



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Flexibele arbeid

Zekić, Nuna

Publication date

2020

Document Version

Author accepted manuscript

Published in

Ontslagrecht in hoofdlijnen

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zekić, N. (2020). Flexibele arbeid. In F. J. L. Pennings, & L. C. J. Sprengers (Eds.), *Ontslagrecht in hoofdlijnen* (pp. 203-228). (Monografieën Sociaal Recht). Wolters-Kluwer.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Tilburg University

Flexibele arbeid

Zekić, Nuna

Published in:
Ontslagrecht in hoofdlijnen

Publication date:
2020

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Zekić, N. (2020). Flexibele arbeid. In F. J. L. Pennings, & L. C. J. Sprengers (editors), *Ontslagrecht in hoofdlijnen* (2nd redactie, blz. 203-228). (Monografieën Sociaal Recht; Nr. 72). Wolters Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Flexibele arbeid

N. ZEKIĆ¹

1. Inleiding

De arbeidsmarkt lijkt structureel veranderd. Het aantal werkenden met een vast contract is fors gedaald, terwijl het aantal werkenden met een flexibel contract sterk is toegenomen. In mei 2019 meldde de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) dat bijna 2 miljoen mensen op basis van een flexibel contract werken en ruim 1 miljoen mensen als zzp'er.² Met name het deel van de beroepsbevolking dat werkzaam is op basis van een contract zonder vaste uren of als zzp'er is sterk toegenomen. Werknemers met een flexibel contract bevinden zich in een slechtere positie dan werknemers in vaste dienst. De hervormingen van de afgelopen jaren kenmerken zich dan ook door een zoektocht naar een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt. Dat zien we terug in Wet arbeidsmarkt in balans, maar ook in Wet Werk en zekerheid.³ De ontslagbescherming van de personen met vaste contracten is aangepast teneinde het stelsel onder andere minder kostbaar voor werkgevers te maken, terwijl de positie van de flexibele werknemers is verbeterd. Dat is althans de wens van de wetgever geweest en op de door hem voorgestane balans is dit hoofdstuk gericht. De centrale vraag is: Welke maatregelen zijn met de Wwz en de Wab geïntroduceerd teneinde de positie van de flexibele arbeiders te verbeteren en wat zijn de recente ontwikkelingen op die terreinen geweest? Daar waar mogelijk wordt gekeken in hoeverre we kunnen zeggen dat de wetgever de juiste maatregelen heeft genomen om zijn doel te bereiken.

Er zijn in de afgelopen jaren ook andere wetgevende initiatieven dan alleen de Wwz en de Wab genomen om de problematiek rondom de flexibele arbeid aan te pakken en er worden ook in de toekomst nog maatregelen verwacht.⁴ Zo werd samen met het wetsvoorstel Wwz een *Plan van aanpak schijnconstructies* aan de Tweede Kamer gezonden.⁵ Zeer belangrijk in dit verband zijn voorts de regels rondom de zelfstandigen zonder personeel. Het kabinet heeft een onafhankelijke

¹ Mr. dr. Nuna Zekić is universitair hoofddocent arbeidsrecht aan Tilburg University.

² *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, J, p. 2.

³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 4; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 2.

⁴ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2017/18, 29544, nr. 813.

⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 17050, nr. 428. Dit is later Wet aanpak schijnconstructies geworden, *Stb.* 2015, 233 (laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2017, 24).

adviescommissie (commissie Regulering van werk) gevraagd een advies uit te brengen over hoe de stelsels van arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit beter kunnen aansluiten bij de behoeften en omstandigheden van de huidige tijd en de toekomst.⁶ Vanwege de opzet van dit boek en de beperkte ruimte gaat dit hoofdstuk alleen in op de wijzigingen die volgen uit de Wwz en de Wab. Dat betekent dat wetswijzigingen worden besproken die voortvloeien uit deze wetten ten aanzien van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de driehoeksrelaties en de oproepovereenkomsten. Om dezelfde redenen wordt slechts aangestipt dat bij de financiering van de WW premiedifferentiatie is doorgevoerd, waardoor werkgevers voor personen met vaste contracten een lagere WW-premie en voor personen met flexibele contracten een hogere WW-premie moeten afdragen (zie par. 10.7). Het onderzoek voor deze bijdrage is eind februari 2020 afgerond.

2. Beleid ten aanzien van flexibele arbeid

Een van de prangende problemen van het hedendaagse sociale beleid is de flexibilisering van de arbeidsmarkt. Er is sprake van een groei van allerlei soorten flexibele arbeid, zoals oproepcontracten, uitzendarbeid, payrolling en contracting, maar ook van de inzet van zzp'ers. Het zijn met name laagopgeleiden die flexibele contracten hebben: in 2003 had 26% van de laagopgeleide werkzame beroepsbevolking een flexibel contract of was zzp'er, in 2019 meldt het CPB dat in totaal 45% van de laagopgeleide werkzame beroepsbevolking een flexibel contract heeft of zzp'er is.⁷ Er lijkt bovendien steeds minder doorstroming van flexibel werk naar vaste contracten plaats te vinden, hoewel robuuste cijfers over de meest recente jaren nog ontbreken.⁸ Uit verschillende onderzoeken blijkt dat werknemers met een flexibel contract gemiddeld minder verdienen dan werknemers met een vaste arbeidsrelatie.⁹ Flexibele werknemers verdienen in de praktijk per uur gemiddeld minder dan werknemers met een vast dienstverband. Met name bij oproepkrachten is het verschil met vaste werknemers groot. Onderzoekers verklaren dit door te wijzen naar het feit dat jongeren relatief vaak als oproepwerknemer werken. Wanneer echter gecorrigeerd wordt voor allerlei achtergrondkenmerken, zoals leeftijd, blijkt dat vooral *uitzendkrachten* een grote loonkloof hebben ten opzichte van vaste werknemers.¹⁰ Flexibele

⁶ Commissie Regulering van werk, *In wat voor land willen we leven?*, eindrapport 23 januari 2020.

⁷ CPB, 'Concept Centraal Economisch Plan 2019', CPB Raming, maart 2019, p. 15-16, <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/Centraal-Economisch-Plan-CEP-2019.pdf>.

⁸ L. Köster en W. Smits, 'Tijdelijk werk: Nederland in Europees perspectief', in: CBS, *Dynamiek op de Nederlandse Arbeidsmarkt 2014*, 2015, p. 147-148 e.v. Zie ook onderzoek uitgevoerd in opdracht van het ministerie van SZW, A. Heyma en S. van der Werff, *De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers*, Amsterdam: SEO 2013; R. Dekker, 'Doorstroom van Flexwerkers', *ESB Arbeidsrecht* 2012 (4628), p. 70-73.

⁹ Zie bijv. W. Smits en O. Skriabikova, 'Beloning van flexwerkers: De invloed van opleiding, beroep en bedrijf', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2019 vol. 35 nr. 1, p. 26-37 en aldaar genoemde bronnen.

¹⁰ Idem.

werknemers werken vaak op tijdelijke basis en zij hebben dan ook een grotere kans op werkloosheid, wat doorgaans niet goed uitpakt voor hun inkomen.¹¹ Sommige (flexibele) werknemers verdienen zo weinig dat ze onder de armoedegrens uitkomen. Zij worden ook wel aangeduid als 'werkende armen'.¹² In 2018 rapporteerde het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) dat de meeste werkende armen actief zijn als zelfstandige, deeltijdwerknemer of oproepkracht.¹³ Onderzoek laat ook zien dat de flexibele werknemers ontevredener zijn over de kwaliteit van de arbeid dan vaste werknemers.¹⁴ Daar blijken ook andere redenen voor te zijn dan alleen van financiële aard. Zo is de fysieke belasting (herhalende bewegingen moeten maken, in ongemakkelijke houdingen werken) van oproep- en invalkrachten hoger dan van vaste werknemers. Uitzendwerknemers en oproep- en invalkrachten werken aanzienlijk vaker in ploegendiensten dan vaste werknemers. Vaste werknemers hebben meer autonomie, mentale inspanning en variatie in het werk dan flexibele werknemers.¹⁵

Flexibele arbeid groeit en is in Nederland gemiddeld hoger dan in andere landen.¹⁶ De wetgever acht het aannemelijk dat de institutionele vormgeving van de Nederlandse arbeidsmarkt hierin een belangrijke rol speelt. Globalisering en technologische en culturele ontwikkelingen spelen immers ook in andere landen.¹⁷ Als gevolg van Nederlandse wet- en regelgeving zijn de kosten en risico's bij vaste en flexibele arbeid verschillend. Dat verschil heeft de wetgever zowel met de Wwz als met de Wab willen aanpakken. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Wwz constateerde de regering dat de mogelijkheden die het huidige 'flexrecht' aan werkgevers biedt om werknemers in dienst te nemen op basis van een flexibel contract in toenemende mate op een oneigenlijke manier gebruikt lijkt te worden.¹⁸ Een van de doelen van de Wwz was dan ook om dit 'oneigenlijk gebruik van flexibele arbeid' tegen te gaan.¹⁹ Daaronder verstaat de wetgever 'constructies waarbij sprake is van het structureel en langdurig inzetten van een werknemer op basis van een flexibel contract'.²⁰ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wab zien we geen verwijzingen meer naar 'oneigenlijk gebruik van flexibele arbeid'. Flexibele contracten zijn nodig, aldus de wetgever, maar nu vindt de keuze voor flexibiliteit door werkgevers te veel plaats op basis van het verschil in kosten. Het doel van de wijzigingen is om concurrentie op

¹¹ SCP, *Als werk weinig opbrengt*, 2018, p. 88.

¹² Ibid, p. 172. In 2014 verkeerde 4,6% van de werkenden onder de armoedegrens, wat overeenkomt met bijna 320.000 werkenden in de leeftijd van 20-64 jaar.

¹³ SCP, *Als werk weinig opbrengt*, 2018, p. 26.

¹⁴ K. Kraan en S. Verbiest, *Trends in kwaliteit van de arbeid van flexibele en vaste werknemers en multi-jobbers: De ontwikkelingen in het afgelopen decennium*, TNO 29 maart 2019.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ R. Euwals, M. de Graaf-Zijl en D. van Vuuren, *Flexibiliteit op de arbeidsmarkt*, Den Haag: Centraal Planbureau 2016, p. 4.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 3.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 4.

¹⁹ Zie bijv. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 27.

²⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 4.

arbeidsvoorwaarden te beperken en te voorkomen dat de flexibiliteit voor de werk- of opdrachtgever ten koste gaat van de arbeidsmarktpositie van de werkende.²¹

De Wab wordt gezien als een correctie op of een bijstelling van de Wwz.²² Opvallend is echter dat de Wab ingevoerd is, nog voordat de Wwz geëvalueerd is. De Wwz heeft het arbeidsrecht ingrijpend gewijzigd. Toch zijn met de Wab correcties op de Wwz doorgevoerd, terwijl de echte (langdurige) effecten van de Wwz nog niet zichtbaar zijn. Men zou ook kunnen zeggen dat de Wab wat flexibele arbeid betreft verder gaat waar de Wwz is gebleven. Met name bij oproepwerk en payrolling lijkt dat zo te zijn. Daar is de regelgeving drastisch veranderd. Toch dienen niet alle maatregelen per definitie ter verbetering van de rechtspositie van de flexibele werknemers. De termijn van belang voor de ketenregeling wordt van twee jaar teruggedraaid naar drie jaar. Ook wordt meer ruimte gecreëerd om af te wijken van de ketenbepaling voor terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende negen maanden in een jaar kan worden verricht. Deze maatregelen lijken de eerdergenoemde correcties op de Wwz te zijn. Nieuw is verder de introductie van de WW-premiedifferentiatie voor vaste en flexibele contracten. Werkloosheidsrisico's worden daardoor niet langer beprijsd via sectorale differentiatie, maar via differentiatie naar aard van het contract.²³

3. Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

3.1 Einde van rechtswege en de transitievergoeding

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt in principe van rechtswege wanneer de tijd waarvoor de overeenkomst is aangegaan, is verstreken (art. 7:667 lid 1 BW). De arbeidsovereenkomst kan zijn aangegaan voor een bepaalde duur waarbij het einde van die duur kalendermatig is bepaald, maar het kan ook zijn dat het einde niet kalendermatig is bepaald. Dat laatste is toegestaan waarbij de rechtspraak nadere eisen heeft gesteld. Zo moet de einddatum objectief bepaalbaar en voldoende scherp zijn omschreven.²⁴ Tot 1 juli 2015 bepaalde het eerste lid van artikel 667 dat ook de wet en het gebruik tot gevolg kunnen hebben dat de arbeidsovereenkomst op een bepaald tijdstip van rechtswege eindigt. De verwijzing naar het gebruik is met de Wwz komen te vervallen. In plaats daarvan is in een specifieke regeling

²¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 8.

²² Zie bijv. B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/1876.

²³ Zie bijv. C.S. Kehrer-Bot, 'De onderbelichte premiedifferentiatie WW', *ArbeidsRecht* 2019/56. Zie ook Besluit van 24 juni 2019 tot wijziging van het Besluit Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen, *Stb.* 2019, 236 en par. 10.7 van dit boek.

²⁴ Zie bijv. W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk en D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 20-22, 343.

voorzien voor opzeggingen in verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (art. 7:669 lid 4 BW).²⁵ In het tweede lid van artikel 667 waarin is bepaald in welke gevallen voorafgaande opzegging toch is vereist, is de verwijzing naar het gebruik wel blijven staan, omdat daarmee wordt bedoeld op bepaalde gebruiken binnen branches die zich ook in de toekomst kunnen voordoen.²⁶ Het voornaamste blijft dat (cao-)partijen zelf kunnen overeenkomen dat opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nodig is.

Het vierde lid van artikel 667 BW, waarin de zogenoemde *Ragetlie*-regel is opgenomen, is sinds de Wwz gewijzigd om de regel beter te laten aansluiten bij de formulering van de ketenregeling (art. 668a BW). Opzegging is vereist indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst aansluitend of na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden is opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In dat geval moet de opzegtermijn krachtens hetzelfde artikellid worden berekend vanaf de ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁷ De *Ragetlie*-regel geldt niet als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is opgezegd als bedoeld in artikel 671 lid 1, onderdelen a tot en met h, of door ontbinding door de rechter is geëindigd en wordt voortgezet door een tijdelijke arbeidsovereenkomst.²⁸ Indien de werknemer dus instemt met de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar aansluitend of binnen zes maanden wordt tussen dezelfde partijen een tijdelijke arbeidsovereenkomst gesloten, dan is de *Ragetlie*-regel van toepassing en eindigt deze arbeidsovereenkomst niet van rechtswege.²⁹ Lid 5 van artikel 667 bepaalt dat de *Ragetlie*-regel van overeenkomstige toepassing is wanneer een werknemer werkt voor weliswaar juridisch verschillende werkgevers maar die ten opzichte van de werkzaamheden kunnen worden beschouwd als opvolgende werkgevers.³⁰

Afgezien van de *Ragetlie*-regel heeft de wetgever artikel 667 – het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – niet aanmerkelijk gewijzigd. De Wwz en de Wab hebben echter wel door middel van de transitievergoeding op dit punt voor een belangrijke verandering gezorgd (zie ook hoofdstuk 5 van dit boek). Vóór de Wwz gaf het einde van de arbeidsovereenkomst *an sich* een werknemer geen recht op een financiële voorziening en zeker

²⁵ Zie ook HR 13 juli 2012, LJN BW3367, *JAR* 2012/209 (*Van der Pol c.a./KLM*) voor het in de arbeidsovereenkomst overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Een dergelijk 'pensioenontslagbeding' kan ook in de cao worden opgenomen; zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:304.

²⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 38. Ook deze verwijzing lijkt echter een dode letter, zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk en D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 345.

²⁷ Zie HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222, *TRA* 2019/29 m.nt. Dekker (*ESS*).

²⁸ De *Ragetlie*-regel is voorts niet van toepassing indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opgezegd is door de curator na faillissement van de werkgever of geëindigd is in verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd door de werknemer.

²⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3 (MvT), p. 93; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E (MvA), p. 82.

³⁰ Opvolgend werkgeverschap komt in paragraaf 3.2 aan de orde.

niet bij het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst.³¹ Dat is met de Wwz en de Wab anders geworden. De transitievergoeding komt in principe iedere werknemer toe bij het einde van het dienstverband op initiatief van de werkgever. Aanvankelijk was dat alleen het geval indien de arbeidsovereenkomst twee jaar of langer had geduurd. Na de Wab bouwt elke werknemer vanaf de eerste dag een recht op een transitievergoeding op. Het doel hiervan was om de verschillen in ontslagkosten tussen flexibele en vaste contracten te verkleinen teneinde het voor werkgevers aantrekkelijker te maken 'om tijdelijke werknemers te laten doorstromen naar een vast contract'.³² Tegelijkertijd is de transitievergoeding aanzienlijk verlaagd ten opzichte van de ontslagvergoedingen gebaseerd op de oude kantonrechttersformule. Met de Wab werd de transitievergoeding verder verlaagd.³³

3.2 Aanzegplicht

Het is al lang bekend dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vaak als een verkapte proeftijd wordt gebruikt.³⁴ Veel tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden immers voortgezet. Een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan dus in onzekerheid verkeren over de continuering van het dienstverband. Om de werknemer meer zekerheid te bieden en hem in de gelegenheid te stellen naar ander werk te zoeken is met de Wwz een aanzegplicht voor werkgevers ingevoerd (art. 7:668 BW). Bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die zes maanden of langer duren en waarvan het einde kalendermatig is bepaald is de werkgever verplicht uiterlijk een maand voordat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, de werknemer schriftelijk te informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst en, bij voortzetting, over de voorwaarden waaronder hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten. De sanctie op het niet-nakomen van deze verplichting is geregeld in het derde lid: de werkgever dient een vergoeding te betalen gelijk aan het bedrag van het loon voor één maand.³⁵ Bij niet-tijdige nakoming is hij een vergoeding naar rato verschuldigd. De bevoegdheid een verzoekschrift bij de kantonrechter in te dienen om betaling af

³¹ Bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd was dat slechts het geval als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding gaven. Zie daarover bijv. A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen. Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* 2010, p. 577.

³² *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3 (MvT), p. 5.

³³ Zie verder over de transitievergoeding hoofdstuk 5 in dit boek.

³⁴ A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 191.

³⁵ Zie Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (*Stb.* 2014, 538) en Regeling looncomponenten en arbeidsduur (*Stcrt.* 2015, 34289) voor wat onder loon wordt verstaan. De vergoeding is niet verschuldigd, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is.

te dwingen vervalt drie maanden na het ontstaan van de aanzegplicht (art. 7:686a, lid 4 sub e BW). De aanzegging is niet nodig indien de arbeidsovereenkomst door opzegging eindigt.³⁶

In termen van de verbetering van de rechtspositie van flexibele arbeiders verwachtten sommige auteurs niet veel van deze verplichting.³⁷ Dat heeft ook met het volgende te maken. Reeds tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel werd de situatie aan de orde gesteld waarin de werkgever direct bij de aanvang van het dienstverband op schrift stelt dat de relatie niet zal worden voortgezet. De minister antwoorde hierop dat dat inderdaad mogelijk is en dat hiermee voldaan is aan een tijdige aanzegging.³⁸ Toch kunnen er gecompliceerde situaties ontstaan. Wat gebeurt er bijvoorbeeld als de werknemer na afloop van de duur van de overeenkomst in strijd met de eerdere aanzegging zijn werkzaamheden blijft verrichten, zonder dat er wordt gesproken over de voorwaarden waaronder?³⁹ Art. 7:668, lid 4, BW regelt namelijk dat de arbeidsovereenkomst wordt geacht voor dezelfde tijd, maar ten hoogste voor één jaar, op de vroegere voorwaarden te zijn voortgezet, indien de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de tijd wordt voortgezet en de werkgever de aanzegverplichting *niet* is nagekomen. De werkgever is de aanzegplicht in dit geval echter wel nagekomen (door bijvoorbeeld bij voorbaat aan te zeggen), maar hij handelt er vervolgens mee in strijd. De meerderheid van de schrijvers lijkt de mening te delen dat deze situatie wel onder art. 7:668, lid 4, onder a, valt.⁴⁰ Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst wenst voort te zetten, dient hij ook tijdig de werknemer te informeren en dient hij daarbij de voorwaarden te vermelden waaronder hij de overeenkomst wil voortzetten. Daarin kan dus een aanbod aan de werknemer besloten liggen.⁴¹ Als de werkgever zich op een later moment bedenkt, kan hij in principe zijn aanbod herroepen, tenzij het aanbod door de werknemer is aanvaard (art. 6:219, lid 2, BW).⁴²

Ook bij een verlenging (voor onbepaalde tijd) kan een recht op aanzegvergoeding ontstaan.⁴³ Een werkgever wordt niet ontslagen van de aanzegverplichting wanneer hij vóór het einde van de

³⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3 (MvT), p. 94.

³⁷ Zie bijv. A. van Zanten-Baris, 'Verslag discussie Nationaal Arbeidsrecht Diner 2014: Wet Werk en Zekerheid', *ArbeidsRecht* 2014/36. Zie ook A.G. Veldman en D.B.J. de Wolff, "'Privatisering" van arbeidsmarktbeleid in relatie tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *TRA* 2017/81.

³⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 35. Zie ook Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3201.

³⁹ C.E. Dingemans, 'Tijdelijke arbeidsovereenkomsten en de ketenregeling (en de WWZ)' in: B. ter Weel e.a., *De flexibele arbeidsmarkt in beweging*, Den Haag: Sdu 2016, p. 56.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 56-57; L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2016, p. 56-57. Vlg. I. Lintsen, 'Verslag plenaire discussie Nationaal Arbeidsrecht Congres', in C.J. Loonstra e.a., *Werk en zekerheid in beweging*, Den Haag: Sdu 2015, p. 153-155.

⁴¹ W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk en D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 348.

⁴² Dan wel tenzij het aanbod een termijn voor aanvaarding inhoudt of de onherroepelijkheid ervan op andere wijze uit het aanbod volgt.

⁴³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 36. Zie bijv. Rb. Limburg 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10269; Rb. Rotterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8201.

arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt, ook niet indien de werknemer zelf enkele dagen vóór het einde meldt geen verlenging van de arbeidsovereenkomst te wensen.⁴⁴ Over het algemeen wordt de schriftelijke aanzegverplichting dus strikt toegepast.⁴⁵ Aan de mondelinge aanzegging komt geen betekenis toe, nu de wetgever uitdrukkelijk verlangt dat de aanzegging schriftelijk geschiedt.⁴⁶ Volgens het hof Den Haag is het dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar dat de werknemer een beroep toekomt op het ontbreken van de vereiste schriftelijke aanzegging in het geval de werknemer wist waar hij aan toe was, omdat alles mondeling met hem was besproken.⁴⁷ Het hof laat hier wel een kleine opening voor de situatie waarin de aanzegverplichting puur een formaliteit is. Het schriftelijkheidsvereiste wordt echter ruim geïnterpreteerd.⁴⁸ Een e-mail, een WhatsApp-bericht⁴⁹ of een bericht via LinkedIn⁵⁰ is voldoende om te voldoen aan de schriftelijke aanzegging. De werkgever moet echter wel kunnen bewijzen dat hij tijdig heeft aangezegd.

De Hoge Raad heeft zich uitgesproken over de vraag of een aanzegging kan worden gezien als een opzegging. Die vraag is bijvoorbeeld van belang wanneer voor partijen niet duidelijk is of de arbeidsovereenkomst geconverteerd is in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat was het geval bij de werknemer van een vennootschap die in staat van faillissement was verklaard en daarna overgenomen was door een derde. De nieuwe werkgever sloot met de werknemer in kwestie twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, maar besloot daarop alle activiteiten te beëindigen. Aan de werknemer werd een brief gestuurd waarin staat dat 'de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die op 10 september 2015 afloopt, niet zal worden verlengd' en dat de brief een 'aanzegging als bedoeld in art. 7:668, lid 1 BW' is. Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat een aanzegging dat een arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd niet kan worden gezien als een opzegging.⁵¹ De Hoge Raad vernietigde hierop deze beschikking: het hof had immers aangenomen dat de werknemer werkte op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. 'Daarvan uitgaande is een aanzegging als bedoeld in art. 7:668, lid 1 BW in geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zinledig.'⁵² Een onterechte aanzegging kan onder omstandigheden als een opzegging worden beschouwd. De

⁴⁴ Rb. Limburg 6 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2050; Rb. Limburg 20 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1518; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4783.

⁴⁵ Zie anders Rb. Den Haag 7 maart 2017, AR 2017/0321; Ktr. Tilburg 28 juli 2017, AR 2017/1011.

⁴⁶ Rb. Rotterdam 5 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3883; Rb. Noord-Holland 18 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4074; Rb. Limburg 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10269; Rb. Noord-Holland 9 april 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3132.

⁴⁷ Hof Den Haag 27 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:314, JAR 2018,88. De werkgever in casu was namelijk bezig met het voorbereiden van een payroll-constructie en communiceerde dat steeds met de werknemer.

⁴⁸ Zie ook A. Hiebendaal en M.C. van der Kamp, 'Kroniek Wet Werk en Zekerheid 2016-2017', *Bedrijfsjuridische berichten* 2017/83.

⁴⁹ Rb. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3968.

⁵⁰ Rb. Rotterdam 10 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3687, JAR 2017/104.

⁵¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7767.

⁵² HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar*).

Hoge Raad merkte daarbij op dat, wanneer aan de zijde van de werkgever misvattingen bestaan over de geldende looptijd van de arbeidsovereenkomst die tot gevolg hebben dat zijn mededeling niet adequaat en (daardoor) niet eenduidig is, de uitleg van die mededeling niet zonder meer ten nadele van de werknemer mag werken.

3.3 Ketenregeling

Hoeveel tijdelijke contracten die van rechtswege eindigen kunnen een werkgever en een werknemer sluiten? Indien de tijdelijke contracten elkaar opvolgen met tussenpozen van ten hoogste zes maanden en de contracten een periode van drie jaar, deze tussenpozen inbegrepen, niet overschrijden, kunnen er maximaal drie tijdelijke contracten worden gesloten (art. 7:668a BW). De maximumtermijn van deze ketenregeling was tot de Wwz ook al drie jaar; de Wwz bracht hem terug van drie naar twee jaar.⁵³ De tussenpoos waarbinnen contracten als een keten worden aangemerkt was eerst drie maanden en werd met de Wwz verlengd naar zes maanden. De nieuwe regering stelde echter snel vast dat de maximumtermijn van twee jaar door de werkgevers als te knellend werd ervaren en dat werknemers niet gebaat zijn bij deze termijn.⁵⁴ Met de Wab werd de ketenregeling weer verlengd naar drie jaar.

Het maakt voor de toepassing van de ketenregeling (art. 7:668a, lid 1) niet uit of de arbeidsovereenkomsten dezelfde identiteit hebben of niet. Het kan dus om heel andere werkzaamheden gaan. Voor de toepassing van het leerstuk van 'opvolgend werkgeverschap' moet het echter wel gaan om dezelfde of soortgelijke werkzaamheden. Opvolgend werkgeverschap (art. 668a, lid 2, BW) houdt in dat niet alleen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen meetellen in een keten, maar ook arbeidsovereenkomsten met werkgevers die ten aanzien van de arbeid geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.⁵⁵ De wetgever heeft de regeling van opvolgend werkgeverschap met de Wwz aangescherpt in die zin dat is toegevoegd dat de opvolgende werkgevers geen inzicht hoeven te hebben in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer.⁵⁶ Deze regeling is met name van belang in situaties waarin de werknemer eerst op basis van een uitzend- of payrollovereenkomst werkt en vervolgens bij de inlener in dienst treedt om (nagenoeg) dezelfde werkzaamheden te verrichten. In dat geval tellen de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd ook mee in de keten,⁵⁷ anders

⁵³ Voor bestuurders van rechtspersonen is een uitzondering gemaakt in art. 7:668a, lid 7, BW. Deze uitzondering wordt in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing gelaten.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 10.

⁵⁵ Voor de criteria, de juridische gevolgen en de ratio van opvolgend werkgeverschap, zie S. Palm, *Opvolgend werkgeverschap*, (diss. Erasmus University) Den Haag: Boom juridisch 2019.

⁵⁶ Zie voor het overgangsrecht in verband met opvolgend werkgeverschap HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar*); HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1909 (*Tzorg Personeel BV*).

⁵⁷ Zie bijv. HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *TRA* 2017/18, m.nt. Vegter (Leerorkest), waarbij het om een zaak naar oud recht ging.

dan bij de toepassing van de ketenregeling bij dezelfde werkgever.⁵⁸ Opvolgend werkgeverschap speelt ook als een concessie wordt verleend aan de nieuwe werkgever of een opdracht die eerder door de oude werkgever werd vervuld wordt aanbesteed aan een nieuwe werkgever, als gevolg waarvan de werknemer in dienst komt bij die nieuwe werkgever.⁵⁹ De wetgever heeft daarentegen verduidelijkt 'dat als een werknemer vrijwillig besluit om de arbeidsovereenkomst met een werkgever op te zeggen en een arbeidsovereenkomst met een andere werkgever aan te gaan, zonder dat er sprake is van overgang van werkzaamheden, logischerwijs geen sprake is van opvolgend werkgeverschap, ook al is de aard van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden niet anders dan bij zijn vroegere werkgever'.⁶⁰

Ten aanzien van de ketenbepaling is een algemene uitzondering gemaakt voor arbeidsovereenkomsten met een werknemer die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt als de gemiddelde omvang van de verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen.⁶¹ Volgens de wetgever sluit dit aan bij de gedachte dat in die periode de leer- of kwalificatieplicht bestaat en dat werken dus van bijkomstige aard 'kan en moet zijn'. Het heeft om die reden geen zin om de werkgever 'met overbodige verplichtingen op te zadelen'.⁶² Verschillende schrijvers hebben vraagtekens gezet bij deze categorale uitsluiting van werknemers jonger dan 18 jaar.⁶³ Zo is het de vraag of de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (als vervat in Richtlijn 1999/70/EG) een dergelijke uitsluiting toestaat. Daarnaast kan betoogd worden dat de uitsluiting leeftijdsdiscriminatie oplevert (Richtlijn 2000/78), waarbij het de vraag is of er een legitiem doel aanwezig is en het middel geschikt is om het doel te bereiken.⁶⁴ Bij werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt mogen maximaal zes tijdelijke contracten elkaar zonder onderbreking van meer dan zes maanden opvolgen gedurende maximaal 48 maanden (art. 7:668a lid 12 BW).

Met invoering van de Wab is wettelijk geregeld dat tijdelijke invalkrachten in het basisonderwijs en speciaal onderwijs die een leerkracht vervangen wegens ziekte uitgezonderd zijn van de ketenbepaling. Bij ministeriële regeling was al bepaald dat bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan worden bepaald dat de ketenbepaling niet van

⁵⁸ Dit is een merkwaardig onderscheid; zie hierover ook bijv. F.M. Dekker in zijn noot bij HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222, *TRA* 2019/29 (*ESS*).

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 8, p. 14-15.

⁶⁰ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 4. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4808, *JAR* 2016/284.

⁶¹ Art. 7:668a, lid 11, BW.

⁶² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 15 en p. 97.

⁶³ Zie bijv. W.L. Roozendaal, 'Objectieve rechtvaardiging van tijdelijke arbeidsovereenkomsten volgens het Hof van Justitie: is de WWZ richtlijnconform?' *AR* 2014/0252; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Wet werk en zekerheid. Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht', *NJB* 2014/1677.

⁶⁴ Bouwens meent overigens dat er mogelijk wel een legitieme grond bestaat, maar de gekozen maatregelen niet passend zijn om dat doel te bereiken. Zie overigens ook hoofdstuk 5 waarin besproken wordt dat de doorwerking van de uitsluiting van jongeren van de transitievergoeding na hun 18^e problematisch kan zijn in verband met leeftijdsdiscriminatie.

toepassing is op invalkrachten in het primair onderwijs en het speciaal onderwijs die een onderwijskracht vervangen wegens ziekte.⁶⁵ Dat was ook gebeurd in de cao Primair Onderwijs, maar de wetgever wenste dit wettelijk te regelen om deze uitzondering niet afhankelijk te maken van cao-onderhandelingen, vanwege de bijzondere positie die invalkrachten in het primair onderwijs innemen.⁶⁶

Een regelmatig terugkerende vraag is of de ketenregeling van toepassing is op een tijdelijke urenuitbreiding. De kantonrechter in Maastricht oordeelde onlangs ontkennend op deze vraag in een zaak van een lerares die een vaste aanstelling had van 0,5 fte en gedurende vier opeenvolgende jaren een uitbreiding van haar uren kreeg tot 1 fte steeds voor de duur een jaar.⁶⁷ Volgens de rechter valt dit onder 'nadere afspraken' en wijziging van arbeidsvoorwaarden en kunnen de tijdelijke urenuitbreidingen niet worden aangemerkt als zelfstandige, opvolgende arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:668a BW. Het jaarlijks uitbreiden van een (kleine) deeltijdaanstelling valt echter ook niet onder de nieuwe regels van de oproepovereenkomst, zoals hierna in par. 8.5 wordt toegelicht, aangezien er wel sprake is van een vast aantal uren. Interessant zou de uitkomst zijn geweest als de werknemer naast – of in plaats van – de ketenregeling een beroep had gedaan op artikel 7:610b (rechtsvermoeden arbeidsomvang) of eerst bij de werkgever had gevraagd om vaste urenuitbreiding op grond van Wet Flexibel werken.

Het omzeilen van de ketenregeling komt met enige regelmaat in de rechtspraak aan de orde.⁶⁸ De rechters oordelen hier echter wisselend over. De Hoge Raad heeft in 2015 in elk geval een einde gemaakt aan de discussie over de vraag of het mogelijk is de ketenregeling te omzeilen door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd overeen te komen – nadat het maximale aantal tijdelijke overeenkomsten was bereikt – waarbij bij het sluiten van die overeenkomst al een einddatum wordt vastgesteld. Een dergelijke constructie is ongeoorloofd.⁶⁹

Eerder nog heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenpoos van meer dan drie maanden weer in dienst van de werkgever zal treden geen ontduiking van art. 7:668a BW hoeft op te leveren (*Simpson/Greenpeace*).⁷⁰ De wetgever heeft deze constructies en varianten hierop

⁶⁵ Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter, *Stcrt.* 2019, 37779.

⁶⁶ Art. 7:668a lid 15. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 15-16.

⁶⁷ Rb. Limburg 11 december 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:11145.

⁶⁸ Zie ook A. Hiebendaal en M.C. van der Kamp, 'Kroniek Wet Werk en Zekerheid 2016-2017', *Bedrijfsjuridische berichten* 2017/83.

⁶⁹ HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39, *JAR* 2015/36.

⁷⁰ HR 27 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504, *NJ* 2007/355. Misbruik van recht (art. 3:13 BW) is in dit arrest niet aan bod gekomen.

duidelijk willen ontmoedigen door de tussenpoos te verlengen van drie naar zes maanden.⁷¹ Veel schrijvers gaan ervan uit dat het arrest ook na de Wwz actueel is gebleven.⁷² Aangenomen wordt dat meer nodig is om ongeoorloofde ontduiking aan te nemen dan het enkele feit dat de werkgever en de werknemer hebben afgesproken dat de werknemer na een tussenpoos van meer dan (nu) zes maanden opnieuw in dienst zal treden bij de werkgever waarna een nieuw keten begint. Een voorbeeld is een geval waarin na drie tijdelijke contracten de werkgever voorstelt dat de werknemer drie maanden uit dienst gaat en een WW-uitkering aanvraagt, waarbij de werkgever het inkomensverlies van de werknemer in die periode wil vergoeden. De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam concludeert dat het aanbod kwalificeert als een ongeoorloofde ontduiking van artikel 7:668a en gaat ervan uit dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen.⁷³

Voorts is het *Taxi Dorenbos*-arrest in het kader van omzeiling van de ketenregeling van belang.⁷⁴ Het is een zaak naar oud recht, omdat alle feiten zich vóór de invoering van de Wwz hebben voorgedaan, maar de rechtsvraag blijft relevant. Het gaat om een constructie waarin de werknemer aanvankelijk op drie opvolgende, tijdelijke arbeidscontracten voor de werkgever (Taxi Dorenbos) werkte, om vervolgens aansluitend daarop en op wens en initiatief van de werkgever dezelfde werkzaamheden voort te zetten, maar dan op basis van een tijdelijke uitzendovereenkomst (payrollovereenkomst) met T4T. Rechters oordeelden wisselend over dergelijke constructies.⁷⁵ In dit geval hebben de rechtbank en het hof geoordeeld dat sprake is van ontduiking van de ketenregeling van art. 7:668a BW en dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan met de oorspronkelijke werkgever (en dus niet met het uitzendbureau). In cassatie stelde de werkgever onder andere dat het hem in principe vrijstaat om met een dergelijke constructie onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen, zolang zij binnen de wettelijke kaders blijft. Er is, met andere woorden, geen sprake van misbruik; de werkgever maakt enkel gebruik van de wet.⁷⁶

⁷¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 14. Verwezen is ook naar een uitspraak uit 2012 waarin ongeoorloofde ontduiking wel werd geconstateerd, nl. voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 11 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6495, *JAR* 2012/160.

⁷² Zie bijv. P. de Casparis, 'Flexibele arbeidsrelaties C.40.2.16 (Misbruik ketenregeling)', Deventer: Kluwer 2017.

⁷³ Rb. Amsterdam 11 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6495, *JAR* 2012/160.

⁷⁴ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312.

⁷⁵ Er zijn uitspraken waarin geoordeeld is dat er sprake is van ongeoorloofde ontduiking of uitholling van de ketenregeling, zie bijv. Ktr. Assen 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692; Rb. Amsterdam 19 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:420, *JAR* 2018/57. Er zijn echter ook uitspraken waarin dergelijke constructies geoorloofd werden geacht, zie bijv. Ktr. Breda 13 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6294, *AR* 2017/1201; Rb. Noord-Holland 20 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2598, *JAR* 2017/102.

⁷⁶ Zie ook het betoog van Hoogeveen waarom dit soort constructies in haar ogen geen ongeoorloofde omzeiling van de ketenregeling zijn, E.M. Hoogeveen, 'Verruiming van de ketenregeling door uitzendconstructie: geen misbruik maar gebruik', *ArbeidsRecht* 2019/20.

De Hoge Raad volgt die redenering echter niet en liet de beschikking in stand. Het hof had geoordeeld dat weliswaar op papier tussen de werknemer en T4T een uitzendovereenkomst bestond, maar dat deze overeenkomst slechts was geconstrueerd om onder de voor de werknemer uit de ketenregeling voortvloeiende bescherming uit te komen. Daarom was van een reële uitzendovereenkomst tussen de werknemer en T4T geen sprake. Volgens de Hoge Raad geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, waar het berust op afwegingen en waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder op juistheid worden onderzocht. Taxi Dorenbos had zich nog beroepen op het arrest *ABN Amro* waarin de Hoge Raad onder andere oordeelde dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze vervanging van de bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken.⁷⁷ De Hoge Raad ging hier niet op in, maar de A-G ging er in zijn conclusie uitgebreid op in en pareerde de klacht overtuigend.⁷⁸

3.4 Afwijken van de ketenregeling bij cao

De Wwz heeft serieuze beperkingen gesteld aan het bij cao afwijken van de ketenbepaling. Cao-partijen kunnen de periode van (inmiddels weer) drie jaar verlengen naar vier jaar en het aantal van drie tijdelijke overeenkomsten verhogen naar ten hoogste zes (art. 7:668a, lid 5). In het verleden konden cao-partijen onbeperkt afwijken van de ketenregeling. Daarbij komt dat deze afwijkingen alleen mogelijk zijn indien uit de cao blijkt dat voor bij die cao te bepalen functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist. Cao-partijen hebben dus niet alleen een kleinere onderhandelingsruimte gekregen op dit vlak, ze moeten ook verantwoorden waarom ze van de wettelijke ketenregeling afwijken.⁷⁹ De wetgever heeft daarbij vastgelegd dat het hierbij niet mag gaan om normale schommelingen in de bedrijfsvoering als gevolg van economische omstandigheden, maar er moet een noodzaak zijn die voortvloeit uit de aard van de bedrijfsvoering in de sector. Het gaat hierbij om de wijze waarop het productieproces is ingericht, bijvoorbeeld hoe de werkzaamheden worden gefinancierd.⁸⁰ De functies of functiegroepen moeten naar hun aard het gebruik van tijdelijke contracten rechtvaardigen. Als voorbeelden van dergelijke functies of functiegroepen heeft de regering genoemd acteurs binnen de sector media en postdocs binnen de academische wereld.⁸¹

⁷⁷ HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, *NJ* 2003/124 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, *JAR* 2002/100 m.nt. E. Verhulp (ABN Amro).

⁷⁸ Parket bij de Hoge Raad 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1217.

⁷⁹ Cao-afspraken met betrekking tot de ketenregeling hebben meerdere keren centraal gestaan in de jurisprudentie, maar in de meeste gevallen ging het om overgangsrecht. Zie bijv. A. Hiebendaal en M.C. van der Kamp, 'Kroniek Wet Werk en Zekerheid 2016-2017', *Bedrijfsjuridische berichten* 2017/83.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 12-13, en nr. 4, p. 23.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 20-21.

De regering benadrukte dat van deze mogelijkheid alleen gebruik mag worden gemaakt in zwaarwegende gevallen en dat ook in die gevallen na verloop van tijd een einde moet komen aan de inzet van tijdelijke contracten.⁸²

Aanvankelijk was het de bedoeling dat de tussenpoos van zes maanden waarbinnen contracten als opeenvolgend worden gezien in principe niet meer bij cao verlengd kan worden.⁸³ Daar heeft de wetgever echter vrij snel op terug moeten komen. Met de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie⁸⁴ werd een dertiende lid toegevoegd aan art. 7:668a BW, waarin werd geregeld dat de tussenpoos kan worden teruggebracht van zes naar drie maanden voor functies die als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden verricht. Het gaat dus om seizoenswerk, zoals in de land- en tuinbouwsector, de horeca (bijvoorbeeld strandtenten) en de recreatiesector (bijvoorbeeld campings die niet het gehele jaar open zijn). Met de Wab werd deze ruimte voor cao-partijen verder verruimd. De regering is van mening dat er niet alleen in geval van seizoenswerk ruimte moet zijn om sectoraal te kunnen afwijken van de lengte van de tussenpoos, maar bij alle terugkerende tijdelijke werkzaamheden die voor ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden verricht. De voorwaarde dat er sprake moet zijn van klimatologische of natuurlijke omstandigheden werd geschrapt uit lid 13 van art. 7:668a. Vanaf 1 januari 2020 kan het dus gaan om terugkerend tijdelijk werk dat niet te scharen valt onder seizoenswerk. De wetgever noemt als voorbeelden functies in de culturele sector (afhankelijk van het theaterseizoen) of trainers bij sportclubs die bijvoorbeeld een stop hebben van drie maanden.⁸⁵ Het nieuwe lid 14 gaat nog een stap verder. De regering is van mening dat bij het verkorten van de tussenpoos bij terugkerend tijdelijk werk 'daar waar in een sector dit aantoonbaar niet tot een bevredigende uitkomst leidt' het mogelijk moet zijn voor de minister van SZW om uiteindelijk daartoe te besluiten.⁸⁶ Onduidelijk is wanneer in een sector cao-overleg aantoonbaar niet tot een bevredigende uitkomst leidt. Wellicht is daarom in dit artikellid bepaald dat voor deze regeling een verzoek van de Stichting van de Arbeid nodig is. De minister wees erop dat een dergelijke rol van de Stichting niet nieuw is in het Burgerlijk Wetboek. Deze rol heeft de Stichting ook bij het treffen van een ministeriële regeling waarbij kan worden bepaald dat voor bepaalde bedrijfstakken, of onderdelen daarvan, afwijking van de loondoorbetalingsplicht niet mogelijk is.⁸⁷

⁸² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 13.

⁸³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 14.

⁸⁴ *Stb.* 2016, 220.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 15.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 10.

⁸⁷ Art. 7:628 lid 8 BW in samenhang met *Kamerstukken II* 2015/16, 33818, nr. 3, p. 20. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 14-15.

Bij cao kan, ook na invoering van de Wwz, nog steeds worden uitgesloten dat de ketenbepaling ook geldt bij opvolgend werkgeverschap (art. 7:668a, lid 6). Hiervoor heeft de wetgever geen nadere vereisten gesteld. Dat betekent dat het zesde lid een ongeclausuleerde afwijkingsmogelijkheid biedt en dat de cao-partijen op dit punt grote vrijheid hebben. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz is niet duidelijk gemaakt waarom deze ongeclausuleerde afwijkingsmogelijkheid is blijven bestaan. Wel is opgemerkt dat de wetgever ervan uitgaat 'dat cao-partijen de geboden mogelijkheid tot afwijking niet misbruiken en dat zij met de afwijkingsmogelijkheid verantwoord omgaan.'⁸⁸ Zoals boven opgemerkt heeft de wetgever de regeling van opvolgend werkgeverschap zelf – art. 668a, lid 2, BW – wel aangescherpt, waarmee de regeling een breder toepassingsbereik heeft gekregen.⁸⁹ Daarom is het opvallend dat de grote onderhandelingsvrijheid van cao-partijen op dit punt blijft bestaan. Het komt immers voor dat cao-partijen de ketenregeling in het geheel uitsluiten bij dienstverbanden waarbij sprake is van opvolgend werkgeverschap.⁹⁰ Aangezien dit de enige ongeclausuleerde afwijkingsmogelijkheid is, is het niet ondenkbaar dat cao-partijen opvolgend werkgeverschap inderdaad (blijven) uitsluiten.⁹¹ Daar waar dat gebeurt, worden draaideurconstructies mogelijk gemaakt.

Tot slot is met de Wwz de mogelijkheid gecreëerd om de ketenbepaling bij cao geheel of gedeeltelijk niet van toepassing te verklaren op arbeidsovereenkomsten die uitsluitend of overwegend zijn aangegaan omwille van de educatie van de werknemer (art. 7:668a lid 9). Als voorbeeld werd tijdens de parlementaire behandeling genoemd 'promotietrajecten die door bijvoorbeeld ziekte, zwangerschap en zorg voor kinderen langer kunnen duren dan vier jaar'.⁹² In de cao voor Nederlandse Universiteiten is inderdaad van die mogelijkheid gebruikt gemaakt voor promovendi en student-assistenten.⁹³

4. Driehoeksverhoudingen

Overeenkomsten waarbij sprake is van een driehoeksverhouding (de werkgever stelt de werknemer ter beschikking van een derde) vormen een specifieke tak van flexibele arbeid. In de

⁸⁸ *Kamerstukken I 2013/14*, 33818, C, p. 105.

⁸⁹ Zie bijv. D.J.L. Siegers, 'Opvolgend werkgeverschap in de Wwz: over de grens van flexbescherming', *TRA* 2016/34.

⁹⁰ Zie bijv. art. 2.3, lid 11, cao voor de Nederlandse Universiteiten met de looptijd van 31 december 2019 tot en met 31 december 2020. Zie voor meer voorbeelden A. Lettenga en D. te Wierik, 'Art. 7:668a lid 6 BW: de onbegrensde mogelijkheden om bij cao van het opvolgend werkgeverschap af te wijken', *ArbeidsRecht* 2017/30.

⁹¹ Zie ook A.F. Bungener, 'De nieuwe ketenregeling en de grenzen van flexibiliteit', *TRA* 2016/23.

⁹² *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 7, p. 22.

⁹³ Art. 2.3, lid 8, cao NU met de looptijd van 31 december 2019 tot en met 31 december 2020. De promotie duurt in de regel vier jaar. De teller voor wat betreft het aantal verlengingen en maximale duur van het tijdelijk dienstverband begint dus pas na de promotie te lopen.

praktijk worden werknemers op allerlei verschillende manieren ter beschikking gesteld aan opdrachtgevers. Bij doorlening kan er bijvoorbeeld sprake zijn van vier- of meerpartijenrelaties. Hier wordt slechts ingegaan op de uitzend- en payrollovereenkomst, omdat die overeenkomsten met de Wwz en Wab zijn gewijzigd. Er is in de afgelopen jaren veel te doen geweest over de driehoeksverhoudingen. Een van de belangrijke gebeurtenissen was de uitspraak van de Hoge Raad dat voor de kwalificatie van een uitzendovereenkomst de allocatiefunctie geen constitutief vereiste is en dat het niet om tijdelijk werk hoeft te gaan (*Care4Care*).⁹⁴ Uit de toelichting op artikel 7:690 BW maakte de Hoge Raad op dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de – kort gezegd – ‘klassieke uitzendrelaties’ onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan.⁹⁵ De Hoge Raad heeft dit in het *Leerorkest*-arrest bevestigd.⁹⁶ Ook payrollconstructies kunnen dus onder de definitie van de uitzendovereenkomst vallen. Als dit tot onwenselijke gevolgen leidt, is het aan de wetgever om daar iets aan te doen, aldus de Hoge Raad.⁹⁷

In het *Care4Care*-arrest had de Hoge Raad dus de knoop doorgehakt in een lange discussie over de vraag of payrollovereenkomsten onder de definitie van de uitzendovereenkomst kunnen vallen. Sinds het *Care4Care*-arrest is uitzendarbeid zoals geregeld in het BW een veel breder terrein van de arbeidsmarkt gaan bestrijken aangezien de Hoge Raad aannam dat art. 7:690 BW niet een beperkende allocatiefunctie impliceert. De wetgever heeft vervolgens met de Wab inderdaad actie ondernomen, maar hij heeft daarbij andere ‘oplossingen’ geïntroduceerd dan (in de literatuur) werden gesuggereerd. Verwacht werd dat de wetgever art. 7:690 BW zou aanpassen om tot uitdrukking te brengen dat het bij uitzendwerk wel moet gaan om het samenbrengen van vraag en aanbod van flexibele arbeid. In plaats daarvan heeft de wetgever, zoals hieronder nader wordt toegelicht, niets aan art. 7:690 gewijzigd, maar een nieuw art. 7:692 geïntroduceerd waarin de definitie van de payrollovereenkomst is opgenomen.

4.1 Uitzendovereenkomst

Art. 7:690 BW geeft de definitie van de uitzendovereenkomst: de uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever, ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. Art. 7:691, lid 1, BW regelt dat de ketenregeling van art. 7:668a BW pas

⁹⁴ HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286, m.nt. Knipschild (*Care4Care*).

⁹⁵ Zie voor een andere uitleg o.a. J. Zwemmer, ‘Het Care4Care-arrest en de olievlekwerking van artikel 7:690 BW’, *TvO* 2017, vol. 1, nr. 1.

⁹⁶ HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *TRA* 2017/18, m.nt. Vegter (*Leerorkest*).

⁹⁷ HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286, m.nt. Knipschild (*Care4Care*).

na 26 weken van toepassing is bij een uitzendovereenkomst. Deze termijn kan bij cao worden verlengd tot 78 weken; vóór de Wwz kon deze termijn onbeperkt zijn. Deze verandering geïntroduceerd door de Wwz was slechts een kleine verbetering van de rechtspositie van de uitzendwerknemers, aangezien in de algemeen verbindend verklaarde (ABU-)cao de termijn van 78 weken al werd gehanteerd.⁹⁸ Art. 7:691, lid 2, BW biedt de mogelijkheid om in de uitzendovereenkomst een uitzendbeding op te nemen op grond waarvan die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de inlener op verzoek van die inlener ten einde komt. De aanzegverplichting uit art. 7:668 BW geldt in dat geval niet. Een uitzendbeding verliest op grond van lid 3 zijn kracht na 26 weken, maar ook deze termijn kan bij cao verlengd worden tot 78 weken. Ook deze beperking aan de termijn is met de Wwz ingevoerd. Gebruikmakend van deze mogelijkheid hebben de cao-partijen in de cao voor uitzendkrachten inderdaad geregeld dat in de eerste 78 weken dat de uitzendwerknemer voor dezelfde uitzendonderneming werkt, deze uitzendwerknemer steeds werkzaam is op basis van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding, tenzij uitdrukkelijk en schriftelijk bij de uitzendovereenkomst is overeengekomen dat het uitzendbeding niet van toepassing is.⁹⁹ Die eerste 78 weken dat de uitzendwerknemer voor dezelfde uitzendwerkgever werkt wordt in de ABU-cao Fase A genoemd. De cao bepaalt verder dat de uitzendovereenkomst met een uitzendbeding van rechtswege eindigt doordat de opdrachtgever 'om welke reden dan ook de uitzendkracht niet langer wil of kan inlenen' of doordat de uitzendwerknemer om welke reden dan ook de bedongen arbeid niet langer wil of kan verrichten.¹⁰⁰ Daarbij is uitdrukkelijk bepaald dat in geval van arbeidsongeschiktheid van de uitzendwerknemer de uitzendovereenkomst met uitzendbeding direct na de ziekmelding wordt geacht met onmiddellijke ingang van rechtswege te zijn beëindigd op verzoek van de opdrachtgever.¹⁰¹ Deze cao-bepaling, die overigens tot nu toe steeds algemeen verbindend is verklaard, is controversieel. In de literatuur is betoogd dat de betreffende cao-bepaling sinds de Wwz nietig is, aangezien de ziekmelding in dit geval als een ontbindende voorwaarde aangemerkt kan worden.¹⁰² Met de komst van de Wwz is het niet meer mogelijk om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte. Het hof Den Haag heeft zich recent uitgelaten over de rechtsgeldigheid van het uitzendbeding bij ziekte.¹⁰³ Het hof bevestigt dat het thans niet meer mogelijk is om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte. Voor zover het uitzendbeding in de cao bepaalt dat de uitzendovereenkomst ten einde komt doordat de uitzendkracht de bedongen arbeid als gevolg van arbeidsongeschiktheid niet langer kan verrichten, en voor zover daarin wordt bepaald dat in

⁹⁸ Zie art. 13 ABU-cao 2012-2017 (oud).

⁹⁹ Art. 10 lid 1 sub a ABU-cao voor uitzendkrachten 2019-2021. De ABU- en de NBBU-cao zijn inmiddels op elkaar afgestemd en bevatten vanaf 30 december 2019 grotendeels gelijklopende bepalingen.

¹⁰⁰ Art. 15 lid 1 ABU-cao voor uitzendkrachten 2019-2021.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Zie bijv. R.H.M. Kroese, 'Het zieke uitzendbeding in de uitzend-cao', *TRA* 2018/57.

¹⁰³ Hof Den Haag 17 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:460. Het ging in casu om de NBBU-cao, maar het bepaalde over het einde van rechtswege bij ziekmelding is hetzelfde bij de ABU-cao.

geval van ziekte van de uitzendkracht de terbeschikkingstelling direct na de melding van de ziekte/het ongeval geacht wordt met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener, is het daarom vanaf 1 juli 2015 in strijd met het opzegverbod bij ziekte als vermeld in artikel 7:670 lid 1 BW. Het beroep van de werknemer op vernietiging van het uitzendbeding slaagt, aldus het hof. Het College voor de Rechten van de Mens heeft in een zaak waarin een vrouwelijke uitzendkracht zich ziekmelde vanwege zwangerschapsgerelateerde klachten, waarna de inlener per direct de opdracht beëindigde, geoordeeld dat het op die manier automatisch beëindigen van de arbeidsrelatie direct onderscheid op grond van geslacht oplevert.¹⁰⁴ Het College maakte hiervoor voor het eerst gebruik van zijn bevoegdheid een rechter te verzoeken uitspraak te doen of een handeling als deze in strijd is met de wetgeving voor gelijke behandeling. Dit verzoek aan de rechter werd later echter door het College weer ingetrokken wegens het ontbreken van bewijs dat de ziekmelding aan zwangerschap gerelateerd was.¹⁰⁵

Uitzendondernemingen hebben niet alleen meer vrijheid ten aanzien van het ontslag; ook de loonrisicoregeling van art. 7:628 BW is voor uitzendovereenkomsten anders geregeld dan voor gewone arbeidsovereenkomsten. Net als bij gewone arbeidsovereenkomsten kan voor de eerste zes maanden schriftelijk worden overeengekomen dat de werknemer geen recht heeft op loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen – wat de hoofdregel is van art. 7:628 BW. Cao-partijen kunnen deze termijn echter wederom tot anderhalf jaar verlengen (art. 7:691, lid 7 jo. lid 8, BW). Bij normale arbeidsovereenkomsten is dat alleen mogelijk voor bepaalde functies, mits de aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben (art. 7:628, lid 7, BW). Wegens 'het bijzondere karakter' van uitzendwerk geldt deze beperking hier niet.¹⁰⁶ Het is belangrijk op te merken dat de nieuwe regels rondom de oproepovereenkomst – die in par.8.5 aan bod komen – ook belangrijk zijn voor uitzendovereenkomsten. De loondoorbetalingsverplichting wordt in de uitzendovereenkomst gedurende de eerste 78 gewerkte weken inderdaad uitgesloten, tenzij partijen anders overeenkomen.¹⁰⁷ Daarmee kwalificeert de uitzendovereenkomst als oproepovereenkomst en gelden ook voor uitzendwerkgevers de nieuwe regels rondom de oproepovereenkomst. Zo zal de uitzendwerkgever nadat de arbeidsovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd een aanbod moeten doen aan de werknemer voor een vaste arbeidsomvang.¹⁰⁸ Na twaalf maanden krijgt de uitzendwerknemer recht op loon over die vaste arbeidsomvang, ook als de uitzendwerkgever hem niet, of voor minder uren ter beschikking kan stellen aan een inlener. Het effect van de

¹⁰⁴ CRM 24 april 2018, oordeel 2018-38.

¹⁰⁵ 'College stopt procedure bij rechter', 3 februari 2020, mensenrechten.nl/nl/nieuws/college-stopt-procedure-bij-rechter.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 19-20.

¹⁰⁷ Art. 22 jo. 10 ABU-cao voor uitzendkrachten 2019-2021.

¹⁰⁸ Die aanspraak is uiteraard beperkt tot de looptijd van de arbeidsovereenkomst.

uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting op grond van art. 7:691, lid 7 en 8, BW is dus na twaalf maanden sterk verminderd. Art. 7:628a BW is een *lex specialis* ten opzichte van 7:628 BW.¹⁰⁹ De aanspraken in art. 7:628a BW bestaan derhalve ongeacht eventuele uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting op grond van art. 7:628 BW.

Zoals eerder beschreven, is de onderhandelingsvrijheid van cao-partijen ten aanzien van het opvolgend werkgeverschap niet veranderd. Hoewel dus sinds de invoering van de Wwz sneller sprake zal zijn van opvolgend werkgeverschap, kunnen de cao-partijen nog steeds opvolgend werkgeverschap volledig uitsluiten wat betreft de vraag of men inmiddels aan de 26-wekentermijn van lid 1 en 3 zit. Hoe cao-partijen met deze vrijheid omgaan is niet bekend, omdat recent empirisch onderzoek daarnaar ontbreekt. Vóór de invoering van de Wwz werden de rechten van uitzendkrachten, die ze op grond van het opvolgend werkgeverschap zouden moeten hebben, in cao's sterk verminderd. Hun arbeidsverleden bij de inlener telde dan voor de keten van arbeidsovereenkomsten niet of slechts als één arbeidsovereenkomst mee.¹¹⁰ Dit komt overeen met de grote vrijheid die cao-partijen bij het regelen van de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten genieten ingevolge het EU-recht. De Uitzendrichtlijn schrijft weliswaar voor dat de *essentiële* arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten ten minste dezelfde moeten zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de inlener voor dezelfde functie in dienst waren genomen. Deze EU-Richtlijn biedt echter ook de mogelijkheid om van gelijke behandeling op de genoemde punten bij cao af te wijken, 'met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten'.¹¹¹

De Ontslagregeling bevat ook enkele regelingen voor de uitzendovereenkomst.¹¹² Zo is een redelijke grond voor ontslag als bedoeld in art. 7:669 BW nodig, maar in de praktijk speelt dit nauwelijks een rol, omdat de uitzendkracht in vrijwel alle gevallen nog in fase A of B van de cao zit. De uitzendwerkgever is sinds de inwerkingtreding van de Wab een transitievergoeding verschuldigd aan de uitzendwerknemer bij het einde van de uitzendovereenkomst.

De Wab heeft verder met name de regels over payrolling ingrijpend gewijzigd, onder andere door een wettelijke definitie van de payrollovereenkomst te introduceren, die hieronder wordt toegelicht. Deze veranderingen ten aanzien van de payrollovereenkomst zullen echter relevant zijn voor de hele uitzendsector, onder andere vanwege het feit dat veel uitzendwerkgevers ook payrolldiensten aanbieden. Daarnaast kan de nieuwe wettelijke definitie van de

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 133.

¹¹⁰ Zie bijv. C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid* (diss. UvA) Deventer: Kluwer 2014, p. 327-330; N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer 2014, p. 240.

¹¹¹ Art. 5 lid 1, jo. lid 3 Richtlijn 2008/104/EG. Dit kan zowel de uitzend- als de inleen-cao zijn. In Nederland bestond die mogelijkheid om bij cao af te wijken al in de Waadi.

¹¹² Zie art. 7 Ontslagregeling *Stcrt.* 2015, 12685

payrollovereenkomst als gevolg hebben dat sommige uitzendovereenkomsten juist onder de payrolldefinitie komen te vallen.¹¹³

4.2 Payrollovereenkomst

Reeds met de Wwz zijn de ontslagregels die voor payrolling golden aangepast met als doel de payrollwerknemer werkzaam bij de inlener dezelfde ontslagbescherming te geven als de werknemer in dienst bij de inlener.¹¹⁴ Zo moet de payrollwerkgever bij een ontslagaanvraag bijvoorbeeld aantonen dat zijn opdrachtgever (de inlener) een bedrijfseconomische reden heeft voor de beëindiging van de payrollovereenkomst. Ook moet de payrollwerkgever het afspiegelingsbeginsel toepassen op het personeelsbestand van de opdrachtgever. De herplaatsingsplicht geldt binnen de onderneming van de inlener. Verder is het belangrijk op te merken dat de payrollwerknemer geen flexibele kracht is in de zin van art. 7:671a, lid 5, BW en dus niet met voorrang hoeft te worden ontslagen.

De Wab gaat echter verder en heeft voor payrolling grote gevolgen. De payrollovereenkomst heeft een eigen definitie gekregen in art. 7:692 BW als *lex specialis* op de uitzendovereenkomst, het verlichte regime uit afdeling 11 wordt buiten toepassing gesteld en de payrollwerknemers krijgen recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers direct bij de inlener in dienst. De wetgever heeft met de Wab ten aanzien van payroll 'het ontzorgende karakter voor werkgevers' willen behouden, maar tegelijk maatregelen genomen om concurrentie op arbeidsvoorwaarden door afwenteling van kosten en risico's te voorkomen.¹¹⁵ Waar de wetgever bij flexibele arbeid doorgaans verwijst naar voordelen voor werkgevers én werknemers is dat bij payrolling dus anders. Daar worden enkel de voordelen voor werkgevers genoemd. Die voordelen zijn gelegenheid in het feit dat de payrollbedrijven het juridisch werkgeverschap op zich nemen. De wetgever benoemt de specialistische administratieve kennis van payrollbedrijven om bijvoorbeeld de cao-verplichtingen die gelden bij de opdrachtgever goed toe te passen, te zorgen voor de juiste en tijdige loonbetaling en verantwoordelijk te zijn voor de re-integratieverplichtingen.¹¹⁶ Of dit 'ontzorgende karakter' van payrolling voldoende rechtvaardiging is voor het (verder) inbedden van deze constructie in ons rechtsstelsel is nog maar de vraag. Laagland bijvoorbeeld wijst erop dat er andere manieren zijn om te ontzorgen

¹¹³ Zie ook J. Rosendahl, 'Payrolldefinitie zal leiden tot onduidelijkheid en onzekerheid in de uitzendsector', *ArbeidsRecht* 2019/54.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 12. Zie art. 20 t/m 23 Ontslagregeling *Stcrt.* 2015, 12685.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 5.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 39.

zonder dat het juridisch werkgeverschap naar een derde verschuift.¹¹⁷ De wetgever had payrolling ook kunnen verbieden.¹¹⁸

Hoewel er dus veel discussie was over de definitie van de uitzendovereenkomst met name over de vraag of voor het uitzenden volgens art. 7:690 BW een allocatiefunctie vereist is, kiest de wetgever ervoor om niets aan die definitie te veranderen. In plaats daarvan krijgt de payrollovereenkomst een eigen definitie in art. 7:692 BW: de payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen. Om te kwalificeren als uitzendwerkgever dient de werkgever dus een actieve rol te spelen bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Verwacht wordt dat dit in de praktijk het belangrijkste onderscheid zal vormen tussen uitzenden en payrolling.¹¹⁹ Tijdens de parlementaire behandeling zijn er indicaties gegeven voor het bepalen of er sprake is van een allocatiefunctie.¹²⁰ Gevraagd kan bijvoorbeeld worden of de formele werkgever een eigen vacaturesite en intercedenten in dienst heeft die actief werven en alloceren. Ook voor het andere element, de exclusieve terbeschikkingstelling, heeft de minister indicaties genoemd, maar hij heeft ook opgemerkt dat uit de feiten en omstandigheden kan worden afgeleid dat sprake is van exclusieve terbeschikkingstelling.¹²¹ Het lijkt erop dat de exclusieve terbeschikkingstelling op papier eenvoudig kan worden weggecontracteerd, maar Verhulp wijst erop dat door uit te gaan van de feitelijke situatie die exclusieve terbeschikkingstelling toch kan (en in dat geval zou moeten) worden aangenomen.¹²²

In het nieuwe artikel 692a BW, eerste lid, is bepaald dat de artikelen 628, leden 5 en 6, en 691 niet van toepassing zijn op de payrollovereenkomst, waarmee dus de weg naar het verlichte regime is afgesloten. In lid 2 is specifiek voor de payrollovereenkomst bepaald dat schriftelijk kan worden bedongen dat voor de eerste zes maanden van die overeenkomst ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van artikel 628, lid 1, indien deze afwijking in de functie waarin de werknemer werkzaam is bij de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, bestendig gebruik is of in deze afwijking is voorzien in de collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan die van toepassing is op deze onderneming. Verder bepaalt lid 5 dat in de payrollovereenkomst alleen schriftelijk ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van driekwartdwingend recht indien voor de functie

¹¹⁷ Zo kan salarisadministratie al worden uitbesteed, zie F.G. Laagland, 'Payrolling: the story continues', *TRA* 2019/85.

¹¹⁸ F.G. Laagland, 'Payroll: waarom moeilijk doen als het ook makkelijk kan', *TRA* 2018/26.

¹¹⁹ J. Rosendahl, 'Payrolldefinitie zal leiden tot onduidelijkheid en onzekerheid in de uitzendsector', *ArbeidsRecht* 2019/54.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40; *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F, p. 34.

¹²¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 42.

¹²² E. Verhulp, *Tekst & Commentaar BW*, commentaar op art. 7:692 BW, aantekening 2.

waarin de werknemer werkzaam is, in deze afwijking is voorzien in de cao die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Indien echter in de cao die van toepassing is op de payrollwerkgever gebruikmaking van deze afwijking uitdrukkelijk uitgesloten of beperkt is, prevaleert die laatste uitsluiting of de beperking. Op dit punt in het BW is dus uitdrukkelijk iets over de samenloop van cao's geregeld. Voor de betekenis van het begrip 'onderneming' wordt aangesloten bij art. 1 lid 1 sub c WOR (art. 7:692a lid 6 BW).

In de Waadi – waar payrolling overigens net wat anders wordt gedefinieerd¹²³ – is de gelijke behandeling geregeld. De payrollwerknemer heeft recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. Indien de inlener geen werknemers in dienst heeft in gelijke of gelijkwaardige functies, heeft de payrollwerknemer recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin die onderneming werkzaam is. Dit laatste zal niet altijd makkelijk vast te stellen zijn, zeker wanneer in de betreffende sector niet een cao algemeen verbindend is verklaard. Dit betekent ook dat er niet een set van arbeidsvoorwaarden is voor payrollwerknemers. Laagland wijst erop dat het daarom lastig wordt om collectief op te treden.¹²⁴

Wat pensioen betreft hoeven de payrollwerknemers echter niet hetzelfde behandeld te worden, voor hen moet er een 'adequate pensioenregeling' komen.¹²⁵ Barentsen en Sagel merken op dat in zoverre het inhuren van payrollers toch nog financieel aantrekkelijk zijn.¹²⁶

5. Oproepovereenkomst

Vóór de inwerkingtreding van de Wab kende de oproepovereenkomst geen wettelijke definitie. De verzamelterm 'oproepcontract' werd in de praktijk gebruikt voor tijdelijke of vaste arbeidsovereenkomsten, waarin is overeengekomen dat de werknemer op oproepbasis werkt en er geen loon wordt betaald als er niet wordt gewerkt.¹²⁷ In een oproepcontract is dus geen vaste

¹²³ Art. 1, lid 1, sub d, Waadi. Zie hierover bijv. J.P.H. Zwemmer, '4.4 De payrollovereenkomst in art. 7:692 en payrolling in art. 1 Waadi', in J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer.

¹²⁴ F.G. Laagland, 'Payrolling: the story continues', *TRA* 2019/85.

¹²⁵ De regels rondom pensioen (m.n. art. 8a lid 4 Waadi) treden op 1 januari 2021 in werking.

¹²⁶ B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/1876.

¹²⁷ Zie echter Cremers-Hartman die van mening is dat in een oproepcontract ook overeengekomen is dat de werkgever de oproepkracht zal oproepen wanneer hij werk voorhanden heeft waarvoor deze oproepkracht in aanmerking komt en anderzijds de oproepkracht aan die oproep gehoor zal geven om het aangeboden werk te gaan verrichten, E. Cremers-Hartman, 'Oproepcontract. 3.2 Begripsbepaling', in J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer.

arbeidsomvang overeengekomen.¹²⁸ Reeds met de Wwz was het uitdrukkelijk de bedoeling het gebruik van dit soort contracten terug te dringen. De veranderingen gebracht door deze wet moesten ertoe leiden dat de werkgever na zes maanden een vaste urenomvang zou opnemen in de arbeidsovereenkomst. Deed hij dat niet, dan kon de arbeidsomvang worden bepaald door het gemiddelde te nemen van het aantal gewerkte uren per week over de laatste drie maanden, zoals geregeld in artikel 7:610b BW. De wetgever ging ervan uit dat door te sleutelen aan artikel 7:628 BW (de loondoorbetalingsverplichting) dit zou worden bereikt.¹²⁹ Het niet oproepen van de werknemer, omdat er geen werk is, komt in principe voor rekening van de werkgever, maar lid 7 bepaalt dat bij cao kan worden afgeweken van deze loondoorbetalingsverplichting ten nadele van de werknemer. De Wwz heeft de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de loondoorbetalingsverplichting sterk aan banden gelegd. Afwijking is alleen toegestaan bij functies waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben.¹³⁰ Voor de eerste zes maanden veranderde niets door de Wwz, wat betekent dat voor de eerste zes maanden partijen zelf schriftelijk de loondoorbetalingsverplichting kunnen uitsluiten. 'Na ommekomst van zes maanden moet duidelijk zijn in welke omvang de arbeid structureel kan worden verricht, al dan niet op flexibele basis in termen van werktijden en roosters,' aldus de wetgever.¹³¹

Vrij snel moest de wetgever echter constateren dat de bestaande regelingen die als doelstelling hadden de rechtspositie van oproepkrachten te verbeteren ernstig tekortschieten. Sommige rechters plegen bijvoorbeeld art. 7:610b BW op basis waarvan een rechtsvermoeden moet ontstaan van de omvang van de arbeid uit te leggen op een restrictieve manier die de wetgever niet voor ogen had.¹³² De Wab gaat daarom een stuk verder dan de Wwz en heeft de regels over oproepwerk ingrijpend gewijzigd. De Wab heeft tot doel de langdurige inkomenszekerheid te beperken en nodeloze permanente beschikbaarheid tegen te gaan.¹³³ Daartoe is in art. 7:628a lid 9 BW de definitie van de oproepovereenkomst neergelegd, die tamelijk ingewikkeld is geworden. De definitie is belangrijk, want die biedt toegang tot de rest van (de beschermende regels van) art. 628a. Er is sprake van een oproepovereenkomst indien (1) de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een maand of (2) indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten

¹²⁸ Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 15/16.

¹²⁹ Zie echter bijv. W.L. Roozendaal in haar noot bij HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923, AR 2015-0345 (*Werknemer/Connexion Openbaar Vervoer N.V.*). Roozendaal schrijft dat de wetgever een verkeerde veronderstelling had dat het slagen van oproepovereenkomsten afhankelijk is van een loonuitsluitingsbeding krachtens (thans) artikel 7:628 lid 5 en 7 BW. Alleen als al dan niet met behulp van artikel 7:610b BW komt vast te staan dat er ondanks het nulurencontract wel sprake is van bedongen arbeid van een zekere omvang, heeft het loonuitsluitingsbeding effect.

¹³⁰ Genoemd zijn als voorbeeld: piekwerkzaamheden en vervanging bij ziekte.

¹³¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7 (NnavV), p. 32-33.

¹³² *Kamerstukken II* 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 21-22. Als voorbeeld wordt aangehaald Hof Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3943.

¹³³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 36.

hoogste een jaar, waarbij het recht op loon van de werknemer gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid. Indien de loondoorbetalingsverplichting op grond van artikel 628, lid 5 of lid 7, of artikel 691, lid 7 BW (de uitzendovereenkomst) uitgesloten is, valt de arbeidsovereenkomst ook onder de definitie van de oproepovereenkomst. Een nulurencontract valt uiteraard onder deze definitie, maar dat geldt ook voor min-maxcontracten. Overeenkomsten waarbij wel het aantal uren per week of maand is overeengekomen, maar waarbij niet vaststaat wat de tijdstippen zijn waarop de arbeid wordt verricht, vallen hier niet onder. Ook een overeenkomst waarin een jaarurennorm is afgesproken is geen oproepovereenkomst als het loon wel gelijkmatig over het jaar betaald wordt.¹³⁴

In lid 10 is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over wanneer sprake is van een oproepovereenkomst. Van die mogelijkheid is gebruik gemaakt om bij AMvB te regelen in welke gevallen consignatie-, bereikbaarheids- en aanwezigheidsdienst niet leiden tot het bestaan van een oproepovereenkomst.¹³⁵ Dat is het geval indien één vaste arbeidsduur is overeengekomen en de overeengekomen consignatie- of aanwezigheidsdiensten – of bereikbaarheidsdiensten in de zorg – worden vergoed in geld of via tijd-voor-tijdregelingen.¹³⁶ Op grond van art. 7:655, lid 1, sub o, BW is de werkgever verplicht aan de werknemer een schriftelijke of elektronische opgave te verstrekken waarin is vermeld of sprake is van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 628a, lid 9 en 10, BW.

Indien sprake is van een oproepovereenkomst, is de werknemer niet verplicht gehoor te geven aan een oproep indien de werkgever de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet ten minste vier dagen van tevoren schriftelijk of elektronisch aan de werknemer bekendmaakt (art. 7:628a, lid 2, BW).¹³⁷ Ook de eventuele wijziging van de oproep of het intrekken van de oproep moet schriftelijk of elektronisch gebeuren. Indien de werkgever binnen de termijn van vier dagen de arbeid ten dele dan wel volledig intrekt of de tijdstippen waarop gewerkt moet worden wijzigt, heeft de werknemer recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij de arbeid overeenkomstig de oproep zou hebben verricht. De oproeptermijn van vier dagen kan bij cao verkort worden tot ten minste 24 uur.¹³⁸ Door middel van een amendement is hieraan toegevoegd dat de oproeptermijn bij cao geheel kan worden uitgesloten voor functies die als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend en niet aansluitend door dezelfde

¹³⁴ In de literatuur is betoogd dat er mogelijkheden zijn om onder deze definitie uit te komen terwijl wel sprake is van oproepearbeid, zoals het afspreken van een (klein) aantal vaste uren en vaste beloning, waarbij de werknemer structureel overwerkt. Het is nog onzeker hoe de rechtspraak zal omgaan met dit soort constructies. Zie bijv. M. Beukhof e.a., 'WABlief?', *TvO* 2019 nr. 4, p. 120-123.

¹³⁵ Besluit houdende nadere regels over oproepovereenkomsten, *Stb.* 2019, 233.

¹³⁶ Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, 72.

¹³⁷ Voor de termijn van vier dagen wordt uitgegaan van kalenderdagen, waarbij de geplande werkdag niet wordt meegerekend. Zie *Kamerstukken II* 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 129-130.

¹³⁸ Art. 7:628a lid 3 en 4 BW.

werknemer kunnen worden uitgeoefend gedurende een periode van meer dan negen maanden per jaar (art. 7:628a, lid 11, BW).

Door te regelen dat de werknemer niet verplicht is gehoor te geven aan een oproep die te laat is gedaan lijkt de wetgever impliciet ervan uit te gaan, dat bij een oproepovereenkomst sprake is van een *verplichting* om bij een tijdige oproep arbeid te verrichten. In de literatuur werd inderdaad aangenomen dat wanneer een dergelijke verplichting ontbreekt, dan de gezagsverhouding ontbreekt en er geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.¹³⁹ Niet valt echter in te zien waarom partijen bij een oproepovereenkomst niet zouden kunnen afspreken dat de werknemer een oproep mag weigeren.¹⁴⁰ Een verplichting om gehoor te geven aan een oproep is in elk geval geen onderdeel van de nieuwe definitie van de oproepovereenkomst. De reden daarvoor kan echter zijn dat de wetgever ervan uitgaat dat dan geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat een gezagsverhouding ontbreekt.¹⁴¹ De kwalificatietoets is echter een andere toets, waarbij naar alle omstandigheden van het geval gekeken moet worden en waarbij niet één aspect beslissend is.

Het is overigens niet ondenkbaar dat sommige werkgevers die een grote pool van oproepkrachten hebben toch zullen wachten met oproepen, totdat ze zeker weten dat de oproepkracht definitief nodig is en de tijdstippen waarop gewerkt moet worden niet zullen wijzigen, ook al is de oproep dan misschien te laat gedaan. Het risico dat de werkgever in dat geval loopt, is dat de werknemer weigert te komen werken. Daarbij is het maar de vraag of de werknemer inderdaad zal weigeren. Dat recht heeft hij, maar in dat geval verdient hij niets. Groter is het risico voor de werkgever als hij de oproep moet intrekken of wijzigen binnen de termijn van vier dagen. In dat geval ontstaat er een loonaanspraak over de uren waarop niet gewerkt is volgens de oorspronkelijke oproep.

Ook hier is het echter de vraag of veel oproepwerknemers in een dergelijk geval daadwerkelijk een loonvordering zullen instellen. Het is niet ondenkbaar dat veel mensen zullen vrezen op die manier de arbeidsrelatie te beschadigen, wat onder andere ertoe kan leiden dat ze niet meer opgeroepen worden. De loonvordering verjaart echter pas na vijf jaar, dus het is niet ondenkbaar dat de werknemer de loonvordering pas instelt na afloop van het dienstverband. Zoals eerder aangegeven, is het echter ook mogelijk dat werkgevers liever het risico lopen dat een werknemer weigert te komen werken bij een 'late, maar zekere' oproep, dan dat ze het risico lopen een oproep te moeten intrekken of wijzigen met als gevolg een mogelijke loonvordering over de niet-gewerkte uren volgens de oorspronkelijke oproep. Het is nog afwachten hoe de nieuwe

¹³⁹ A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2018, p. 197.

¹⁴⁰ Zie ook W.L. Roozendaal in haar noot bij HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923, AR 2015-0345 (*Werknemer/Connexion Openbaar Vervoer N.V.*).

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2018-2019, 35074, nr. 3 (MvT), p. 18. Verwezen wordt naar de volgende jurisprudentie: HR 25 januari 1980, NJ 1980/264, m.nt. P.A. Stein; CRvB 6 april 1972, RSV 1972, 214.

wetgeving zal uitpakken. Verschillende auteurs hebben twijfels geuit over het vermogen van deze maatregelen om echt tot een betere rechtspositie van oproepwerkers te leiden.¹⁴²

Meer wordt verwacht van de andere grote verandering ten aanzien van de oproepkrachten, namelijk de verplichting om de werknemer steeds na twaalf maanden dienstverband een overeenkomst aan te bieden met een vaste arbeidsomvang, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid in die voorafgaande periode van twaalf maanden.¹⁴³ Wanneer de werknemer immers zekerheid heeft over de arbeidsomvang, heeft hij of zij ook meer inkomenszekerheid.¹⁴⁴ Het verschil met het rechtsvermoeden over de arbeidsomvang, dat we al kennen van art. 7:610b BW, is dat daar het initiatief bij de werknemer ligt, terwijl ingevolge art. 7:628a, lid 5, de werkgever actie moet ondernemen. Doet de werkgever geen aanbod voor een vaste arbeidsomvang, dan heeft de werknemer recht op loon over het gemiddeld aantal gewerkte uren op jaarbasis gedurende de periode dat de werkgever de verplichting niet nakomt.¹⁴⁵ Ook hier geldt een verjaringstermijn van vijf jaar.¹⁴⁶ De aan te bieden omvang moet gelijk zijn aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande periode van twaalf maanden, waarbij het gaat om alle verloonde uren.¹⁴⁷ Uren waarover loon is betaald wegens ziekte, vakantie en verlof tellen dus mee voor het berekenen van het gemiddelde.

De termijn voor aanvaarding van het aanbod bedraagt ten minste een maand.¹⁴⁸ Wanneer de werknemer het aanbod heeft aanvaard, heeft hij niet langer een oproepovereenkomst, omdat de arbeidsovereenkomst dan een vaste arbeidsomvang heeft. Als de werknemer het aanbod niet aanvaardt, wordt de oproepovereenkomst voortgezet. Door deze verplichting tot het doen van een aanbod met vaste arbeidsomvang na twaalf maanden wordt een soort limiet op oproepwerk gesteld. Alleen de werknemers die daar zelf voor kiezen, zullen langer dan één jaar bij dezelfde werkgever op basis van een oproepovereenkomst werken. Het is wel mogelijk dat de werkgever steeds nieuwe werknemers werft die korter dan één jaar werken, wat natuurlijk eerder een mogelijkheid is als het niet goed gaat met de economie en de werkloosheid toeneemt.

¹⁴² Zie ook bijv. N.M. Cuppen en M. van den Eeckhout, '(Langdurig) inzetten van oproepkrachten aanzienlijk beperkt door de WAB', *ArbeidsRecht* 2019/53; J.P. Valk, 'Oproepkracht in 2020: Wab gebeurt er nu?', *TRA* 2020/4.

¹⁴³ Art. 7:628a, lid 5, BW. Voor de berekening van de periode van 12 maanden worden arbeidsovereenkomsten, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld.

¹⁴⁴ Van deze verplichting kan alleen bij cao worden afgeweken voor in die cao aangewezen functies die vanwege klimatologische of natuurlijke omstandigheden gedurende een periode van hoogstens negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend, art. 7:628a, lid 11, BW.

¹⁴⁵ Art. 7:628a, lid 8, BW.

¹⁴⁶ Art. 3:307, lid 1, BW.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 131.

¹⁴⁸ Volk betoogt dat het onduidelijk kan zijn wat de ingangsdatum van het aanbod voor een vaste omvang moet zijn. Is dat bijvoorbeeld meteen de eerste dag van de dertiende maand of de veertiende maand? Zie J.P. Volk, 'Oproepkracht in 2020: Wab gebeurt er nu?', *TRA* 2020/4.

Tot slot introduceerde de Wab een korte opzegtermijn voor oproepkrachten met een nulurencontract.¹⁴⁹ De opzegtermijn is gelijk aan de oproeptermijn die de werkgever in acht moet nemen, dat wil zeggen vier dagen of de termijn die bij cao is bepaald.

Het is nog de vraag of de Wab als gevolg zal hebben dat het rechtsvermoeden ex art. 7:610b BW niet langer restrictief wordt uitgelegd in de rechtspraak. De Wwz lijkt dat effect niet te hebben gehad.¹⁵⁰ De Hoge Raad heeft in 2015 overwogen dat het goedwerkgeverschap meebrengt dat een werknemer zonder vaste arbeidsomvang niet zonder goede reden kan worden uitgesloten van een aanbieding te komen werken, als het tot dan toe gebruikelijk was dat soort aanbiedingen wel te doen.¹⁵¹

Roozendaal heeft terecht de vraag gesteld wat dan wel goede redenen zouden zijn om de werknemer niet meer op te roepen.¹⁵² Deze vraag blijft ook na de Wab actueel. Een conflict tussen de werkgever en de werknemer is in principe geen goede reden, net zo min als ziekte, althans als door het niet-oproepen de werkgever probeert de loondoorbetaling bij ziekte te omzeilen.¹⁵³

6. Conclusies

Wat flexibele arbeid betreft, gaat de Wab min of meer door waar de Wwz was gebleven. Met name de regels ten aanzien van de payroll- en de oproepovereenkomst zijn ingrijpend veranderd. In de literatuur zijn echter kanttekeningen gezet bij het vermogen van deze nieuwe regels om hun doel te behalen, namelijk het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden door het afwentelen van kosten en risico's. De arbeidswetgeving is intussen steeds complexer aan het worden, wat op zichzelf al werkgevers kan afschrikken om mensen een (vast) dienstverband aan te bieden. De omvang van flexibele arbeid is in Nederland relatief gezien groot en volgens velen is de arbeidswetgeving hiervan de oorzaak. Het is nog wachten op de grote evaluatie van de Wwz, maar het wordt door de complexiteit van de regels en de frequente wetswijzigingen steeds moeilijker om vast te stellen welke regels precies welke gevolgen hebben.

Met de Wab wordt de lijn die is ingezet met de Wwz grotendeels doorgetrokken: vast moet minder vast worden en flex minder flex. Toch dienen niet alle maatregelen per definitie ter

¹⁴⁹ Art. 7:672, lid 5, BW.

¹⁵⁰ Zie ook Hof Arnhem- Leeuwarden 9 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4203, waarin het Hof niet bereid is af te stappen van de leer dat bij min-maxcontracten geen recht op loon op grond van artikel 7:628 BW bestaat als de werknemer niet wordt opgeroepen voor uren boven de garantie-uren wegens onvoldoende werk.

¹⁵¹ HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923 (*Werknemer/Connexion Openbaar Vervoer N.V.*).

¹⁵² W.L. Roozendaal in haar noot bij HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923, AR 2015-0345 (*Werknemer/Connexion Openbaar Vervoer N.V.*).

¹⁵³ Roozendaal verwijst o.a. naar Hof Den Bosch 24 juli 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB1936.

verbetering van de rechtspositie van de flexibele werknemers. De ketenregeling wordt van twee jaar teruggedraaid naar drie jaar. Ook wordt meer ruimte gecreëerd om af te wijken van de ketenbepaling voor terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende negen maanden in een jaar kan worden verricht. Dit zijn maatregelen die weer meer flexibiliteit beogen te creëren. Naast werkgevers hebben natuurlijk ook sommige werknemers belang bij ruimte voor flexibiliteit; dit heeft de wetgever steeds weer benadrukt. De wetgever is huiverig het stelsel te strikt te maken.

Ondertussen lijkt de wetgever echter steeds achter de feiten aan te lopen. Zo valt het nog te bezien of de regelgeving rondom payrolling en oproepwerk hun doel zullen bereiken. Naast deze flexibele vormen ontstaan er steeds nieuwe (driehoeks)relaties waarbij weer de kwalificatievraag speelt. Het is niet te verwachten dat het uitsluiten van de payrollovereenkomst van het verlichte ontslagregime van de uitzendovereenkomst de laatste wetgevende daad zal zijn op het gebied van driehoeksverhoudingen. De Commissie Regulering van werk constateert dat de steeds ingewikkeld wordende wetgeving op dit gebied slechts een deeloplossing biedt.¹⁵⁴ De Commissie stelt voor als hoofdregel te hanteren dat bij driehoeks- en meerpartijenrelaties de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin of waarvoor de arbeid wordt verricht, als werkgever wordt aangemerkt. In principe zou daarbij alleen het uitzenden door uitzendbureaus nog toegestaan zijn en zou het gebruikmaken van driehoeksrelaties, zoals payrolling, contracting, detachering of uitzending, steeds een rechtvaardiging behoeven. Ook zou voor uitzending geen wettelijke of bij cao overeen te komen afwijking meer gelden, behalve de mogelijkheid om gedurende 26 weken een uitzendbeding op te nemen.¹⁵⁵ Een dergelijk vereenvoudigd systeem valt inderdaad toe te juichen.

De toekomst zal moeten uitwijzen op welke manier de wetgever deze en andere voorstellen van de Commissie-Borstlap gaat oppakken. Verder is het interessant op welke manier de rechtspraak een verdere invulling zal geven aan de nieuwe regels uit de Wab en hoe zij met de nieuwe constructies – die we ongetwijfeld kunnen verwachten – zal omgaan. Interessant is ook wat het kostenverschil tussen vaste en flexibele contracten in de praktijk zal betekenen. De premiedifferentiatie is met dit doel doorgevoerd, net als de verplichting om bij het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de transitievergoeding te betalen. De Wab heeft in elk geval veel in gang gezet op het gebied van de flexibele arbeid. Wanneer we ons ook nog rekenschap geven van het feit dat het meestal kwetsbare werknemers zijn die op basis van flexibele contracten werken, blijkt hoe boeiend en belangrijk dit deelgebied van het arbeidsrecht is.

¹⁵⁴ Commissie Regulering van werk, *In wat voor land willen we leven?*, eindrapport 23 januari 2020, p. 42-44.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 72-75.