

Het 'tussencontract': meer flex en meer zekerheid?

Na de supermarktbranche liet onlangs ook KLM weten tijdelijke contracten met een looptijd van vier of vijf jaar, in de literatuur ook wel 'tussencontract' genoemd, te willen introduceren. De vakbonden staan over het algemeen kritisch tegenover deze zogenoemde 'tussenbanen'. Maar is dat terecht? Om de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt het hoofd te kunnen bieden zullen zowel werkgevers als werknemers in staat moeten zijn zich aan te passen. Zo zullen werknemers vooral moeten worden geprikkeld om zich door scholing breed inzetbaar te maken en moeten werkgevers nadenken over de vraag hoe zij waardevolle werknemers aan zich kunnen binden.

Het doel van de in 2015 in werking getreden Wet Werk en Zekerheid (WWZ) was onder meer het aanpakken van de groeiende tweedeling op de arbeidsmarkt. Werkgevers zouden de gewenste flexibiliteit krijgen terwijl werknemers de tijd zouden krijgen om zich te ontwikkelen. Dus 'flex minder flex' en 'vast minder vast'.

Wat is een tussencontract?

De wet onderscheidt contracten voor bepaalde en onbepaalde tijd. In tegenstelling tot contracten voor onbepaalde tijd, eindigen contracten voor bepaalde tijd van rechtswege en dus zonder dat opzegging vereist is. Contracten voor bepaalde tijd worden meestal afgesloten voor een beperkte periode van bijvoorbeeld een jaar. Een tussencontract is een contract voor bepaalde tijd voor een langere periode, zoals vier, vijf of zelfs acht jaar.

Betrekkelijk bepaalde tijd

Een tussencontract moet niet worden verward met een contract voor 'betrekkelijk bepaalde tijd'. Deze contractvorm, die niet in de wet is opgenomen, wordt vaak gebruikt bij arbeidsrelaties die worden aangegaan voor een bepaald karwei, project of seizoen, dan wel ter vervanging van een werknemer die tijdelijk afwezig is, bijvoorbeeld in verband met ziekte of ander verlof. Een arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde tijd eindigt in beginsel niet op een vooraf vastgestelde kalenderdatum, maar na het eindigen van de afgesproken werkzaamheden of als de afwezige werknemer weer aan het werk gaat. Het is dus meestal onduidelijk wanneer de arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde tijd precies zal eindigen, zodat een werknemer dus niet of nauwelijks de gelegenheid heeft of geprikkeld wordt om op tijd op zoek te gaan naar een nieuwe baan. Het tussencontract, waarbij wel duidelijk is wanneer dit eindigt, biedt daarom meer zekerheid dan een 'betrekkelijk bepaalde tijd contract'.

De ketenregeling

Om te bevorderen dat werknemers niet te lang op tijdelijke basis werkzaam zijn, is in de wet de zogenoemde 'ketenregeling' opgenomen (art. 7:668a BW). Deze regeling, die bepaalt hoeveel tijdelijke contracten er maximaal achter elkaar gesloten mogen worden vóóordat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, is met de invoering van de WWZ ingeperkt tot maximaal drie contracten voor bepaalde tijd binnen een periode van maximaal twee jaar (was drie jaar). Bovendien is de periode tussen deze contracten voor bepaalde tijd opgerekt naar een periode van meer dan zes maanden (was drie maanden). Bij cao kan van de ketenregeling worden afgeweken.

Overigens is ongewijzigd gebleven dat een arbeidsovereenkomst voor een periode van maximaal drie maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst van twee jaar of langer, van rechtswege eindigt (art. 7:668a lid 3 BW).

De afgelopen jaren is gebleken dat het niet is gelukt om de doelstelling 'minder flex' te realiseren. In het regeerakkoord is aangekondigd dat de ketenregeling mogelijk weer zal worden verruimd. Zoals voorheen ook het geval was is het de bedoeling dat werknemers straks niet al na twee jaar, maar (pas) na drie jaar aanspraak kunnen maken op een vast contract. Dit betekent dat werkgevers het aanbieden van een vast contract nog een jaar kunnen uitstellen. Voor de werknemer is het daarbij positief dat (een jaar) langer gewerkt kan worden voor dezelfde werkgever. Deze versoepeling van de ketenregeling wordt nader uitgewerkt in een wetsvoorstel dat in het derde kwartaal van 2018 wordt verwacht.

Vooralsnog geldt dus dat een keten van, maximaal drie, tijdelijke arbeidsovereenkomsten bij dezelfde werkgever, of een opvolgend werkgever, maximaal twee jaar kan duren. In de wet is echter niets bepaald over de duur van een eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ook een (eerste) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die is aangegaan voor langer dan twee jaar,

eindigt van rechtswege door het verstrijken van de overeengekomen duur. Op grond van de wet is het dus mogelijk om een (tussen)contract voor bepaalde tijd aan te gaan voor een duur van bijvoorbeeld vijf of tien jaar. Het is echter de vraag of dit wenselijk is en wat de gevolgen daarvan zijn.

Tussencontract en ketenregeling

Het doel van de ketenregeling is het voorkomen van onwettig gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten, zodat niet onbepaald de normale ontslagbescherming aan werknemers wordt onthouden. Met de ketenregeling heeft de Nederlandse wetgever invulling gegeven aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Europese Richtlijn betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (Richtlijn 1999/70 EG). Op grond van deze Richtlijn is het uitgangspunt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en het tot stand brengen van een beter evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid. Naast het feit of het tussencontract kan bijdragen aan deze doelstelling, is het ook de vraag in hoeverre het tussencontract de ketenregeling buiten spel kan zetten? Het omzeilen van de ketenregeling kan worden aangemerkt als misbruik van recht. Uit rechtspraak volgt dat hiervan sprake is als een constructie enkel en alleen wordt gebruikt om aan werknemers ontslagbescherming te ontnemen. Zo oordeelde de kantonrechter te Amsterdam dat een payrollovereenkomst na drie tijdelijke contracten heeft te gelden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat deze constructie slechts door de werkgever leek te zijn gekozen om de ontslagbescherming van de werknemer te omzeilen. Zolang het tussencontract niet met dit doel gebruikt wordt, zal van misbruik van recht geen sprake zijn. Overigens hebben werkgevers en CNV Vakmensen (FNV haakte bij de onderhandelingen af) in het kader van het onderhandelaarsakkoord over de cao Levensmiddelenbedrijf afgesproken dat de tussenbaan niet in de plaats zal komen van het vaste contract. De praktijk zal leren of dit daadwerkelijk het geval is.

Voordelen voor werkgevers

Een werkgever die een tussencontract is aangegaan, zal waarschijnlijk niet snel geneigd zijn om dit tussencontract te verlengen. Als dit contract verlengd wordt, zal immers sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Tenzij sprake is van een eenmalige verlenging van ten hoogste drie maanden. De kans is dus groot dat een werkgever ervoor zal kiezen om het tussencontract van rechtswege te laten eindigen en vervolgens een nieuw tussencontract aan te gaan met een andere werknemer. Zo hoeft de werkgever minder vaak op zoek te gaan naar nieuw tijdelijk personeel. Dit bespaart enerzijds (wervings- en selectie)kosten, terwijl anderzijds minder tijd in het inwerken van nieuwe krachten hoeft te worden geïnvesteerd. Bovendien heeft de werkgever langer de gelegenheid om de kwaliteiten van de werknemer en zijn toegevoegde waarde voor het bedrijf te beoordelen. Een ander positief aspect van de langere duur van het

tussencontract voor de werkgever is dat de werkgever meer mogelijkheden heeft om goede werknemers aan de onderneming te binden en zo kan voorkomen dat deze werknemers aan het einde van de looptijd naar de (grootste) concurrent vertrekken. Dit risico speelt met name in sectoren waar schaarste heerst aan goed opgeleid personeel, zoals de ict en het onderwijs. Ook van belang is dat sinds de inwerkingtreding van de WWZ het in beginsel niet mogelijk is om rechtsgeldig een concurrentiebeding in een contract voor bepaalde tijd overeen te komen. Dit kan alleen als concreet in de arbeidsovereenkomst wordt gemotiveerd waarom het concurrentiebeding noodzakelijk is op grond van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Hoewel hiervan blijkens rechtspraak niet snel sprake zal zijn, kan het feit dat een tussencontract een langere duur heeft mogelijk een bijkomend argument zijn voor de rechtsgeldigheid van een concurrentiebeding in een tussencontract.

Met het tussencontract wordt de flexibiliteit voor werkgevers dus feitelijk vergroot. En dit past weer in de huidige veranderende arbeidsmarkt. De tijd dat werknemers hun hele leven voor een werkgever werkten ('lifetime employment'), lijkt immers achter ons te liggen.

Voordelen voor werknemers

Het tussencontract biedt niet alleen voordelen voor werkgevers. Positief voor werknemers is bijvoorbeeld dat het tussencontract ten opzichte van de kortere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot meer zekerheid voor werknemers kan leiden. Zo kan een tussencontract met name aantrekkelijk zijn voor specifieke groepen werknemers, zoals pas afgestudeerden, ouderen, werklozen en mensen die hun carrière een andere wending willen geven. In dat kader wordt de tussenbaan ook wel een doorgroeibaan genoemd. Zo hebben werknemers die op basis van een tussencontract voor een langere periode voor eenzelfde werkgever werkzaam zijn meer gelegenheid om zich te ontwikkelen door onder meer scholing, wat de kans op een verlenging van de arbeidsovereenkomst met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan vergroten. Krijgt de werknemer desondanks geen vast contract aangeboden, dan heeft dit in ieder geval wel zijn employability vergroot.

Een ander voor de werknemer positief aspect ziet op de loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid. Mocht een werknemer tijdens een tussencontract langdurig arbeidsongeschikt raken, dan is de kans groter dat hij gedurende het (langere) dienstverband de kans krijgt om te re-integreren onder verantwoordelijkheid van de werkgever, in plaats van onder verantwoordelijkheid van het UWV.

Tot slot heeft de werknemer van wie het tussencontract niet verlengd wordt op initiatief van de werkgever recht op betaling van een transitievergoeding door de werkgever. Vooralsnog heeft een werknemer wiens arbeidsovereenkomst met een (totale) duur van korter dan twee jaar van rechtswege eindigt, dit recht niet. Hoewel het tussencontract werknemers de mogelijkheid



biedt om voor een langere periode voor een werkgever werkzaam te zijn, moeten werknemers er rekening mee houden dat dit contract van rechtswege eindigt na het verstrijken van de overeengekomen duur. Daarom zullen werknemers bij een tussencontract meer bezig moeten zijn met de gevolgen van het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst, dan wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze onzekerheid kan gedeeltelijk beperkt worden als werknemers bereid zijn in hun ontwikkeling te investeren en op deze manier hun baanmobiliteit vergroten. Scholing is dan ook een belangrijke voorwaarde voor een succesvol tussencontract.

Scholing

Sinds de invoering van de WWZ is scholing op meerdere plekken in de wet verankerd. Zo geldt er een wettelijke verplichting voor de werkgever om de werknemer in staat te stellen om scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie (art. 7:611a BW). Ook speelt scholing een rol bij de toets of een arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd, al dan niet op grond van disfunctioneren (art. 7:669 lid 1 en 3 sub d BW).

De wettelijk vastgelegde scholingsverplichting is ge-

Scholingskosten

De wettelijk verplichte scholing houdt overigens niet in dat de kosten voor de scholing voor rekening van de werkgever komen. Het staat de werkgever vrij om terugbetalingsafspraken met de werknemer te maken. Kosten die zien op arbeidsmarktgerichte scholing mogen, onder voorwaarden in mindering worden gebracht op een transitievergoeding (Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding).

Instemmingsrecht ondernemingsraad

De ondernemingsraad heeft op grond van art. 27 lid 1 onder 7 WOR een instemmingsrecht ten aanzien van een regeling op het gebied van personeelsopleiding. Nu scholing een belangrijke voorwaarde is voor het succesvol gebruik van het tussencontract, dient de ondernemer hierover met de OR tot een goede toekomstbestendige regeling te komen.

richt op functiegerichte scholing en scholing voor een functie binnen dezelfde organisatie en dus niet op scholing om elders een baan te vinden (arbeidsmarktgerichte scholing). Deze scholingsverplichting geldt ook in het geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en dus ook voor een tussencontract.

Hoewel arbeidsmarktgerichte scholing onderdeel is van de voornoemde Europese richtlijn betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, is deze scholing (nog) niet in de Nederlandse wet geïmplementeerd. Omdat een goede inzetbaarheid op de arbeidsmarkt ook, of zelfs juist voor tijdelijk personeel van belang is heeft onder andere de SER begin 2017 in het rapport Leren en ontwikkelen, gepleit voor een individuele leer- of ontwikkelrekening waar werknemers, werkgevers en sectorale scholingsfondsen geld op kunnen storten, ten behoeve van een ontwikkeltraject naar keuze voor werknemers. Gezien de huidige economische groei, de vergrijzing en beperkte bevolkingsgroei is er een groeiend tekort aan goed (opgeleid) personeel, zodat (permanente) scholing zowel voor werkgevers als werknemers, onmisbaar is. Zolang de wet op dit punt niet is aangepast, ligt hier een rol voor sociale partners of ondernemingsraden.

Leerrekening

In de cao Levensmiddelenbedrijf 2017-2019 (Supermarkten) is voor het bekostigen van de scholing van werknemers met een tussencontract een 'leerrekening' geïntroduceerd. Werknemers met een tussencontract van vier jaar en een arbeidsduur van minimaal 12 uur per week, de zogenoemde 'tussenbaners', hebben per 1 januari 2018 recht op een persoonlijk opleidingsbudget van € 175 per jaar. Dit bedrag (met een maximum van viermaal het jaarbudget) wordt buiten de werkgever gestort op een individuele 'leerrekening'. De werknemer kan het persoonlijk opleidingsbudget naar vrije invulling besteden aan scholing en ontwikkeling en kan het opgespaarde bedrag eventueel meenemen naar een andere baan.

Mits goed georganiseerd kan het tussencontract de arbeidsvoorwaarden en de perspectieven voor een grote groep mensen met een zwakkere arbeidsmarktpositie

verbeteren. Deze groepen krijgen immers meer perspectief op langduriger werk én op een vervolgstap naar ander werk. Nadeel daarentegen is dat werkgevers mogelijk alleen nog tussenbanen aanbieden, omdat vaste contracten uiteindelijk toch een stuk duurder zijn. Hier is een rol voor de sociale partners weggelegd.

Duurzame inzetbaarheid

Het tussencontract kan voor zowel werkgevers als werknemers ook uitkomst bieden in het kader van duurzame inzetbaarheid. Niet alleen ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, waaronder het verschuiven van de pensioengerechtigde leeftijd, maar ook technologische ontwikkelingen en internationalisering maken het noodzakelijk dat werknemers zich voortdurend blijven ontwikkelen. Het is echter niet altijd haalbaar om werknemers binnen de huidige organisatie duurzaam in te blijven zetten. Daarom kan zowel voor werkgevers als voor werknemers een tussencontract interessant zijn. Met name voor oudere werknemers die aan het einde van hun werkzame leven nog extra pensioen op willen opbouwen. De wetgever heeft de laatste jaren bij de invoering van de WWZ en de 'Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd' er al voor gezorgd dat het in dienst nemen en houden van oudere werknemers aantrekkelijker is geworden voor werkgevers. Het tussencontract kan daar een mooie aanvulling op zijn.

Rol ondernemingsraad

Tot slot willen wij nog wijzen op de medezeggenschapsrechten die van toepassing kunnen zijn bij de invoering van tussencontracten. Als het toepassen van tussencontracten niet inhoudelijk is geregeld in een cao of een regeling van arbeidsvoorwaarden die vastgesteld zijn door een publiekrechtelijk orgaan, dan zal de keuze om tussencontracten aan te bieden ter instemming aan de ondernemingsraad moeten worden voorgelegd. De ondernemingsraad treedt vanuit zijn rol op als vertegenwoordiger van de werknemers enerzijds en als overlegpartner van de ondernemer anderzijds. Daarbij moet de ondernemingsraad steeds een belangenafweging maken tussen het belang van het goed functioneren

van de onderneming en het belang van de in de onderneming werkzame personen. Voor een goede personeels-samenstelling binnen de onderneming is het aanstellings-, ontslag en bevorderingsbeleid van groot belang. Denk hierbij aan zaken als het wervingsbeleid, sollicitatieprocedures (intern en extern), inhuur van externen en inzet van flexibele arbeid (bijvoorbeeld uitzendkrachten), het soort aanstellingen (bepaalde tijd of vast contract) en regelingen inclusief faciliteiten bij de uitstroom van medewerkers. Stuk voor stuk aspecten die van belang zijn bij de vraag of het gebruik van een tussencontract binnen de organisatie wenselijk is. De ondernemingsraad heeft op grond van art. 27 lid 1 onder

Tijdige aanzegging

Is met een werknemer een tussencontract aangegaan, vergeet dan niet de uiterlijkste datum waarop aan de aanzegplicht (art. 7:668 BW) moet zijn voldaan, goed in de administratie vast te leggen, om betaling van een extra vergoeding van maximaal een maandsalaris te voorkomen.

Ook is het verstandig om standaard in het (langere) tussencontract een mogelijkheid van tussentijdse opzegging overeen te komen.

e WOR een instemmingsrecht ten aanzien van de voornoemde regelingen. Over het aannemen van bepaalde categorieën werknemers, zoals vijftigplussers of net afgestudeerden en het soort aanstelling moet de ondernemer dus met de OR om de tafel.

Conclusie

Of het tussencontract daadwerkelijk bij zal dragen aan de doelstelling van de wetgever tot minder flex en meer vast, is nog niet duidelijk. Wij zijn benieuwd naar wat er in de praktijk gebeurt als de looptijd van de tussencontracten, als eerste in de supermarktbranche (cao Levensmiddelenbedrijf), verstrijken. Dit laat onverlet dat het tussencontract kansen biedt voor zowel werkgevers als werknemers. Dit is echter in belangrijke mate afhankelijk van de sector waarbinnen een werkgever opereert en de doelgroep waarop het tussencontract wordt toegesneden. Het is aan de werkgever, de sociale partners en de OR om in gezamenlijkheid na te denken over de vraag waar en onder welke omstandigheden het tussencontract kan worden ingezet om te komen tot een goede balans tussen flex en zekerheid. Dat daarvoor goede afspraken moeten worden gemaakt over scholing en een eventueel opleidingsbudget, zoals een leerrekening, is evident. Zeker zo lang de arbeidsmarktgerichte scholing niet in de wet is geregeld. ■

mr. J.L. Sintemaartensdijk en **mr. B.R. van Dam-Keuken**, *De Clercq advocaten en notariaat*, www.declercq.com

Wet: art. 7:611a, 7:668, 7:668a, 7:669; art. 23, 27 WOR

Jurisprudentie: Rb. Amsterdam 19-01-2018, 6397048 EA VERZ 17-923 (ECLI: NL:RBAMS:2018:420)

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl

Initiatiefrecht ondernemingsraad

Het tussencontract kan, mits duidelijk is voor welke doelgroep deze wordt gebruikt, de toepassing hiervan goed geregeld/vastgelegd is, best interessant zijn. De ondernemingsraad kan dit onderwerp op de agenda van de overlegvergadering plaatsen om hierover met de ondernemer van gedachten te wisselen. Ook kan de OR met gebruikmaking van zijn initiatiefrecht (art. 23 lid 3 WOR) buiten de overlegvergadering om een initiatiefvoorstel doen over dit onderwerp.