen voor het aantrekken van nieuwe arbeidskrachten.<sup>4</sup> Ook wordt een kanttekening geplaatst bij de grondslag voor de schadevergoeding. De betreffende werknemer verkrijgt volgens het wetsvoorstel immers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, indien geen sprake is van werk van tijdelijke aard. Daarmee wordt het beoogde doel bereikt en lijdt de werknemer geen schade. Het is voorts onduidelijk welke maatstaf de

\* Mr. A. Bach Kolling is advocaat en partner bij Spigt Dutch Caribbean advocaten te Curaçao.

1 Landsverordening tot wijziging van de regels ten aanzien van de arbeidsovereenkomsten die voor bepaalde tijd zijn aangegaan (Landsverordening kortlopende contracten), d.d. 17 oktober 2011.

2 RvA no. RA/38-11-LV.

3 Zie het voorgestelde artikel 7A:1613 cc BW. Deze bepaling is nagenoeg gelijk aan het huidige artikel 7A:1613x van het Burgerlijk Wetboek van Aruba.

4 RvA no. RA/38-11-LV, paragraaf 5.A.a sub 2, p. 4.

rechter zou moeten hanteren bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding. Tot slot kan betoogd worden dat het gesloten stelsel niet te combineren valt met een strikt ontslagstelsel. De Directie Arbeidszaken concludeerde dit reeds in 2007 en heeft daarom voorgesteld om, indien inderdaad overwogen zou worden om een gesloten stelsel in te voeren voor kortlopende contracten, deze maatregel te combineren met een versoepeling van het ontslagrecht teneinde de flexibiliteit te vergroten.<sup>5</sup> Aan dit bezwaar wordt echter geen aandacht besteed in de memorie van toelichting.

## 2. Kettingregel

Een andere maatregel betreft een aanpassing van de zogenoemde 'kettingregel'. De kettingregel, die is neergelegd in het huidige artikel 7A:1615fa BW, houdt in dat na een overeenkomst voor bepaalde tijd die in totaal langer heeft geduurd dan een periode van 36 maanden, of na een (reeks van een) drietal overeenkomsten voor bepaalde tijd, de volgende arbeidsovereenkomst in de keten automatisch wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Er is sprake van een 'reeks' indien arbeidsovereenkomsten elkaar naadloos opvolgen of als sprake is van een tussenpoos van maximaal drie maanden. Door tussen het derde en vierde contract minimaal drie maanden en één dag te laten verstrijken, wordt de ketting verbroken. Dit wordt ook wel de 'klapdeurconstructie' genoemd. Op die wijze kunnen werkgevers voorkomen dat werknemers een contract voor onbepaalde tijd krijgen. Volgens de initiatiefnemers van het wetsvoorstel zou het voorts op grote schaal voorkomen dat werknemers in de tussenliggende periode via een uitzendbureau of een andere werkgever (gelieerd aan de bestaande werkgever) worden tewerkgesteld (de zogenoemde 'draaideurconstructie').

Het wetsvoorstel handhaaft de kettingregel maar de periode wordt aanzienlijk verkort. In plaats van een

periode van 36 maanden geldt volgens het wetsvoorstel een maximale periode van twaalf maanden. De verkorting van de periode is gebaseerd op de stelling van de initiatiefnemers dat een periode van 36 maanden 'niet langer rechtvaardig' is.<sup>6</sup> Deze stelling wordt niet nader onderbouwd. Ook wordt de stelling dat het noodzakelijk zou zijn om maatregelen te treffen tegen draaideurconstructies en klapdeurconstructies niet nader onderbouwd. Van belang is hierbij om te realiseren dat volgens vaste jurisprudentie een reeks van kortlopende contracten niet noodzakelijkerwijs 'misbruik' oplevert. Van 'misbruik' of een ongeoorloofde uitholling van artikel 7A:1615fa BW is doorgaans pas sprake in geval van een structurele omzeiling van de ketenregeling waarbij werknemers jaar in jaar uit ontslagbescherming wordt onthouden.<sup>7</sup>

Voorts wordt een tweetal maatregelen voorgesteld met als doel om te voorkomen dat een werkgever een werknemer met een kortlopend contract geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbiedt, terwijl dat wel had gekund. Als een werkgever aan het einde van de keten de werknemer laat terugkeren als uitzendkracht, zal volgens het wetsvoorstel automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de werkgever en de werknemer/uitzendkracht ontstaan. In de huidige regelgeving verkrijgt de werknemer/uitzendkracht in dat geval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij het uitzendbureau. Een tweede maatregel in dit verband is dat, indien een werkgever aan het einde van de keten afscheid neemt van de werknemer met een kortlopend contract en voor dezelfde arbeidsplaats een nieuwe werknemer aanneemt op basis van een kortlopend contract (waarbij die dienstbetrekking redelijkerwijs een voortzetting

5 Zie de *Beleidsnota betreffende kortlopende contracten*, Directie Arbeidszaken 2007, paragraaf 2.3.14, p. 23.

6 Memorie van toelichting, p. 5.

7 HR 29 juni 2007, *JAR* 2007/215 (*Simpson/Greenpeace*), Ktr. Dordrecht 8 februari 2007, LjN AZ8281, Ktr. Groningen 14 maart 2007, *JAR* 2007/102, Ktr. Utrecht 12 december 2008, *JAR* 2009/31. Zie onder meer ook A.G. Veldman, 'Misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd', *SR* 2006, p. 37 e.v. D.J.B. de Wolff, 'Tien jaar Ketenregeling', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, Special 3, december 2009.

Mr. A. Bach Kolling

ting geacht moet worden te zijn van de daaraan voorafgaande dienstbetrekking), automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat tussen de werkgever en die nieuwe werknemer. De initiatiefnemers verwachten dat deze twee maatregelen ertoe zullen leiden dat werkgevers eerder geneigd zullen zijn om werknemers een vast contract aan te bieden. Op deze hoofdregel zou slechts een uitzondering gemaakt kunnen worden indien sprake is van een 'dringende reden' in de zin van artikel 7A:1615o BW.

Genoemde maatregelen leiden in de praktijk echter tot onduidelijkheid. Zo is onduidelijk onder welke arbeidsvoorwaarden die overeenkomst wordt aangegaan. Het zal voorts voor de vierde inlenende werkgever niet altijd bekend zijn dat hij de vierde inlenende werkgever is. De Raad van Advies pleit er dan ook voor om het dienstverband te laten ontstaan tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau, omdat deze het aangaan van vier opeenvolgende arbeidsovereenkomsten eenvoudigweg kan voorkomen.<sup>8</sup> Daarnaast wordt door de Raad van Advies opgemerkt dat er behalve een dringende reden ook andere omstandigheden kunnen zijn die meebrengen dat van de werkgever redelijkerwijs niet verlangd kan worden de dienstbetrekking met de werknemer voort te zetten.<sup>9</sup> Voorts zal het niet altijd duidelijk zijn of de dienstbetrekking redelijkerwijs een voortzetting geacht moet worden te zijn van de vorige dienstbetrekking, hetgeen waarschijnlijk aanleiding zal zijn tot veel rechtszaken. Het is dus de vraag of deze maatregelen voldoen aan de behoefte van de initiatiefnemers om de rechtszekerheid voor werknemers met kortlopende contracten te vergroten.

### 3. Uitzendkrachten

Het wetsvoorstel bevat tevens enkele maatregelen die als doel hebben om de rechtspositie van ter

beschikking gestelde arbeidskrachten te verbeteren. Allereerst dienen uitzendkrachten dezelfde beloning te krijgen als vaste krachten. Voorts wordt voorgesteld om ook voor de inlenende werkgever consequenties te verbinden aan de vergunningplicht op basis van de Landsverordening op het Ter Beschikking Stellen van Arbeidskrachten.<sup>10</sup> In die landsverordening is bepaald dat het verboden is om arbeidskrachten ter beschikking te stellen zonder daartoe de vereiste vergunning te hebben. Volgens het wetsvoorstel dient dat verbod uitgebreid te worden met een verbod voor de inlenende werkgever om gebruik te maken van ter beschikking gestelde arbeidskrachten, indien het uitzendbureau niet over de vereiste vergunning beschikt. De inlenende werkgever wordt hiermee dus mede verantwoordelijk gemaakt voor de juiste naleving van wet- en regelgeving.

Bij dit laatste punt past een kritische noot. Sinds de inwerkingtreding van de Landsverordening op het Ter Beschikking Stellen van Arbeidskrachten is er geen enkele vergunning verstrekt. De bestaande regelgeving is lange tijd in de praktijk tamelijk onbekend geweest en wordt in ieder geval niet gehandhaafd. De Raad van Advies merkt daarom terecht op dat het wel erg ver gaat om de inlenende werkgever mede verantwoordelijk te maken voor de juiste naleving van de wet- en regelgeving. Als er inderdaad sprake is van 'mispraktijken met en door uitzendbureaus' is het een valide streven om die mispraktijken aan te pakken.<sup>11</sup> Niet valt in te zien waarom dat niet in eerste instantie binnen het huidige wettelijk kader zou moeten kunnen. Betere voorlichting, handhaving en controle is wellicht toereikend en een ingrijpende wetswijziging is dan niet nodig.

8 Memorie van toelichting op de Landsverordening Kortlopende Contracten, p. 6.

9 RvA no RA/38-11-LV, paragraaf 5, p. 6 e.v.

10 Artikel 2 Landsverordening op het Ter Beschikking Stellen van Arbeidskrachten.

11 Zie memorie van toelichting, p. 8.

#### 4. Overige maatregelen

Het wetsvoorstel bevat nog enkele voorstellen die de positie van de werknemers in het algemeen beogen te beschermen. De belangrijkste wijziging betreft de regel dat de Directie Arbeidszaken geen verzoek om toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst in behandeling mag nemen indien geen bewijsstukken worden overgelegd waaruit blijkt dat de werknemer periodiek is beoordeeld. De Raad van Advies stelt voorop dat het wettelijk vastleggen van de verplichting om regelmatig beoordelingsgesprekken te voeren op zich als positief is aan te merken. De voorgestelde sanctie op het niet-naleven van deze verplichting acht de Raad van Advies echter niet correct omdat er behalve het disfunctioneren van een werknemer uiteenlopende redenen ten grondslag kunnen liggen aan de opzegging, bijvoorbeeld bedrijfseconomische redenen of een verstoorde arbeidsrelatie.

#### 5. De balans

De initiatiefnemers hebben blijkens de memorie van toelichting beoogd om meer balans aan te brengen in het spanningsveld tussen enerzijds de behoefte aan rechtszekerheid voor werknemers met kortlopende contracten en anderzijds de behoefte aan flexibiliteit van de arbeidsmarkt. Het is echter de vraag of zij daarin geslaagd zijn nu het er alle schijn van heeft dat de voorgestelde maatregelen slechts betrekking hebben op één zijde van de balans. Bovendien is het de vraag of het uitgangspunt van de initiatiefnemers dat de rechtszekerheid momenteel niet in balans is met de flexibiliteit wel juist is.

Het wetsvoorstel is gebaseerd op de veronderstelling dat de huidige regeling voor kortlopende contracten op grote schaal zou worden misbruikt. Er ligt echter geen deugdelijk onderzoek aan die veronderstelling ten grondslag. Het belangrijkste kritiekpunt van de Raad van Advies op het wetsvoorstel is dan ook dat niet is gebleken dat de nieuwe regelgeving noodzakelijk zou zijn. In 2007 heeft de Directie Arbeidszaken in haar *Beleidsnota betreffende*

*kortlopende contracten* gerapporteerd dat zij geconfronteerd werd met klachten over het veelvuldig gebruik van kortlopende contracten. Geconcludeerd werd echter in diezelfde beleidsnotitie dat er meer inspectie en controle nodig was om een duidelijk beeld te krijgen van de bestaande praktijk alvorens over de noodzaak van eventuele maatregelen besloten kon worden. Voor zover bekend is daar geen gevolg aan gegeven. Noch uit de memorie van toelichting noch uit de *Beleidsnota* van de Directie Arbeidszaken blijkt derhalve wat de omvang is van de klachten en het wetsmisbruik of van het aantal wetsovertredingen. Voorts is de Raad van Advies van oordeel dat de doelstellingen van de initiatiefnemers ook bereikt kunnen worden met een deugdelijke controle op de naleving van de huidige arbeidswetgeving. De Raad van Advies adviseert dan ook om alsnog onderzoek te doen naar de omvang van het wetsmisbruik en de wetsovertredingen en de sociale partners bij dat onderzoek te betrekken.

Dat lijkt mij goede raadgeving. Van belang is dat als door de wetgever eenmaal de keuze wordt gemaakt om de arbeidsmarkt ingrijpend te hervormen, die keuze weloverwogen en goed onderbouwd dient te zijn waarbij ook mogelijk negatieve effecten van die hervorming (zoals een beperkte doorstroming op de arbeidsmarkt) onderzocht moeten worden. Er valt namelijk wel wat te zeggen voor het standpunt dat een zekere mate van flexibiliteit behouden moet worden om daadwerkelijk balans te kunnen creëren. In de woorden van Albert Einstein: *'Life is like riding a bicycle. To keep your balance you must keep moving.'*