

## Bescherming in cirkels

Al duizenden jaren vieren wij in deze streken gedurende de tweede helft van december de overwinning van het licht op het donker. Het donker treedt terug (de nachten worden korter), het licht groeit – onze verlichte kerstboom is een relict van die gedachte. De oude volkeren ontteden zich, letterlijk en in overdrachtelijke zin, van wat voor het volgende jaar een ballast zou zijn en zaaiden het zaad voor nieuwe ideeën. Het is deze achtergrond die de moderne “goede voornemens” verklaren, alsmede de menselijke neiging rond deze tijd van het jaar terug- en vooruit te kijken. Laten wij op deze wijze het arbeidsrecht eens onder de loep nemen.

Arbeidsrechtelijk gezien is het een woelig jaar geweest. Kijken wij terug, dan zien wij, onder andere, vurige discussies over de definitie van schijnzelfstandigen (denk aan pakketbezorgers en remplaçanten in een orkest), de vraag of pensioen voor zzp'ers verplicht moet worden, een venijnig FNV-rapport over *contracting* dat de bijl aan de wortel voor het cao-overleg zou zijn, het ongenoegen bij diezelfde FNV om het loonakkoord voor ambtenaren, gedoe over de fiscale arbeidskorting, het inperken van *payrolling* in de nieuwe Ontslagregeling, alsmede een paar nieuwe wetten zoals de Wet aanpak schijnconstructies (waar nu al veel kritiek op is) en, het *magnum opus* van SZW: de Wet werk en zekerheid, een wetgevingsoperatie die mede is bedoeld om het verschil tussen flexibele en vaste arbeidsovereenkomsten te verkleinen.

Het afgelopen jaar laat hiermee een duidelijke rode draad zien: de gewenste verhouding tussen wat voorheen *insiders* werden genoemd – de werknemers met een vast contract – en alle anderen die niet tot die categorie behoren - de *outsiders*, al doe ik met deze term zeker niet iedereen recht. Verschillende belanghebbenden staan in deze discussie soms naast, soms tegenover elkaar. Feit is dat de groep die niet tot voornoemde categorie behoort steeds groter en belangrijker wordt, of men dat nu een prettige gedachte vindt of niet.



Over de duiding van die ontwikkeling is men in de Haagse politiek niet eenstemmig. In het dubbelnummer 42/43 van Vrij Nederland wordt Minister Asscher van SZW geciteerd: “Waarom zijn we normaal gaan vinden wat niet normaal is?” Volgens het artikel slaat deze verzuchting op het gegeven dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd – “het vaste contract” – meer en meer concurrentie krijgt van allerlei flexibelere arrangementen zoals *payrolling*, *contracting* en het inzetten van zzp'ers voor werk dat voorheen door ‘echte’ werknemers werd verricht. U ziet hier een echo van de zojuist genoemde onderwerpen die het arbeidsrechtelijke discours in 2015 hebben gedomineerd.

Over de oorzaken van voornoemde concurrentie is de afgelopen tijd al veel geschreven en gedebatteerd. De arbeidsmarkt is inderdaad al enige jaren in flux. Sommigen wijzen op toegenomen internationalisering die werkgevers zou dwingen arbeidskosten laag te houden en het legioen werknemers zo flexibel mogelijk. De concurrentie op loonkosten treft, naar te verwachten valt, in die opvatting vooral de onderkant van de arbeidsmarkt. Anderen wijzen op de gestage verzwaring van de arbeidsovereenkomst met allerlei juridische en administratieve verplichtingen, met als meest genoemde voorbeeld de langdurige loondoorbetalingsplicht bij ziekte – een onderwerp dat al enige tijd op de beleidsagenda staat. Waarschijnlijk hebben beide groepen voor een deel het gelijk aan hun zijde.

Er zijn echter nog meer verklaringen te verzinnen. In het Financieele Dagblad van 9 december jl. is Guy Ryder aan het woord, directeur-generaal van de Internationale Arbeidsorganisatie, bij velen beter bekend onder het Angelsaksische acroniem *ILO*. Ook hij onderschrijft dat de arbeidsmarkt is veranderd, al loopt Nederland daarbij wat hem betreft voorop: "De ILO heeft 186 leden en ik ken geen land met zo'n diverse arbeidsmarkt, zoveel tijdelijk werk, zoveel deeltijdbanen en zzp'ers." Naar zijn oordeel is de wereldwijd ingezette flexibilisering van de arbeid niet meer terug te draaien: "Een deel van het antwoord is technologische disruptie, of wat de Fransen de 'uberisation van de arbeidsmarkt' noemen: arbeid wordt meer en meer georganiseerd via virtuele platforms, in plaats via een traditionele relatie tussen werkgever en werknemer. Het wordt een puur commerciële, transactionele relatie." Voorts wijst hij op de hierdoor veranderende rol van multinationals. Zijn visie hierop is de moeite van het citeren waard: "Zij hebben steeds minder mensen in dienst, maar worden partijen die werk organiseren. Een klus voor een week of dag of uur is geen arbeidsrelatie meer. Het tempo waarin dat verandert, verschilt van land tot land, maar ik zie bijna overal dat de arbeidsrelatie wordt afgewaardeerd. Neem de 800.000 nulurencontracten die Groot-Brittannië inmiddels telt. Dat was vijf jaar geleden nog ondenkbaar." Ziet Ryder het goed, dan zal de flexibilisering alleen maar toenemen en kan *contracting* een gouden toekomst tegemoet zien. De vakbonden zullen huiveren.



Welke van de hiervoor genoemde verklaringen ook de boventoon moge voeren, feit is dat het voorheen relatief overzichtelijke palet aan arbeidsverhoudingen inmiddels een mozaïek is geworden van verschillende juridische en economische pluimage, waarbij sommige werkenden soms tegelijkertijd verschillende rollen innemen – denk aan de zzp'er met een arbeidsovereenkomst elders. We kunnen pogen elke werkende in de mal van de

arbeidsovereenkomst te duwen. De Wet werk en zekerheid lijkt deels met dat doel te zijn ingevoerd: verklein de verschillen tussen flexibel en vast en de werkgeverskritiek op vaste arbeid en de werknemerskritiek op flexibele arbeid verdwijnen vanzelf, zeker indien tegelijkertijd *payrolling* en *contracting* in het Ontslagbesluit van hun scherpste kanten zijn ontdaan. Dit lijkt de strategie van Minister Asscher te zijn (geweest). Nog afgezien van het feit dat de Wet werk en zekerheid hoogst waarschijnlijk niet die uitwerking zal hebben (daarvoor is, als de eerste geluiden waarheid op de lange termijn bevatten, "vast" te vast gebleven), is die strategie alleen dan vruchtbaar indien de veranderde arbeidsmarkt inderdaad kan worden gezien als een (vrijwel uitsluitende) reactie op het verschil tussen flexibel en vast, op de gevoelde zwaarte van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die figuur die alle werknemersleed koloniseert en op de schouders van de werkgever legt.

Naar aanleiding van de terugblik kan een beter gefundeerde blik vooruit worden geformuleerd. Het wordt, meen ik, tijd de situatie op de arbeidsmarkt als een realiteit te beschouwen en haar niet te bestrijden. De slag om het primaat van de vaste arbeidsovereenkomst in haar huidige vorm lijkt meer en meer een achterhoedegevecht te worden. Dat betekent niet dat wij het vaste arbeidscontract als principe zouden moeten opgeven. Het betekent nog minder dat wij moeten toestaan dat al die andere arbeidsverhoudingen ongeregeerd zich kunnen blijven ontwikkelen. Iedereen weet dat een gebrek aan duidelijke regels en dito handhaving tot een arbeidsmarkt van het Wilde Westen leidt – wie twijfelt, leze de geschiedenis van het uitzendwezen. Het is echter in mijn optiek wel tijd bij het vaststellen van welke regels hebben te gelden in een arbeidsverhouding meer volwaardige varianten toe te laten, waarbij meer dan nu

rekening wordt gehouden met zaken als de maatschappelijke positie van de werkende – iets wat we al doen bij het vaststellen of iemand een arbeidsovereenkomst heeft dan wel een opdrachtnemer is, zoals meneer Groen kan beamen. Een krasse tegenstelling ter illustratie: de statutair bestuurder van een grote NV heeft niet de bescherming van regels met betrekking tot re-integratie en herplaatsing; de laaggeschoolde handarbeider met een opdrachtsovereenkomst mag in geval van een louter door winstperspectieven ingegeven ‘collectief ontslag’ wel wat meer tegemoet zien dan alleen een socialezekerheidsuitkering. Het gaat dus niet om het gat tussen flexibele en vast *arbeidsovereenkomsten*, maar om het gat tussen flexibele en vaste *arbeid*, rekening houdend met de positie die de werkende in het maatschappelijk verkeer inneemt.

Men kan ook als neoliberal inzien dat een computer die op een zolderkamer loonstroken uitspuwt – een bij *payrolling* voorkomende praktijk - geen werkgever kan zijn. Men kan als gestaalde kader-socialist inzien dat de vormgeving van de arbeid achterloopt bij nieuwe ontwikkelingen als Uber – die niet per definitie alleen maar bedreigend zijn. Men kan inzien dat een statutair bestuurder (of de schrijver van dit blog) minder kwetsbaar is dan de schijnzelfstandige in de pakketbezorging of de alfahulp. Bij mijn weten ontbrak, helaas, tot nu toe een Haagse Grote Visie op de totale arbeidsmarkt. Door middel van *piecemeal engineering* worden scherpe kanten van nieuwe ontwikkelingen afgevlind, maar aan de klassieke tweedeling tussen arbeidsovereenkomst en de rest wordt zelden getornd.

Hoe dan verder? Hoe zou de discussie in 2016 (en, vermoed ik, ver daarna) moeten verlopen? Mijn voorzet zou zijn serieus werk te maken van een nieuw systeem van arbeidsbescherming, bestaande uit concentrische cirkels. Dat zo iets mogelijk is, blijkt al uit onderdelen in de huidige vormgeving van het arbeidsrecht in ruime zin: bepaalde zelfstandigen hebben recht op het minimumloon, “schijnzelfstandigen” mogen hun belangen collectief laten behartigen, bestuurders kunnen geen herstel van hun arbeidsovereenkomst vorderen, het maximum-dagloon brengt een duidelijke inkomensgrens aan waarboven de solidariteit stopt (die weg was bij de transitievergoeding overigens blijkbaar niet haalbaar) en opdrachtnemers vallen onder de voor werknemers geldende bedrijfsongevallenregeling van art. 7:658 BW. Uiteraard zou het aanmatigend zijn hier en nu een blauwdruk te geven voor een dergelijke *Code du Travail*, maar een groep experts met kennis van de regelingen en de arbeidsmarkt zou heel goed een voorzet kunnen doen. Het zou mij niet verbazen indien de binnenste kern regels zal bevatten die beschermen tegen gevaarlijke situaties en tegen discriminatie, dat enkele cirkels verder zal zijn bepaald dat arbeidsvoorwaarden bij cao kunnen worden vastgesteld en dat de buitenste cirkel aan bepaalde groepen werknemers meer bescherming zal bieden op het terrein van ontslagvergoedingen, bescherming bij ziekte en herplaatsing. De regulering van de arbeidsmarkt zal geslaagd zijn indien iedere groep krijgt wat haar zou moeten toekomen.



Ik wens u een goed 2016 toe.

