

Wat moeten arbeidsmediators weten van de Wet arbeidsmarkt in balans

Al eerder schreef Astrid Zuidinga in dit tijdschrift een artikel over de Wet werk en zekerheid, een wet die het arbeids- en ontslagrecht ingrijpend veranderde.¹ Enkele jaren later staat er opnieuw een grote wijziging voor de deur. Per 1 januari 2020 wordt de Wet arbeidsmarkt in balans ingevoerd. Zuidinga legt ook deze wijzigingen weer uit. Daarnaast vroeg de redactie aan vier mediators in arbeidsconflicten wat zij vinden van de nieuwe wet.

Ze waren aangekondigd in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III: maatregelen om een nieuwe balans aan te brengen op de arbeidsmarkt. De Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) is daar een onderdeel van. Met de Wab wil de overheid het voor werkgevers aantrekkelijker maken werknemers in (vaste) dienst te nemen. Hiertoe zijn er financiële prikkels in het leven geroepen. Ook komt er een nieuwe, bredere ontslaggrond naast de bestaande ontslaggronden. Zo zou ontslag iets eenvoudiger moeten worden. De Wab heeft ook als doel concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen, bijvoorbeeld via *payrolling*, en oproepkrachten meer werk- en inkomenszekerheid te bieden.

De belangrijkste wijzigingen

De Wet arbeidsmarkt in balans wijzigt het arbeids- en ontslagrecht op verschillende onderdelen. Dit zijn de voornaamste:

- de ketenregeling;
- oproepovereenkomsten;
- payrolling;
- ontslagrecht;
- transitievergoeding;
- sociale zekerheid: premiedifferentiatie.

In de volgende alinea's licht ik de wijzigingen per onderdeel toe.

De ketenregeling

De ketenbepaling van artikel 7:668a van het Burgerlijk Wetboek (BW) wijzigt op drie onderdelen:

1. Een verlenging van de maximumtermijn van twee naar drie jaar (dit was ook de situatie voor de Wet werk en zekerheid (Wwz)). Deze wijziging kan het in sommige gevallen mogelijk maken werknemers nog een extra tijdelijke arbeidsovereenkomst aan te bieden. Het maximum aantal arbeidsovereenkomsten blijft gelijk, namelijk drie (de afwijkende regeling voor AOW-gerechtigde werknemers blijft ongewijzigd). De regeling gaat direct in per 1 januari 2020 en heeft daarmee invloed op de lopende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Door deze wijziging te combineren met financiële prikkels (waarover later meer), wordt tijdelijke arbeid mogelijk minder aantrekkelijk voor werkgevers.
2. Introductie van de mogelijkheid om bij cao voor specifiek te benoemen functies de tussenpoos van zes maanden die de keten van arbeidsovereenkomsten doorbreekt, te verkorten naar drie maanden. Dit kan alleen indien het terugkerend tijdelijk werk betreft dat ten hoogste negen maanden per jaar kan worden verricht (dit is nu al mogelijk voor seizoensarbeid). Als het in een bepaalde sector

wetgeving

Door **Astrid Zuidinga**

Illustratie: **Tamar Rubinstein**

Opvallend is dat ook de zogeheten min/max-contracten vanaf 1 januari 2020 worden beschouwd als oproepcontracten

niet mogelijk is om tot een cao te komen, kan de Stichting van de Arbeid de minister van SZW verzoeken om de tussenpozen voor bepaalde functies bij ministeriële regeling te verkorten.

3. Er komt een uitzondering van de ketenbepaling voor invalkrachten in het primair onderwijs die invallen in verband met vervanging wegens ziekte. Dit moet ervoor zorgen dat invalkrachten die invallen wegens ziekte van een leerkracht op tijdelijke basis kunnen invallen, zonder dat na een aantal invalbeurten van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

Oproepovereenkomsten

In verband met oproepovereenkomsten wordt artikel 7:628a BW aangepast. De overheid vindt de onzekere positie van oproepkrachten precair omdat er zowel inkomensonzekerheid is, als onzekerheid over de tijdstippen waarop gewerkt moet worden. Daarom versterkt zij de positie van oproepkrachten. Opvallend hierbij is dat ook de zogeheten min/max-contracten vanaf 1 januari 2020 worden beschouwd als oproepcontracten. Dit zijn arbeidsovereenkomsten waarbij de arbeidsduur per week kan fluctueren en waarin zowel een ondergrens als een bovengrens is vastgelegd ten aanzien van de arbeidsduur. De werkgever is verplicht de werknemer in elk geval in te zetten en te betalen gedurende het minimaal aantal uren. De werknemer is bereid ook extra uren te werken wanneer de werkgever hem dat vraagt of hem inroostert, maar tot het genoemde maximum. Sommige cao's kennen een maximale bandbreedte tussen het minimum en maximum aantal uren. Er is een besluit gepubliceerd dat regelt wanneer een overeenkomst als een oproepovereenkomst in de Wab wordt gezien.²

In geval van onzekerheid over de omvang van de arbeid en daarmee het inkomen (dit betreft zowel nuluren als min-max-contracten, en voor de punten 1 t/m 3 ook uitzendovereenkomsten waarbij de loondoorbetalingsplicht is uitgesloten) geldt het volgende:

1. De werkgever moet de werknemer minstens vier dagen van tevoren schriftelijk of elektronisch oproepen. Doet hij dat binnen deze termijn, dan mag de werknemer de oproep weigeren, of uiteraard accepteren.
2. Wanneer de werkgever de oproep binnen vier dagen voor aanvang van de werkzaamheden intrekt, heeft de werknemer recht op loonbetaling over de periode (tijdstippen) waarvoor hij opgeroepen was en door de intrekking niet werkt. Dit

om te voorkomen dat hij inkomsten misloopt. Van dit recht op loon kan niet worden afgeweken, ook niet bij cao.

3. De termijn van vier dagen kan bij cao verkort worden, maar kan niet korter zijn dan een dag.

4. De werkgever moet als de arbeidsovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd de werknemer binnen een maand schriftelijk of elektronisch een aanbod doen voor een arbeidsovereenkomst met een vaste urenomvang. Hierbij moet de aangeboden gemiddelde arbeidsduur ten minste gelijk zijn aan de gemiddelde gewerkte arbeidsduur per maand in de voorgaande twaalf maanden (de referentieperiode). De werknemer hoeft hier niet mee in te stemmen. In dat geval moet de werkgever na de volgende twaalf maanden opnieuw een dergelijk aanbod doen. Het aanbod en de reactie van de werknemer moeten goed worden vastgelegd.

5. Voor de periode waarin de werkgever zijn verplichting als vermeld onder 4 niet nakomt, heeft de werknemer recht op loon voor het aantal uren waarvoor hij een aanbod had moeten ontvangen.

Verder wordt in artikel 7:672 BW bepaald dat de oproepkracht kan opzeggen met een opzegtermijn van vier dagen (of de kortere bij cao afgesproken termijn). Dit omdat de oproepkracht vanwege de inkomensonzekerheid in de gelegenheid moet zijn om op korte termijn een andere baan te accepteren.

Payrolling

De overheid benadrukt dat payrolling als instrument om werkgevers te ontzorgen, mogelijk moet blijven. Payrolling mag echter niet als instrument gebruikt worden om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Om dit te voorkomen moeten voor de payrollmedewerker dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden als wanneer hij rechtstreeks in dienst zou zijn bij de opdrachtgever.

In het kader van de Wab wordt onder payrolling verstaan: 'het op basis van een overeenkomst van opdracht, die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een arbeidskracht ter beschikking stellen, om onder toezicht en leiding van die opdrachtgever arbeid te verrichten, waarbij degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt alleen met toestemming van de opdrachtgever bevoegd is de arbeidskracht aan een ander ter beschikking te stellen.'⁷

Deze nieuwe definitie van payrolling is gelijk aan de definitie van payrollwerkgever zoals opgeno-



men in de Ontslagregeling. Er is sprake van payrolling indien de formele werkgever geen actieve rol heeft gespeeld bij de werving en selectie van de payrollkracht.

Door met name de volgende maatregelen worden volgens de overheid de negatieve gevolgen van payrolling ongedaan gemaakt – zoals dat ook is beoogd met de aanpassing van de ontslagregels die gelden ten aanzien van payrollwerknemers – zonder dat payrolling als zodanig onmogelijk wordt:

1. Er wordt een apart gelijkebehandelingsvoorschrift in de wet opgenomen (waarvan niet ten nadele van de werknemer bij cao kan worden afgevoerd). Dat voorschrift bepaalt dat de payrollwerknemer recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor de eigen werknemers van de opdrachtgever die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies. Dit strekt dus verder dan de zogeheten inlenersbeloning die volgt uit de CAO voor Uitzendkrachten. Zijn dergelijke werknemers er niet bij de opdrachtgever, dan moet worden gekeken naar de arbeidsvoorwaarden van gelijke of gelijkwaardige functies binnen de sector waarin de opdrachtgever werkzaam is.
2. De overheid heeft niet gekozen voor een gelijke pensioenregeling, maar wil de payrollwerknemer het recht geven op een adequate pensioenregeling die voldoet aan bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) te stellen regels. Die AMvB volgt nog en gaat gelden met ingang van 1 januari 2021.

3. De inlener/opdrachtgever is verplicht om voorafgaand aan de terbeschikkingstelling de voor hem geldende arbeidsvoorwaarden te melden aan de onderneming die de arbeidskracht via payroll aan hem ter beschikking stelt of uitzendt en aan de arbeidskracht. Doordat de inlener via de ketenaansprakelijkheid hoofdelijk aansprakelijk is ten opzichte van de arbeidskracht voor niet-genoten loon, is ook de inlener erbij gebaat om te zorgen dat de juiste arbeidsvoorwaarden worden meegedeeld.

4. Indien er arbeidsvoorwaarden gelden via een fonds (dit kan uit de toepasselijke cao blijken) en de payrollwerkgever zich niet kan aansluiten bij een dergelijk fonds, moet de werkgever een gelijke bijdrage ter hoogte van hetzelfde bedrag als de bijdrageverplichting reserveren voor de payrollwerknemer. Hij moet het bedrag op verzoek van de werknemer uitbetalen en in ieder geval eenmaal per jaar.

5. De bijzondere bepalingen in het Burgerlijk Wetboek die gelden voor de uitzendovereenkomst zijn niet van toepassing als er sprake is van payrolling (uitzendbeding, afwijkingen met betrekking tot de ketenbepaling, uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht). De overheid maakt dus een duidelijk onderscheid tussen uitzendarbeid en arbeid via een payrollconstructie.

Ontslagrecht

Op basis van de ervaringen met het ontslagrecht sinds 2015 is de overheid van mening dat de huidige wettelijke ontslaggronden niet altijd voldoende

zijn. Onder de Wwz bleek het (te) lastig geworden een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontbonden te krijgen door de kantonrechter. Dit heeft geleid tot een aanzienlijk aantal geweigerde ontbindingsverzoeken. Ook waagden veel werkgevers de stap naar de kantonrechter niet meer vanwege de onzekerheid over hun kans van slagen. Veel zaken werden dan ook geschikt tussen werkgevers en werknemers. Soms doen werkgevers en werknemers dit samen, maar het komt ook voor dat zij hierbij een mediator inschakelen. De invoering van de Wwz heeft mediation in arbeidszaken een extra impuls gegeven.

De wettelijke ontslaggronden zijn opgesomd in artikel 7:669 BW. Het gaat om de gronden a t/m h, waarvan de gronden c t/m h de gronden zijn waarvoor je bij de kantonrechter terechtkomt: frequent verzuim, disfunctioneren, ernstig verwijtbaar handelen, het weigeren van arbeid wegens een gewetensbezwaar, een verstoorde arbeidsrelatie en de h-grond, wat een restgrond is. Deze moet op grond van de rechtspraak beperkt worden uitgelegd. Daar wordt nu de i-grond aan toegevoegd: de cumulatiegrond. Deze maakt ontslag eenvoudiger, maar geeft de rechter ook de mogelijkheid een extra financiële vergoeding aan de ontslagen werknemer toe te kennen.

Aanspraak op de transitievergoeding is er al vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst

1. Aan het derde lid van artikel 7:669 BW (waarin de ontslaggronden zijn opgesomd) wordt een nieuw onderdeel toegevoegd, de zogeheten cumulatiegrond ofwel de i-grond. Onder cumulatie wordt in dit geval verstaan: 'een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de hiervoor genoemde gronden die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'.

Het gaat dan om situaties waarbij zich omstandigheden uit twee of meer ontslaggronden voordoen (bijvoorbeeld een verstoorde arbeidsverhouding in combinatie met onvoldoende functioneren of verwijtbaar handelen van de werknemer) die ieder op zichzelf beschouwd onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen om een einde van de arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen, maar waarbij *het geheel van de omstandigheden* maakt dat

er toch een redelijke grond is voor het einde van de arbeidsovereenkomst.

Het is de rechter die beoordeelt of de door de werkgever aangevoerde omstandighedencombinatie een redelijke grond voor ontslag opleveren. Het enkele feit dat een werkgever het dienstverband niet wil voortzetten is onvoldoende voor een ontbinding op grond van deze nieuwe ontslaggrond. Voor de duidelijkheid: de gronden a en b, ofwel bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid, komen niet voor deze cumulatie in aanmerking. Voor een einde van de arbeidsovereenkomst op een van die gronden, blijft UWV de aangewezen instantie.

2. Wanneer de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op de cumulatiegrond, dan kan hij daar als compensatie een extra vergoeding voor de werknemer tegenoverstellen van maximaal vijftig procent van de voor de werknemer geldende transitievergoeding (via een nieuw lid 8 van art. 7:671b BW).

De rechter moet motiveren waarom hij al dan niet tot toekenning van deze extra vergoeding overgaat alsmede de hoogte van de vergoeding. De rechter bepaalt de hoogte van de extra vergoeding aan de hand van de mate waarin aan de omstandigheden uit de afzonderlijke ontslaggronden is voldaan. Wanneer de rechter van oordeel is dat een of meer van de ontslaggronden, waarop de cumulatie van omstandigheden is gebaseerd, bijna voldragen was dan kan er aanleiding zijn een lage extra vergoeding op te leggen. Een hogere extra vergoeding ligt meer voor de hand wanneer de verschillende omstandigheden in mindere mate aanwezig zijn. Dit zal zich in de jurisprudentie verder uitkristalliseren. Hoger beroep blijft mogelijk.

Transitievergoeding

De opbouw van de wettelijke transitievergoeding (art. 7:673 BW) wijzigt. De huidige vormgeving van de transitievergoeding leidt in de praktijk tot een verschil in kosten tussen de beëindiging van een kortdurende arbeidsovereenkomst (meestal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) en een langdurige arbeidsovereenkomst (vaak een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd). De beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is vaak duurder. Dit kan voor werkgevers een drempel zijn voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (nuance: de ontslagvergoedingen zijn eerder al fors omlaag gegaan als gevolg van de invoering van de Wwz). Om deze knelpunten weg te nemen, worden twee maatregelen doorgevoerd:

1. Aanspraak op de transitievergoeding, nu pas als het dienstverband ten minste twee jaar heeft geduurd, is er al vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst. Eindigt bijvoorbeeld de arbeids-

overeenkomst een week na de start in de proeftijd, dan moet er een (bescheiden) transitievergoeding betaald worden.

2. De hogere opbouw van de transitievergoeding na tien jaar dienstverband komt te vervallen. Voor alle dienstjaren wordt de opbouw een derde maandsalaris (onvolledige dienstjaren naar rato). Dit geldt ook voor de dienstjaren van voor deze wetwijziging. Voor de resterende duur dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd én voor arbeidsovereenkomsten die korter dan een jaar duren, wordt de transitievergoeding naar rato berekend.

De overgangsregeling voor 50-plussers (een maand per dienstjaar voor de dienstjaren vanaf de leeftijd van vijftig jaar bij een dienstverband van ten minste tien jaar) vervalt per 1 januari 2020. Dit was bij invoering van de Wvz al afgesproken en is daarmee geen Wab-maatregel.

Compensatie bij bedrijfsbeëindiging wegens pensionering of ziekte werkgever

In de huidige wetgeving is bepaald dat werkgevers die hun bedrijf beëindigen wegens pensionering of ziekte van henzelf, ook transitievergoeding verschuldigd zijn. Bedrijfsbeëindiging heeft tot gevolg dat de werkgever alle bij hem werkzame werknemers moet ontslaan en dus voor alle werknemers in één keer een transitievergoeding moet betalen. Als deze bedrijfsbeëindiging plaatsvindt wegens pensionering of ziekte van de werkgever, kan dit, met name voor kleine werkgevers, tot ongewenste gevolgen leiden. Om die reden komt er een compensatieregeling. Deze kent geen terugwerkende kracht. Deze regeling wordt, inclusief de voorwaarden, nog nader uitgewerkt voor 2020.

Verruiming van in mindering brengen kosten op transitievergoeding

Het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding wordt gewijzigd, zodat het mogelijk wordt om kosten, die de werkgever heeft gemaakt voor de bevordering van kennis en vaardigheden die zijn aangewend voor een andere functie binnen de eigen organisatie van de werkgever, in mindering te brengen op de transitievergoeding. Dit is een stimulans om tijdens het dienstverband te investeren in de bredere inzetbaarheid van werknemers. Voorheen gold deze aftrekmogelijkheid alleen als het ging om een functie bij een andere werkgever.

Sociale zekerheid/premie

Flexarbeid wordt fors duurder. Er komt één premiepercentage voor 'vaste' arbeidsovereenkomsten en één premiepercentage voor flexkrachten. Tussen deze premies komt 5 procentpunt

verschil te zitten. Gesproken is over 2,78 respectievelijk 7,78 procent, maar dit kan nog wijzigen. Er komt geen differentiatie meer per sector. De sectorfondsen worden opgegeven en de vermogens uit die fondsen worden overgeheveld naar het Algemeen Werkloosheidsfonds (AWf).

Als er sprake is van een overeenkomst waarvoor een lage premie geldt, moet de werkgever zijn administratie goed op orde hebben en in de loonadministratie een kopie bewaren van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook moet op de loonstrook staan dat er sprake is van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Wanneer er sprake is van een oproepovereenkomst in de zin van de Wab, moet dit ook uit de loonstrook blijken.

Om over een vaste overeenkomst te kunnen spreken moet er sprake zijn van een overeenkomst voor onbepaalde tijd waarin de omvang van de te verrichten arbeid eenduidig is vastgelegd. Dat kan bijvoorbeeld ook een jaarurenovereenkomst zijn mits de loonbetaling evenredig over de maanden is verspreid. De lage premie geldt in elk geval voor jongeren onder 21 jaar, mits zij blijven binnen 48 verloonde uren per 4 weken of 52 uur per maand. Ook BBL-overeenkomsten (met leerlingen uit de beroepsbegeleidende leerweg) vallen onder het lagere WW-tarief.

Als achteraf blijkt dat een overeenkomst niet aan de eisen van een vaste overeenkomst in de zin van de Wab voldoet, wordt de premie alsnog met terugwerkende kracht op het hogere percentage vastgesteld. Dat geldt als de arbeidsovereenkomst eindigt binnen twee maanden na de aanvang en ook wanneer er in een kalenderjaar dertig procent of meer uren worden uitbetaald dan uit de bedongen arbeidsduur volgt. Hierbij gelden dan bijvoorbeeld uren van een consignatie- of bereikbaarheidsdienst ook als verloonde uren.

Uitvoeringsregelingen

Nog niet alle lagere regelgeving is al volledig uitgewerkt gepubliceerd. Het is dus van belang de ontwikkelingen goed in de gaten te houden. De overheid verstrekt informatie. De Algemene Werkgeversvereniging Nederland (AWVN) publiceert over relevante ontwikkelingen ook regelmatig op haar website, onder meer via nieuwberichten, blogs en vlogs.³ ●

Noten

1. *Tijdschrift Conflictantering* 2016, nr. 3.
2. Besluit van 19 juni 2019, houdende nadere regels over oproepovereenkomsten.
3. www.awvn.nl.



Astrid Zuidinga is arbeidsrechtadvocaat bij de Algemene Werkgeversvereniging Nederland (AWVN).

Vier vragen aan...

Caroline Kloppers



Caroline Kloppers is MfN-registermediator en partner van BBKWmediation. Zij begeleidt zowel zakelijke als arbeid- en samenwerkingsgerelateerde mediations.

Is de Wet arbeidsmarkt in balans een verbetering of een verslechtering ten opzichte van de Wet werk en zekerheid en waarom wel/niet?

De Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) brengt ten opzichte van de Wet werk en zekerheid (Wwz) zowel verbetering als verslechtering. Het hangt er maar vanaf vanuit welke positie je deze vraag beantwoordt, die van de werkgever of die van de werknemer. Ik benoem enkele wijzigingen.

De voornaamste wijziging, de terugkeer van het cumulatiebeginsel, verbetert de positie van de werkgever. Een ontslaggrond hoeft immers niet meer voldragen te zijn, ook het cumuleren van meerdere niet volledig voldragen ontslaggronden kan voldoende grondslag vormen in een ontslagprocedure. Werknemers zullen daardoor minder snel met succes verweer kunnen voeren. Daar staat wel tegenover dat rechters aan werknemers ter compensatie (naast de transitievergoeding en de eventuele billijke vergoeding) een extra vergoeding kunnen toekennen van maximaal de helft van de transitievergoeding. Dat kan een verbetering voor werknemers zijn.

De financiële positie voor oudere werknemers met lange dienstverbanden (langer dan tien jaren) gaat erop achteruit. De voor hen tot nu toe hogere transitievergoeding komt immers te vervallen. *Alle* werknemers hebben vanaf 1 januari 2020 (het overgangsrecht daargelaten) recht op een derde maandsalaris per gewerkt dienstjaar. De werknemers met een kort dienstverband krijgen dat recht vanaf 1 januari 2020 ook vanaf de eerste dag dat zij werken en niet meer na verloop van twee jaren. Voor hen betekent dit een verbetering.

Oproepkrachten hebben ook baat bij de Wab: zij zullen immers vanaf 1 januari 2020 tijdig moeten worden opgeroepen (minimaal vier dagen van tevoren, bij cao te verkorten tot een dag). En na een oproep is het loon verschuldigd, ook als de oproep wordt ingetrokken.

Na twaalf maanden hebben oproepkrachten recht op een arbeidsovereenkomst (voor het gemiddeld aantal gewerkte uren). Oproepkrachten behouden zelf wel een korte opzegtermijn. Zij blijven daarmee dan ook hun flexibele positie behouden. Werkgevers (veelal in de voedselindustrie) zullen zeer alert met hun oproepkrachten moeten omgaan.

Wat is voor u het meest prangende punt waarop de wetgeving verder zou moeten worden aangepast?

Als mediator stuit ik niet op prangende aspecten die verdere wijziging van deze wetgeving vergen. In mediation spelen immers (juist) ook andere kaders een rol dan enkel de juridische. Binnen mediation blijken er ook binnen het huidige kader voldoende mogelijkheden om tot ieder passende afspraken te komen, zo is mijn ervaring. Ik ben wel benieuwd of de Wab, zoals beoogd, daadwerkelijk zal bijdragen aan een nieuwe balans tussen zekerheid en kansen, die past bij deze tijd. De maatschappij, en het arbeidsrecht, blijft immers in ontwikkeling en de wetgevingsprocessen hobbelen daar (steeds) achteraan.

Welke invloed zal de Wab hebben op uw praktijk als mediator in arbeidsconflicten?

Mediation heeft in de praktijk van arbeidsconflicten (bij zowel advocaten, juridisch adviseurs als rechters) inmiddels een zodanige plek verworven, dat mijn verwachting is dat de invoering van de Wab geen grote invloed zal hebben op het aantal of het type arbeidgerelateerde mediations dat ik in mijn praktijk begeleid.

Inhoudelijk zullen de effecten van de Wab wel zichtbaar worden. Dat bleek al in de laatste fase van 2019 bij bijvoorbeeld exit-meditations waar oudere werknemers met langere dienstverbanden bij betrokken zijn. Werkgevers hebben dan meer (financieel) belang bij een einddatum gelegen na 1 januari 2020, werknemers bij een einddatum gelegen voor die datum. Voer voor mediation!

Welke observatie hebt u meer in het algemeen over de inzet van mediation in arbeidsrechtelijke geschillen?

Mediation heeft, als hiervoor geschetst, in de praktijk van arbeidsconflicten inmiddels een stevige plek verworven. Bij de inwerkingtreding van de Wwz en daarmee het vervallen van de cumulatiegrond was de verwachting dat arbeidsmediators zouden worden overspoeld met zaken die werkgevers te risicovol zouden vinden om aan de rechter voor te houden. Die mediations komen ook in mijn praktijk voor. De achtergrond om voor mediation te kiezen blijkt echter in het merendeel van de zaken een andere. Ik noem bijvoorbeeld een verwijzing door de bedrijfsarts en het belang om strouwe samenwerkingen binnen teams of besturen, of tussen stakeholders vlot te trekken. De waarde van het vertrouwelijk kader

dat mediation biedt (niet de vuile was willen buiten hangen) en de wens liever samen op te lossen dan een rechter in te schakelen spelen ook met regelmaat een grote rol. Mijn verwachting is dat daarin geen wezen-

lijke verandering zal optreden, anders dan die van een verdere verankering van mediation bij arbeidsrechtelijke en andere, onder meer zakelijke, geschillen.

Vier vragen aan...

Corine de Jong

Is de Wet arbeidsmarkt in balans een verbetering of verslechtering ten opzichte van de Wet werk en zekerheid en waarom wel/niet?

De Wet werk en zekerheid (Wwz) was in vele opzichten geen verbetering van de situatie daarvoor, met name vanuit het gezichtspunt van werknemers. De Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) doet daar nog een schepje bovenop. Met name de oudere werknemers zullen nu sneller en tegen minder kosten voor de werkgever hun baan kunnen verliezen (geen verhoging van de transitievergoeding bij dienstverbanden langer dan tien jaar en cumulatie van ontslaggronden). Voor werkgevers biedt de Wab meer ruimte. Het feit dat een transitievergoeding vanaf dag 1 van het dienstverband verschuldigd is (fijn voor werknemers), wordt voor werkgevers gecompenseerd door de verlaging van de transitievergoeding. Het is nog de vraag of de maatregelen die de positie van flexwerkers moeten verbeteren, ook echt die verbetering zullen brengen. De arbeidsvoorwaarden voor flexwerkers worden meer gelijkwaardig aan die van vaste krachten; dat zal een verbetering zijn. Maar de flexperiode kan langer duren, dit zal niet leiden tot meer vaste contracten, misschien zelfs wel tot minder.

Wat is voor u het meest prangende punt waarop de wetgeving verder zou moeten worden aangepast?

Ik maak me zorgen over de positie van oudere werknemers. Onder de huidige wetgeving zijn deze al oververtegenwoordigd in arbeidsmediations. Een 'klassieker': de werknemer van 55+ die lang bij een bedrijf heeft gewerkt en die in de ogen van het (jongere) management 'niet meer past in de bedrijfscultuur' of wiens functie komt te vervallen doordat het bedrijf 'lean' verder wil. Onder de Wwz dient een werkgever dan een eventueel vertrek (financieel) heel aantrekkelijk te maken. Onder de Wab verliest de werknemer invloed in de onderhandelingen door de cumulatie van ontslaggronden en de lagere transitievergoeding. De gevolgen

van het verliezen van een baan op die leeftijd zijn zeer ingrijpend, ver van de AOW-/pensioendatum, minder pensioenopbouw, weinig perspectief op de arbeidsmarkt. Als ik een aanpassing zou mogen voorstellen, dan zou dat een regeling zijn die mensen in deze positie een vangnet biedt.

Welke invloed zal de Wab hebben op uw praktijk als arbeidsmediator?

Dat is nog moeilijk te zeggen. Ervaringen uit het verleden en heden laten zien dat mediation vaak wordt ingezet als arbeidsrelaties zijn vastgelopen, terwijl er onvoldoende dossier is opgebouwd om een van de ontslaggronden te 'vervullen'. Met de nieuwe i-grond (cumulatie), zal sneller ontbinding kunnen worden gevraagd bij de kantonrechter.

Toch vraag ik me af of dit tot minder arbeidsmediations zal leiden; mediation wordt heel vaak ingezet omdat de partijen het 'netjes' willen regelen en goed uit elkaar willen gaan. Ook verbetering van de samenwerking en herstel van de onderlinge (arbeids)relatie is een doel in mediation. Daar zal de Wab niet veel aan veranderen. De grootste verandering zal in de onderhandelposities van de betrokkenen optreden; er vindt een verschuiving in de BAZO (term uit Harvard-onderhandelen: beste alternatief zonder onderhandelresultaat) plaats door de Wab.

Welke observatie hebt u meer in het algemeen over de inzet van mediation in arbeidsrechtelijke geschillen?

Inmiddels doe ik al 25 jaar arbeidsmediations. Er is een duidelijke ontwikkeling geweest; eerst was het vooral de bedrijfsarts of de arbodienst die verwees naar mediation, in zaken waar arbeidsconflict en ziekmelding met elkaar verweven waren. Tegenwoordig weten advocaten, rechtsbijstandjuristen en HRM-afdelingen de weg naar mediation te vinden. Het voorkómen van procedures is een belangrijk doel. Het voorkomen van escalatie binnen een organisatie ook. Ik denk dat het een verdienste van de arbeidsmediators is, dat mediation in arbeidsgeschillen nu een serieus alternatief is. Er is kwaliteit geleverd en dat wordt (h)erkend!



Corine de Jong is mediator-advocaat gespecialiseerd in kwesties rond arbeid, organisatie en samenwerking.

Vier vragen aan...

Nelleke van Thiel-Wortmann



Nelleke van Thiel-Wortmann is werkzaam bij ReulingSchutte als MfN-registermediator in de zakelijke markt, met ervaring in de advocatuur en het bedrijfsleven.

Is de Wet arbeidsmarkt in balans een verbetering of een verslechtering ten opzichte van de Wet werk en zekerheid en waarom wel/niet?

Of de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) een verbetering is of een verslechtering, hangt af vanuit welk perspectief je kijkt. Hoe dan ook, ik kan me iets voorstellen bij het streven om het gat tussen vast en flexibel te verkleinen. Ook het idee om minder rigide om te gaan met ontslaggronden kan ik volgen, dat wil zeggen: in de praktijk spelen vaak meerdere elementen een rol, terwijl er bij de rechter en het UWV maar één grond op de situatie geplakt kan worden. De vraag is: was dat een probleem dat moest worden opgelost? De Wab wordt ingevoerd, terwijl de evaluatie van de Wet werk en zekerheid (Wwz) nog volgt (die is niet afgewacht). Dat geeft de Wab de schijn van ad hoc en onvoldragen wetgeving. Eventuele zwakke punten kunnen natuurlijk hersteld worden, maar voorkomen moet worden dat de wet om de haverklap wijzigt. Meebewegen en toch stabiel blijven, dat is wat er van de wetgever wordt gevraagd.

Wat is voor u het meest prangende punt waarop de wetgeving verder zou moeten worden aangepast?

Een wetswijziging leidt per definitie tot meer onduidelijkheid, in elk geval in eerste instantie. De Wwz-rechtspraak is nog nauwelijks uitgekristalliseerd, en nu verandert er weer van alles. De Wab zal ongetwijfeld leiden tot meer discussie over ontslag en over vergoeding, ook in mediation. De behoefte aan rechtsvorming neemt wellicht toe. Onnavolgbaar is voor mij de 'status aparte' van de cumulatiegrond qua vergoeding (1,5 transitievergoeding). Waarom krijgt deze grond een andere behandeling? En hoe zal het straks gaan met de billijke vergoeding? Het is mooi als werkgever en

werknemer bij een conflict durven kiezen voor het vinden van een maatwerkoplossing. Een faire, duidelijke en navolgbare bandbreedte maakt dat makkelijker. Het is wat mij betreft de vraag of de Wab zo'n bandbreedte biedt.

Welke invloed zal de Wab hebben op uw praktijk als mediator in arbeidsconflicten?

De Wab zal naar mijn verwachting niet leiden tot substantieel meer of minder mediations. Bepaalde discussiepunten zullen inhoudelijk anders benaderd worden. Bij onderhandelingen over vergoedingen maken we nu soms al mee dat er wordt geanticipeerd op de Wab. Maar dat de bedragen mogelijk wijzigen, maakt ons werk niet anders. De essentie van mediation is het voeren van een stevige (en toch flexibele) procesregie, en niet advisering over wetten, regels, bedragen, etc. Daarvoor zijn de inhoudelijke experts betrokken. Wel is het zo dat meer onduidelijkheid kan leiden tot minder besluitvaardigheid aan de mediationtafel (omdat het beste alternatief zonder overeenkomst (BAZO) minder scherp in beeld is). Dankzij de rechtsvorming zal een BAZO na verloop van tijd natuurlijk weer beter in beeld komen. En ook, er zijn altijd mensen die juist sneller kunnen beslissen naarmate er meer variabelen in het spel zijn. Kortom, Wwz of Wab, het zal voor ons *business as usual* blijven.

Welke observatie hebt u meer in het algemeen over de inzet van mediation in arbeidsrechtelijke geschillen?

Mediation voldoet aan een duidelijke behoefte. Mediation versnelt de besluitvorming, en het werkt ontschuldigend. Dat zijn twee belangrijke elementen. Het is heel prettig om snel de blik weer op de toekomst te kunnen richten. Bovendien, een conflict dat in mediation wordt opgelost, trekt minder sporen in de ziel. Ook dat is grote winst.

Vier vragen aan...

Paul Boontje

Is de Wet arbeidsmarkt in balans een verbetering of een verslechtering ten opzichte van de Wet werk en zekerheid en waarom wel/niet?

Ik beperk mij tot de introductie van de i-grond, met als inhoud dat net als voor de Wet werk en zekerheid (Wwz) een cocktail van onvoldragen gronden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan leiden (zie hoofdartikel, onder Ontslagrecht, voor meer over de i-grond). Naar mijn opvatting is deze toevoeging een verbetering, omdat het ontslagstelsel met de Wwz rigide is geworden. Uit gepubliceerde onderzoeken is gebleken dat het realiseren van ontslag via de rechter na invoering van de Wwz een stuk lastiger is geworden. Dit is een probleem, omdat dit in veel arbeidskwesties – met omstandigheden in de persoon of in de onderlinge betrekkingen gelegen – nog al eens resulteert in de (al dan niet bewuste) keuze tot ver(der)gaande polarisatie. Met de i-grond, de ‘cocktail’, zijn rechters minder gebonden aan de strakke juridische kaders van de Wwz en krijgen zij meer ruimte. Als dit het nieuwe referentiekader is, zal dit doorwerken in de praktijk en in de conflicthouding van partijen. De introductie van de met de i-grond samenhangende aanvullende vergoeding (waardoor de transitievergoeding met maximaal factor 1,5 kan oplopen), uitsluitend bedoeld als compensatie voor de onvoldragen grond en daarmee de prijs die betaald zou moeten worden voor de cocktail, lijkt mij geen verbetering. Daargelaten de interessante vraag of hiermee de drempel voor de aanspraak op de zogeheten billijke vergoeding hoger is geworden, nodigt het partijen uit tot meer en uitgebreid juridisch debat in het toch al zo grote juridische labyrint en dat is beslist geen goed nieuws.

Wat is voor u het meest prangende punt waarop de wetgeving verder zou moeten worden aangepast?

Het is wat mij betreft teleurstellend dat net als bij de introductie van de Wwz ook nu weer geen afstemming heeft plaatsgevonden met de initiatieven om te komen tot een mediationwet. Mediation als drempel (verplicht voorportaal) om een beroep te kunnen doen op de i-grond, in die zin dat de rechter zich er eerst van zou behoren te vergewissen of partijen, bij een cumulatie van omstandigheden in de persoon of de onderlinge relaties gelegen, mediation hebben geprobeerd of (waarom) niet. Ook zonder mediationwet is dit een belangrijke toevoeging om te komen tot dejuridisering en om mediation verder te brengen. Vanuit juridisch perspectief zie ik overigens nog meer prangende punten, waarbij ik graag verwijs naar een artikel

in Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk over de gemiste kans om de ‘puntjes op de i-grond te zetten’.¹

Welke invloed zal de Wet arbeidsmarkt in balans hebben op uw praktijk als mediator in arbeidsconflicten?

Het blijft koffiedik kijken. Aan de ene kant lijkt de gang naar de rechter laagdrempeliger te worden, nu het in de rede ligt dat het met een beroep op de i-grond gemakkelijker zal worden om tot ontbinding te komen. Dit maakt mediation minder aantrekkelijk, tenzij conform mijn suggestie mediation wettelijk zou worden voorgeschreven. Aan de andere kant zou de introductie van de i-grond ook een polariserend effect kunnen hebben, nu immers in plaats van één ontslaggrond een cocktail van twee of zelfs meer gronden zal kunnen (of zelfs moeten) worden gepresenteerd en uitvergroot, om tot ontbinding te komen, terwijl de beperkte omvang van de aanvullende vergoeding (bij de i-grond) nog steeds zal triggeren tot de inzet op de billijke vergoeding (wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever), als afdronk op de genoten cocktail. Dit onaantrekkelijke vooruitzicht met ongewisse uitkomst maakt mediation juist weer (of: nog steeds) tot het betere alternatief, als beproefde methode om arbeidsconflicten op een constructieve en duurzame wijze op te lossen.

Welke observatie hebt u meer in het algemeen over de inzet van mediation in arbeidsrechtelijke geschillen?

De inzet van mediation wordt meer en meer gemeengoed. Een onmiskenbare tendens naar meer mediation, in lijn met de bij conflictpartijen bestaande behoefte hieraan. Tegelijkertijd moet er nog veel gebeuren om het gedachtegoed van mediation te internaliseren bij partijen en begeleiders in arbeidsconflicten. In mijn artikel voor Tijdschrift Recht en Arbeid breek ik een lans voor de ontwikkeling van de nieuwe professie van de mediation-advocaat.² Met meer mediation-advocaten of advocaten die de bokshandschoenen uitdoen, waarbij ik refereer aan het interview met hoogleraar advocatuur en arbeidsrechtadvocaat Diana de Wolff in het vorige nummer van Tijdschrift Conflicthantering, is mediation mogelijk minder (snel) nodig.

Noten

1. P. Kruit en L.V.V. Meijers, ‘De cumulatiegrond: zijn de puntjes op de ‘i’ gezet?’, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2018, 5.
2. P.A. Boontje, ‘De mediation-advocaat verlaat het toernooimodel’, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2019, 10.



Paul Boontje is advocaat bij Boontje Advocaten en MfN-registermediator. Hij is gespecialiseerd in samenwerkingsconflicten.