



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Flexibele arbeidsrelaties

Beltzer, R.M.; Verhulp, E.; Boonstra, K.; Christe, D.; Riphagen, J.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Beltzer, R. M., Verhulp, E., Boonstra, K., Christe, D., & Riphagen, J. (2002). Flexibele arbeidsrelaties. (Monografieën sociaal recht; No. 25). Deventer: 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: <http://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.

Woord vooraf

Dit boek is te beschouwen als een actualisering van het boek van C.J. Smitskam dat onder dezelfde titel in 1989 verscheen. Toen stond de flexibele arbeidsrelatie nog in de kinderschoenen. Het boek was pionierswerk. Inmiddels is er veel veranderd. De flexibele arbeidsrelatie is, in alle verschijningsvormen, door jurisprudentie en wetgeving gevormd en verduidelijkt.

Onder dankzegging aan Smitskam is dit boek een poging het hare aan die ontwikkelingen aan te passen. Daarbij is de door haar gekozen opzet grotendeels losgelaten. De nadruk is (nog) meer komen te liggen op de juridische duiding van de verschillende vormen van flexibele arbeid en minder op de maatschappelijke verschijningsvormen er van. Deze maatschappelijke verschijningsvormen zijn daarom in ieder hoofdstuk korter dan in het oorspronkelijke werk beschreven. Daarbij is er voor gekozen in de verschillende hoofdstukken niet een terugkerende beschrijving van standaardbegrippen op te nemen, met de gedachte dat het de leesbaarheid ten goede komt.

Het boek is geschreven door verschillende leden van de leestoelegroep Arbeidsrecht van de juridische faculteit van de Universiteit van Amsterdam, te weten mr. R.M. Beltzer, Prof. Dr K. Boonstra, mr D. Christe, Prof. Mr. J. Riphagen en ondergetekende, die tevens de eindredactie voor zijn rekening heeft genomen. Ieder hoofdstuk geeft de eigen visie van de auteur weer, die niet noodzakelijkerwijze door de anderen wordt gedeeld.

De tekst is, behoudens uitzonderingen, op 15 juli 2001 afgesloten.

De auteurs houden zich gaarne aanbevolen voor suggesties.

E. Verhulp

Amsterdam 15 oktober 2001

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Arbeidsovereenkomst

P.F. van der Heijden e.a. (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Kluwer, Deventer (losbl.)

Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen

S.C.J.J. Kortman, L.J.M. de Leede, H.O. Thunnissen: *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten*, Deel III, overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994

Burri 2000

S. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief* (diss. RUU)

Evers 2000

G.E. Evers, *Eigen baas zijn. Onderzoek naar zelfstandigen zonder personeel en hun bedrijf*, TNO Arbeid, Hoofddorp, (1 november) 2000

Evers & Wijmans

G. Evers en L. Wijmans, *Selbstaendige ohne Mitarbeiter: Erwerbstaetige zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer. Einheitlichkeit und Differenz*, WSI Mitteilungen 12/2000

Grapperhaus & Jansen 1999

F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Kluwer, Deventer 1999

Kuip & Verhulp 2000

S.W. Kuip en E. Verhulp, *Wet aanpassing arbeidsduur*, Sdu, Den Haag, 2000.

Parl. Gesch. Flexwet

S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid*, Parlementaire geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Kluwer, Deventer 1999.

Pitlo/Croes e.a. 1995

A.L. Croes, N. Frenk, C.E. du Perron, A.F. Salomon, *Bijzondere overeenkomsten*, Gouda Quint, 1995

Van Slooten 1999

J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, (diss. UvA) Kluwer, Deventer 1999

Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*

C.J. Smitskam e.a. (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Kluwer, Deventer, (losbl).

Verheul 1999

M. Verheul, De schijnzelfstandige en het arbeidsrecht, in P.F van der Heijden, Een nieuwe rechtsorde van de arbeid, in P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar, A.J.C.M. Wilthagen (red), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Sdu, Den Haag 1999, p. 21-43.

Verhulp 2001

E. Verhulp, *Flexibiliteit en zekerheid*, Sdu Den Haag 2001

De Wolff 1999

D. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, (diss. KUN), Kluwer, Deventer 1999

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- I Voorwoord
- II Inhoudsopgave
- II Inleiding (Prof. mr E. Verhulp)

- 1 De overeenkomst van opdracht (Prof. mr E. Verhulp)
 - 1.1 Inleiding
 - 1.1.1 De opdrachtnemers
 - 1.1.2 Het belang van het onderscheid tussen opdrachtnemer en werknemer
 - 1.1.3 Het maatschappelijk verschijnsel opdrachtnemer/zelfstandige
 - 1.1.4 Overheidsbeleid
 - 1.2. De overeenkomst van opdracht en de overeenkomst van aanneming van werk
 - 1.2.1 Inleiding
 - 1.2.2 De verplichtingen van de opdrachtnemer
 - 1.2.3 Verplichtingen van de opdrachtgever
 - 1.2.4 Het einde van de opdrachtovereenkomst
 - 1.2.5 Opdrachtovereenkomst kan arbeidsverhouding zijn in de zin van het BBA 1945
 - 1.2.6 De overeenkomst van opdracht als arbeidsverhouding in andere regelingen, de WMM, de WAV, de Wet CAO, en de Wet op de loonvorming
 - 1.2.7 De overeenkomst van aanneming van werk
 - 1.3 Onderscheid tussen opdrachtovereenkomst en arbeidsovereenkomst
 - 1.3.1 Bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst
 - 1.3.2 Latere wetswijzigingen: het rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst
 - 1.3.3 De bedoeling van partijen
 - 1.3.4 De maatschappelijke positie van partijen
 - 1.3.5 Formeel en materieel werkgeversgezag: het duurelement
 - 1.3.6 Het onderscheiden van de arbeidsovereenkomst en opdrachtovereenkomst
 - 1.3.7 Hoe nu verder....
 - 1.4 Samenlopende onderwerpen bij de opdracht- en arbeidsovereenkomst
 - 1.4.1 Ontbinding van de opdrachtovereenkomst
 - 1.4.2 Loonmatiging

- 1.4.3 Opzegtermijn
- 1.4.4 Vergoeding wegens opzegging van de opdrachtovereenkomst

2 Deeltijdarbeid (Prof. dr. K. Boonstra)

- 2.1 Inleiding
 - 2.1.1 Ontwikkeling van deeltijdarbeid
 - 2.1.2 Wettelijk kader
 - 2.1.3 Soorten deeltijders
- 2.2 Verbod tot onderscheid vanwege arbeidsduur
 - 2.2.1 Het wettelijk kader
 - 2.2.2 Onderscheid bij het aangaan en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst
 - 2.2.3 Onderscheid naar arbeidsduur gedurende de loop van de arbeidsovereenkomst
 - 2.2.4 Objectieve rechtvaardigingsgronden
 - 2.2.5 Sancties
- 2.3 Aanpassing arbeidsduur
 - 2.3.1 Aanpassing arbeidsduur voor de WAA
 - 2.3.2 Wet aanpassing arbeidsduur
 - 2.3.3 Werknemer en werkgever in de WAA
 - 2.3.4 Moment van aanvraag
 - 2.3.5 Het verzoek en het overleg
 - 2.3.6 Het besluit van de werkgever
 - 2.3.7 Rechtskarakter
 - 2.3.8 Opzegverbod

3. Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (mr D. Christe)

- 3.1. Inleiding
 - 3.1.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als flexibele arbeidsrelatie
 - 3.1.2 Naar de huidige wettelijke regeling van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De Wet Flexibiliteit en Zekerheid
 - 3.1.3 Toepassing van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
- 3.2. Totstandkoming en duur van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
 - 3.2.1 Totstandkoming
 - 3.2.2 De duur van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
- 3.3 Het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
 - 3.3.1 Einde van rechtswege en door opzegging
 - 3.3.2 Opzegging en de voor opzegging geldende bepalingen
 - 3.3.3 Opzegging op grond van een opzeggingsbeding
 - 3.3.4 Het beding van tussentijdse opzegging
 - 3.3.5 Codificatie van de Ragetlie-regel
- 3.4 Voortzetting van rechtswege van een arbeidsovereenkomst

voor bepaalde tijd

3.5 Conversie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

3.6 Opvolgende werkgevers: anti-draaideurconstructie

3.7 Arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde

3.8 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en bijzondere bedingen

3.8.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en artikel 7:628 BW

3.8.2 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en proeftijd

3.8.3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en concurrentiebeding

3.9 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en overig arbeidsrecht

3.9.1 Artikel 7:668a BW en uitzendovereenkomst

3.9.2 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en WOR

3.9.3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en CAO

3.9.4 Wetsontwerp 27661 ter uitvoering van EG-richtlijn 1999/70/EG

3.10. Slot

4. De oproepovereenkomst (Prof. mr E. Verhulp)

4.1 Inleiding

4.1.1 Oproepkrachten

4.1.2. Oproepovereenkomsten als maatschappelijk verschijnsel

4.1.3 De wetgever en de oproepovereenkomst

4.2 De voorovereenkomst

4.2.1 De aard van de voorovereenkomst

4.2.2 De oproep

4.2.3 De arbeidsovereenkomst na de oproep

4.2.4 De omvang van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

4.2.5 Een regeling van de arbeidsomvang in de CAO

4.2.6 Recht om opgeroepen te worden? Loondoorbetaling

4.3 De arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht

4.3.1 De aard van de arbeidsovereenkomst m.u.p.

4.3.2 De verplichting om aan een oproep gehoor te geven

4.3.3 De verplichting van de werkgever om de oproepkracht op te roepen

4.3.4 De uitsluiting van de loondoorbetalingverplichting, art. 7:628 leden 5, 6 en 7 BW

4.3.5 Ziekte van de oproepkracht

4.3.6 Na het verstrijken van de termijn van art. 7:628 lid 5 BW, de loonvordering

4.4. Minimum en min-max-contracten

4.5. Enkele bijzondere aspecten van de 'oproepovereenkomst'

4.5.1 Samenloop van voorovereenkomsten en de arbeidsovereenkomst m.u.p.

4.5.2 Gelijke behandeling van oproepkrachten

4.5.3 Vakantie

4.5.4 Oproepkrachten en medezeggenschap

- 4.6 Art. 7:628a BW
- 4.6.1 Minimumbetaling bij een oproep van minder dan 3 uur, art. 7:628a BW
- 4.6.2 Geldt art. 7:628a BW voor de arbeidsovereenkomst die volgt uit de voorovereenkomst?
- 4.6.3 De eenduidige vastlegging van de arbeidsduur
- 4.6.4 Onderbrekingen van de arbeid

- 5 Thuiswerk (mr. R.M. Beltzer)
 - 5.1.1 Inleiding
 - 5.1.2 Motieven
 - 5.2 Juridische kwalificatie
 - 5.2.1 Arbeidsovereenkomst
 - 5.2.2 Zich verbinden
 - 5.2.3 Persoonlijke verrichting
 - 5.2.4 Tegen loon
 - 5.2.5 Gedurende zekere tijd
 - 5.2.6 Ondergeschiktheid/Gezagsverhouding
 - 5.2.7 Verrichting werkzaamheden binnen en buiten de onderneming
 - 5.2.8 Gelijke aard van de werkzaamheden
 - 5.2.9 Rechtsvermoeden
 - 5.3 Aanneming van werk
 - 5.3.1 Stoffelijk werk
 - 5.3.2 Tot stand brengen
 - 5.3.3 Bepaalde prijs (in geld)
 - 5.3.4 Buiten arbeidsovereenkomst
 - 5.3.5 Afbakening ten opzichte van de arbeidsovereenkomst
 - 5.4 Opdracht
 - 5.4.1 Loon
 - 5.4.2 Arbeidsovereenkomst
 - 5.4.3 Aanneming van werk
 - 5.4.4 Opdracht
 - 5.5 Risico
 - 5.5.1 Arbeidsovereenkomst
 - 5.5.2 Aanneming van werk
 - 5.5.3 Opdracht
 - 5.6 Beëindiging
 - 5.6.1 Arbeidsovereenkomst
 - 5.6.2 Aanneming van werk
 - 5.6.3 Opdracht
 - 5.6.4 Toepasselijkheid BBA
 - 5.6.5 Overgang van onderneming
 - 5.7 Thuiswerkverdrag

6 Uitzendovereenkomst (mr. D. Christe)

6.1 Inleiding

- 6.1.1 Uitzendarbeid als flexibele arbeidsrelatie
- 6.1.2 Toepassing van de uitzendovereenkomst
- 6.1.3 Naar de huidige wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst
- 6.1.4 Arbeidsverhoudingen in de uitzendsector. De ABU-CAO
- 6.2 Kenmerken van de uitzendovereenkomst
 - 6.2.1 Definitie uitzendovereenkomst
 - 6.2.2 Uitzending in kader van beroep of bedrijf
 - 6.2.3 Onder toezicht en leiding van een derde
 - 6.2.4 Andere aspecten van uitzendarbeid
- 6.3 De wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst
 - 6.3.1 Art 7:691 lid 1 BW: art. 7:668a BW pas na 26 weken toepasselijk
 - 6.3.2 Art. 7:691 leden 2 en 3 BW: het uitzendbeding
 - 6.3.3 Art. 7:691 leden 4 en 5 BW: Onderbrekingsregel en antidraaideur-constructie
 - 6.3.4 Art. 7:691 lid 6 BW: art. 7:691 BW niet van toepassing bij intraconcern-uitzending
 - 6.3.5 Art. 7:691 lid 7 BW: mogelijkheid tot afwijking bij CAO
- 6.4 De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
- 6.5 De CAO voor uitzendkrachten
 - 6.5.1 Algemene karakteristiek van de ABU-CAO
 - 6.5.2 Fasestructuur
 - 6.5.3 Ontslagrecht m.b.t. uitzendkrachten
 - 6.5.4 Uitsluiting loondoorbetalingsverplichting
 - 6.5.5 Proeftijden
 - 6.5.6 Wegvallen uitzendarbeid
 - 6.5.7 Pensioen
 - 6.5.8 Scholing
- 6.6 Uitzendkracht en medezeggenschap
 - 6.6.1 Gesplitste medezeggenschap
 - 6.6.2 Ontslagbescherming van uitzendkracht die in de OR zit
- 6.7 Uitzendovereenkomst en concurrentiebepalende bedingen
- 6.8 Aansprakelijkheid van inlener voor schade van uitzendkracht, art. 7:658 lid 4 BW
- 6.9 De EG- detacheringsrichtlijn van 16 december 1996
- 6.9.1 De Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid
- 6.10 Slot

7 Flexibele arbeidsrelaties en sociale zekerheid (Prof. mr. J. Riphagen)

- 7.1.1 Inleiding
- 7.1.2 Leeswijzer
- 7.2.1 Verzekerd voor de werknemersverzekeringen?
- 7.2.2 Verzekeringsplicht algemeen
- 7.2.3 De criteria voor de verzekeringsplicht / art. 3 ZW/WAO/WW
- 7.2.4 De toepassing van deze criteria op flexibele arbeidsrelaties
- 7.2.5 De voorovereenkomst en de arbeidsovereenkomst mup / verzekeringsplicht tijdens de gewerkte periodes op grond van art. 3
- 7.2.6 Verzekeringsplicht ex art. 5 ZW / voorovereenkomst en arbeidsovereenkomst mup
- 7.2.7 Verzekeringsplicht gedurende de tussen twee oproepen liggende periodes/de voorovereenkomst
- 7.2.8 De verzekeringsplicht in de tussenliggende periode / de arbeidsovereenkomst mup
- 7.2.8 De verzekeringsplicht in de tussenliggende periode / de arbeidsovereenkomst mup
- 7.2.9 Slot
- 7.3 De invloed van de Wet flexibiliteit en zekerheid
- 7.3.1 Art. 7:610a BW
- 7.3.2 Art. 7:610b BW
- 7.3.3 Art. 628a BW
- 7.3.4 De dagloonbepaling
- 7.4 Behandeling per vorm van flexibele arbeidsrelatie
- 7.4.1 De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
- 7.4.2 De uitzendovereenkomst
- 7.4.3 Deeltijdarbeid

trefwoordenregister

Inleiding

In dit boek worden de ‘klassieke’, meest voorkomende contractuele vormen van flexibele arbeid beschreven, ieder in een apart hoofdstuk. Onder de ruime interpretatie van flexibele arbeidsrelaties wordt verstaan alle vormen waaronder arbeid wordt verricht, waaraan geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor de volledige werkweek ten grondslag ligt.¹ Het gaat om –in de volgorde van het boek– de overeenkomst van opdracht, de deeltijd-arbeidsovereenkomst, de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de oproepovereenkomst, de thuiswerkovereenkomst en de uitzendovereenkomst. Deze vormen van flexibiliteit worden wel numerieke flexibiliteit genoemd. Het gaat daarbij immers om het aantal te werken uren, en in de aanpassing van die hoeveelheid wordt de flexibiliteit gezocht.

Voor deze benadering is bewust gekozen. De zes besproken vormen van flexibele arbeid hebben betrekking op de contractsvorm of de arbeidsduur binnen die contractsvorm. In het eerste hoofdstuk, over de opdrachtovereenkomst, komt de definitie van de arbeidsovereenkomst met name gericht op de ondergeschiktheid, uitgebreid aan de orde. In de volgende hoofdstukken staat dat aspect van flexibilisering dus niet meer centraal. In het eerste hoofdstuk wordt de overeenkomst van opdracht beschreven en vergeleken met de arbeidsovereenkomst. De twee overeenkomsten vertonen op onderdelen grote gelijkenis, die door een aantal arresten van de Hoge Raad, met betrekking tot loonmatiging en ontbinding, nog aanzienlijker is geworden. In het tweede hoofdstuk wordt de deeltijdarbeid besproken. Deze afwijking van de standaardarbeidsovereenkomst wordt soms niet als flexibele arbeidsverhouding gezien. In dit boek is dat wel gedaan omdat deze contractsvorm afwijkt van de standaard en de werkgever en werknemer een grotere mate van flexibiliteit geeft bij de inzet van de arbeid. In dit hoofdstuk ligt de nadruk op het gebod tot gelijke behandeling van deeltijdwerkers en voltijdwerkers en op de mogelijkheden om deeltijdarbeid te creëren, met name door de Wet aanpassing arbeidsduur. In het derde hoofdstuk wordt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd behandeld. Voor deze overeenkomst geldt dat na de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid het toepassingsbereik groter is geworden, maar de duur en de omvang van het gebruik is beperkt. In hoofdstuk 4 staat de oproepovereenkomst centraal. Deze overeenkomst wordt onderscheiden in een voorovereenkomst of in een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht: ieder met zijn eigen juridische problematiek. De thuiswerkovereenkomst kan in verschillende juridische gedaanten verschijnen. In hoofdstuk 5 worden deze besproken. In hoofdstuk 6 komt

¹ In deze zin I.P. Asscher-Vonk & W.J.P.M. Fase, *Bakels. Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer 2000, p. 54-55

de uitzendovereenkomst aan bod. De juridische duiding van dit contract is pas na 1 januari 1999 duidelijk geworden: het gaat om een arbeidsovereenkomst. Maar wel om een bijzondere vorm, zodat afwijkingen van de standaardregeling in ruime mate mogelijk is en zich in de praktijk – bij CAO- veelvuldig voordoen. In hoofdstuk 7 tenslotte wordt in grote lijnen weergegeven met welke sociaal verzekeringsrechtelijke problematiek de flexibele werker geconfronteerd kan worden. In ieder hoofdstuk wordt gepoogd de betreffende arbeidsverhouding uitputtend te bespreken, voor zover er sprake is van afwijking van de ‘gewone’ arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In dit boek is dus gekozen voor de numerieke benadering van het begrip ‘flexibiliteit’ van de arbeidsrelatie gekozen. Daarmee wordt geen recht gedaan aan andere vormen van flexibiliteit, zoals de functionele flexibiliteit, waarbij de nadruk niet ligt op de contractuele vorm van de arbeidsverhouding, maar op de mogelijkheid die partijen daarbij bedongen hebben om het bestaande contract voor wat betreft de inhoud (arbeidsvoorwaarden, de te verrichten werkzaamheden) te wijzigen. Deze vorm van flexibilisering mag zich verheugen op toenemende belangstelling, ook van juristen. Die toeneming is mede te verklaren door het Taxi Hofman/ Van der Lely-arrest,² waarin de Hoge Raad besliste dat de werknemer in het algemeen positief behoort in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk. Dergelijke voorstellen mag een werknemer alleen afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijze niet van hem gevergd kan worden. Dit wordt niet anders indien de (wijziging van de) omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen. Op grond van dit arrest wordt wel betoogd dat de arbeidsovereenkomst dat de klassieke contractstheorie steeds minder houdbaar is.³ De werknemer treedt door het sluiten van de arbeidsovereenkomst toe tot de organisatie van de werkgever. Hij wordt onderdeel van die arbeidsorganisatie als instituut, hetgeen met zich brengt dat hij zich heeft aan te passen aan wijziging van de omstandigheden waaronder binnen dat instituut de arbeid dient te worde verricht. Een zich op deze wijze aanpassende werknemer heeft een zekere mate van flexibiliteit, die de van de zijde van werkgevers regelmatige aangegeven behoefte aan ruimere mogelijkheden tot ontslag van een werknemer, zou kunnen wegnemen. Aan functionele flexibiliteit zijn zeker voordelen verbonden. Schippers cs⁴ wijzen er op dat een grote contractuele flexibiliteit vooral betekent dat de continuïteit van de organisatie, in termen

² HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199

³ P.F. van der Heijden, De wederkerige rechtsbetrekking, in P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar, A.C.J.M. Wilthagen, *Naar een nieuwe rechtsorden van de arbeid?*, Sdu, Den Haag 1999, p. 54.

⁴ J. Schippers, C. Remery en J.P. Vosse, Tien jaar flexibilisering in Nederland, in” P. Ester, R. Muffels en J. Schippers, *Flexibilisering, organisatie en employability*, Coutinho, Bussukm 2001, p. 37

van opbouw en onderhoud van menselijk kapitaal, schaadt. Aan de andere kant wijzen zij er op dat de invloed die flexibilisering heeft op de arbeidssatisfactie en arbeidsperspectieven van werknemers negatief is. Aan de andere kant staat dat een (te) hoge graad van baanzekerheid het gevaar van inertie bij werknemers in zich heeft. “Baanzeekerheid kan daardoor een nadelig effect op actief zoekgedrag naar positieverbetering hebben en draagt in dat geval niet bij aan vergroting van de allocatieve efficiëntie op de arbeidsmarkt.” Uiteindelijk blijken Schippers cs. positief over de in Nederland bestaande verhouding tussen de flexibiliteit van de arbeidsverhouding en de ‘vastheid’ van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zij constateren dat hoewel de preventieve ontslagtoets tot vertraging van de afvloeiing leidt, maar dat de ruime mogelijkheden voor flexibele arbeidscontracten voldoende compensatie bieden.

Naast de in dit boek beschreven vormen van flexibele arbeidsverhoudingen komen in de jurisprudentie soms nog pogingen te voor te komen tot flexibilisering van de arbeid door de op grond van de overeenkomst te verrichten werkzaamheden, niet als arbeid te kwalificeren. Dit geschiedt met name als de rechtsbetrekking ook elementen van scholing bevat. De scheidslijn tussen arbeid en onderwijs kan soms erg dun zijn, zo bleek al in het arrest Hesseling/Stichting de Ombudsman van de Hoge Raad.⁵ Hierin overwoog de Hoge Raad dat indien de overeenkomst (primair) is gericht op uitbreiden van eigen kennis en ervaring, mede met het oog op de voltooiing van de opleiding, er –behoudens tegenbewijs- niet gesproken kan worden van een arbeidsovereenkomst. Deze door de Hoge Raad uitgezette lijn staat er niet aan in de weg schijnconstructies te doorbreken. Van een dergelijke constructie is volgens de Rechtbank Utrecht in het arrest van 27 juni 2001⁶ sprake bij de beurspromovendi. Deze promovendi zouden volgens de Universiteit Utrecht geen productieve arbeid verrichten. De rechtbank verwerpt die opvatting nu het verrichten van onderzoek nu juist bij uitstek arbeid is die aan een universiteit wordt verricht. Deze vormen van ‘flexibilisering’ van de arbeidsovereenkomst (dan wel pogingen daartoe) zijn in reguliere arbeidsrelaties evenwel moeilijk voorstelbaar, en zullen dus zeldzaam blijven.

⁵ HR29 oktober 1982, *NJ* 1983, 230.

⁶ Rb. Utrecht 27 juni 2001, *JAR* 2001/155.

1 De overeenkomst van opdracht

1.1 Inleiding

1.1.1 De opdrachtnemers

Degenen die zonder meer onder de vlag van een overeenkomst van opdracht werkzaamheden verrichten, worden vrijwel nooit opdrachtnemer genoemd. In het spraakgebruik is vaak de functie van de opdrachtnemer al voldoende indicatie voor het aannemen van een overeenkomst van opdracht, zoals dat geldt voor de kapper, de advocaat, de artiest, de tandarts, de accountant, de tekstschrijver en de ramenlapper. Als men spreekt over 'mijn advocaat' of 'mijn arts' zal niemand aan een andere relatie denken dan aan de opdrachtovereenkomst. Een advocaat voert in opdracht van de opdrachtgever een procedure, een arts behandelt of adviseert in opdracht van de patiënt, die dan opdrachtgever is. Het kenmerkende element voor het aannemen van de arbeidsovereenkomst, de ondergeschiktheid, ontbreekt bij de opdrachtovereenkomst. Ik kan 'mijn advocaat' wel opdracht geven een bepaald contract te beoordelen, maar de advocaat staat het vrij die opdracht te weigeren en als hij de opdracht aanvaardt, staat het hem vrij te adviseren als hem goeddunkt. De opdrachtnemer is niet ondergeschikt aan de opdrachtgever. Daarin moet het verschil met de werknemer worden gevonden, de werknemer is wel ondergeschikt aan zijn werkgever. Iets anders is dat de opdrachtnemer een opdracht kan laten uitvoeren door een bij hem in dienst zijnde werknemer. De opdrachtnemer kan een rechtspersoon zijn, een werknemer nooit.⁷ De advocaat is op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam voor een advocatenmaatschap, de tekstschrijver is in dienst van een communicatiebureau. De werkgever van deze werknemers is dan de opdrachtnemer, de werkgever laat de opdracht uitoefenen door een bij hem in dienst zijnde werknemer. Daardoor verandert aan de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer niets. Overigens moet in het oog worden gehouden dat de opdrachtovereenkomst ook betreft de talrijke vormen van dienstverrichtingen die door ondernemingen jegens elkaar worden verricht, zoals research-overeenkomsten en organisatieopdrachten.⁸ Sinds 1999 wordt er een daarvan specifiek in het arbeidsrecht benoemd, te weten de opdracht verstrekt door een derde aan een uitzendwerkgever om een uitzendkracht ter beschikking te stellen. Uitvoering van een dergelijke opdracht leidt krachtens art. 7:690 BW tot een arbeidsovereenkomst tussen de opdrachtnemer (het uitzendbureau) en de uitzendkracht.

⁷ HR 9 juli 1991, *NJ* 1991, 215

⁸ *Kamerstukken* II 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 3

Zolang in de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer geen sprake is van ondergeschiktheid, is er nauwelijks discussie mogelijk over de op die relatie van toepassing zijnde rechtsregels. Maar er zijn veel opdrachtnemers die met moeite –of soms in het geheel niet- te onderscheiden zijn van werknemers. Het gaat hier veelal om die opdrachtnemers die niet worden aangeduid met het ambacht of de beroepsactiviteit die door hen wordt verricht, maar met hun juridische status. Alleen al dat gegeven duidt in het algemeen vaak op juridische complicaties. Ik doel hier op opdrachtnemers die in de praktijk bekend staan als freelancer of ZZP'er (zelfstandige zonder personeel). Ook aanduidingen die een mengvorm zijn van beroepsactiviteit en juridische status komen voor: zo wordt in de vervoerssector het begrip 'vrije' of 'eigen rijder' gebruikt, terwijl in de bouw sprake is 'eigen klussers'. Het verschil tussen dergelijke opdrachtnemers en werknemers in dienst van de opdrachtgever is soms zo gering of zelfs afwezig, dat het aannemen van een verschillende contractuele grondslag voor het verrichten van die werkzaamheden niet eenvoudig te rechtvaardigen lijkt. Het gebeurt regelmatig dat opdrachtnemers en werknemers in dienst van de opdrachtgever schouder aan schouder aan hetzelfde project staan te werken. Zeker als de opdrachtnemer feitelijk afhankelijk is van een opdrachtgever, en voorheen bij die opdrachtgever als werknemer in dienst werkzaam is geweest, kan worden gedacht aan een schijnconstructie. Daarvoor kan door de voormalig werkgever/opdrachtgever gekozen zijn om te ontkomen aan dwingende bepalingen van arbeidsrecht of met het oogmerk betaling van de werknemersverzekeringspremies te voorkomen. Van der Heijden⁹ spreekt in dit verband van een 'grijze zone', van een groeiende groep mensen die economisch gezien vergelijkbaar is met werknemers, maar juridisch gesproken die status niet heeft. Dit leidt in zijn visie tot erosie van het arbeidsrecht.

1.1.2 Het belang van het onderscheid tussen opdrachtnemer en werknemer

De arbeidsovereenkomst geldt als toegangkaart tot de voor de werknemer geldende beschermende bepalingen. Uitgangspunt van het arbeidsrechtelijk systeem is dat de werknemer ten opzichte van de werkgever de economisch zwakkere partij is, die onvoldoende in staat is op basis van gelijkwaardigheid te onderhandelen over de contractvoorwaarden. Het arbeidsrecht poot deze ongelijkheid te compenseren door het bieden van beschermingsregels. Het vaststellen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst betekent ook de vaststelling van toepasselijkheid van de ongelijkheidscompensatieregels van titel 10 boek 7 van het BW. Indien

⁹ P.F. van der Heijden, Een nieuwe rechtsorde van de arbeid, in P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar, A.J.C.M. Wilthagen (red), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Sdu, Den Haag 1999, p. 6

de werknemer om een reden die voor risico van de werkgever komt de arbeid niet kan verrichten, of indien hij arbeidsongeschikt wordt, heeft hij recht op doorbetaling van loon op grond van art. 7:628 resp. 7:629 BW. De opdrachtnemer mist een dergelijk recht. De werknemer kan zich beroepen op de bijna uitputtende regeling met betrekking tot betaling van loon waaronder de regel dat indien het loon te laat wordt betaald, de werkgever een verhoging tot 50% verschuldigd kan zijn. Voor de opdrachtnemer gelden er ter zake van het loon nauwelijks regels. Zo zijn er in het BW tal van beschermende bepalingen opgenomen, waar een werknemer zich wel op kan beroepen, maar een opdrachtnemer niet.

Een nadere bescherming voor werknemers is vaak geregeld in de CAO. In beginsel (uitzondering is mogelijk, maar komt zelden voor) kan slechts de werknemer zich ten opzichte van zijn werkgever op de CAO beroepen, voor een opdrachtnemer gelden de CAO-bepalingen niet. Dat geldt ook voor socialeverzekeringswetgeving. Voor een belangrijk deel van de sociale verzekeringswetten, zoals de Ziektewet, de Werkloosheidswet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering is de opdrachtnemer geheel of gedeeltelijk uitgesloten.¹⁰

1.1.3 Het maatschappelijk verschijnsel opdrachtnemer/zelfstandige

In 1998 waren er 313.700 bedrijven zonder werknemers. Op grond daarvan wordt aangenomen dat van de totale beroepsbevolking tussen de 4,5 en 5% als zelfstandige werkzaam is.¹¹ Er bestaat geen vastomlijnde definitie van het begrip zelfstandige (of ZZP-er). Verheul gebruikt voor de zelfstandige die economisch afhankelijk is van één of enkele opdrachtgevers de term 'schijnzelfstandige'.¹² Een schijnzelfstandige wordt vaak aan de hand van een aantal karakteristieken herkend. Deze zijn: hij heeft geen werknemers in dienst, er wordt voor één of één overheersende opdrachtgever gewerkt, terwijl hetzelfde of soortgelijk werk bij of door de opdrachtgever (ook) door werknemers in dienst van de opdrachtgever wordt verricht, de betaling vindt per opdracht plaats en de zelfstandige beschikt niet of in beperkte mate over eigen bedrijfsruimte.

Hiervoor is al aangegeven dat een aantal zelfstandigen in ondergeschiktheid, in ieder geval in economische zin, arbeid lijken te verrichten.¹³ Hoe groot de groep zelfstandigen is die voor een of slechts enkele opdrachtgevers werkt, is niet precies bekend. Uit een door Evers en Wijmans opgenomen onderzoek blijkt dat een meerderheid van bijna

¹⁰ Zie Verheul 1999, p. 24-25. Zie voor het sociale zekerheidsrecht hoofdstuk 7

¹¹ Evers 2000, p. 3-4.

¹² Verheul 1999, p. 23.

¹³ W. Zwinkels, *Tussenvormen op het spectrum werknemerschap-ondernemerschap*, Paper TVA-WESWA congres 12 oktober 2000, p. 4.

driekwart van de onderzochte zelfstandigen zegt vijf of meer opdrachtgevers te hebben. Tegelijkertijd geeft drievijfde van de zelfstandigen aan vaak voor dezelfde opdrachtgever te werken.¹⁴ Zelfstandigen in de sectoren bouw en de zakelijke dienstverlening geven relatief vaak –en soms kennelijk in strijd met de waarheid- aan niet slechts voor een of twee opdrachtgevers te werken, hetgeen gedeeltelijk zou kunnen samenhangen met de vrees voor ‘moeilijkheden met semi-overheidsinstellingen’.¹⁵ Een aanzienlijk aantal zelfstandigen vreest naheffing van socialeverzekeringspremies. Zwinkels schat het aantal zelfstandigen, waarvan niet zeker is of zij inderdaad (uitsluitend) krachtens een overeenkomst van opdracht werkzaam zijn, op een kleine 100.000 personen, waarvan de grootste groepen te vinden zijn onder organisatieadviseurs en kunstenaars (beide ruim 15.000 personen).¹⁶

Er is ook onderzoek gedaan naar de motieven om bepaalde werkzaamheden in opdracht door zelfstandigen te laten verrichten. Daaruit blijkt dat de opdrachtgever een grotere flexibiliteit verwacht, minder sociale onzekerheden vanwege bijvoorbeeld ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheidswetgeving, terwijl de opdrachtgever geen werkgeverspremies sociale verzekeringen verschuldigd is.¹⁷ Vooral de met deze omstandigheden gemoeide kosten zullen bij de keuze om met een zelfstandige te werken de doorslag geven: een zelfstandige is ongeveer 30% goedkoper dan een werknemer. Dit voordeel bestaat voor ongeveer de helft uit lagere lasten voor de opdrachtgever en voor de andere helft uit een hogere netto-opbrengst voor de zelfstandige.¹⁸ De hogere netto-opbrengst voor de zelfstandige hangt samen met fiscale ondernemersfaciliteiten.

Hoewel vaak wordt vermoed dat de economische onafhankelijk van veel zelfstandigen voor die zelfstandige problematisch is, blijkt daarvan uit onderzoek weinig. Uit verschillende onderzoeken blijkt dat de keuze om als zelfstandige te gaan werken een positieve keuze van de zelfstandige zelf is geweest. In de bouwsector, waar het aantal zelfstandigen sterk groeiende is,¹⁹ blijkt dat de keuze is ingegeven door de wens te kunnen werken volgens de eigen professionele standaard, in het eigen tempo en zonder te hoeven voldoen aan de standaardisatie. Het meer kunnen verdienen als zelfstandige dan als werknemer werd slechts door vijf procent

¹⁴ Evers & Wijmans, p. 9-10.

¹⁵ Evers & Wijmans, p. 10

¹⁶ W. Zwinkels, *Tussenvormen op het spectrum werknemerschap-ondernemerschap*, Paper TVA-WESWA congres 12 oktober 2000, p. 10.

¹⁷ Evers 2000, p. 5.

¹⁸ Vrijwel letterlijk W. Zwinkels, *Tussenvormen op het spectrum werknemerschap-ondernemerschap*, Paper TVA-WESWA congres 12 oktober 2000, p. 4.

¹⁹ Verheul 1999, p. 35.

van de zelfstandigen als startmotief genoemd.²⁰ Ook zonder specificatie naar sector blijkt de vrijheid om naar eigen inzicht te werken een van de meest aantrekkelijke aspecten van de zelfstandigheid. Daarbij blijkt dat tweederde van de zelfstandigen bewust heeft gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap, terwijl voor een vijfde van de zelfstandigen de zelfstandigheid een min of meer gedwongen keuze was.²¹ Een recent onderzoek door de Raad voor Zelfstandig Ondernemerschap bevestigt dat beeld. Daaruit blijkt dat de gemiddelde zelfstandige een 36-jarige, hoger opgeleide vrouw is, die bewust voor de zelfstandigheid heeft gekozen.²²

Tegen het verschijnsel van de (schijn-)zelfstandige met een of enkele opdrachtgevers zijn meerdere bezwaren aangevoerd.²³ Zelfstandigen onttrekken zich veelal aan branche-eigen voorzieningen en betalen daaraan niet mee, zodat deze voorzieningen in gevaar komen. Soms wordt als bezwaar aangevoerd dat zelfstandigen oneerlijk kunnen concurreren nu zij zich niet (hoeven te) houden aan verschillende soorten regels, waardoor zij tegen een lager tarief kunnen werken. Nu vooral jongeren als zelfstandige gaan werken en zich zodoende onttrekken aan de collectieve regelingen, moeten minder mensen, waaronder meer ouderen en minder gezonde mensen, opdraaien voor de collectieve voorzieningen. Zelfstandigen treffen over het algemeen geen oudedagsvoorziening, en zij zijn niet verplicht verzekerd waardoor zij bij het falen van de onderneming terugvallen op de collectieve voorzieningen, zoals de bijstand. Deze bezwaren komen naast het bezwaar dat de zelfstandige soms ten onrechte de arbeidsrechtelijke bescherming wordt onthouden.

1.1.4 Overheidsbeleid

De regering heeft bij de behandeling van de Sociale Nota 2000 het probleem van de afhankelijkheid van een grote groep opdrachtnemers erkend: "Zowel in de sfeer van de persoonlijke als van de zakelijke diensten ontstaan allerlei nieuwe vormen van ondernemerschap. Daarbij vervagen soms de grenzen tussen ondernemerschap en werknemerschap, terwijl het aantal arbeidsverhoudingen met een ondoorzichtige status lijkt toe te nemen."²⁴ Naar aanleiding van deze constatering is de regering gevraagd welke concrete activiteiten zij op het terrein van de 'self-employment' zal ontwikkelen. De regering heeft laten weten dat zij (nog) geen standpunt

²⁰ Evers 2000, p. 5.

²¹ Verheul 1999, p. 35 en Evers 2000, p. 12.

²² Staatscourant 30 november 2000, 'ZZP-ers zijn hoger opgeleid en ouder dan gedacht'. Ook FNV Zelfstandige bondgenoten, Zelfstandig en bondgenoot, *Beleidsplan*, maart 2000

²³ Deze zijn ontleend aan Evers 2000, p. 6, die verwijst naar een door MKB Nederland in 1999 opgestelde nota.

²⁴ *Kamerstukken II 1999/00, 26 802, nr. 3, hoofdstuk 1.2.*

heeft ingenomen over vormen van 'self-employment'.²⁵ Wel was zij van mening dat self-employment een nuttige functie op de arbeidsmarkt vervult, maar dat daarbij dient te worden gekeken 'naar eventuele nadelige effecten voor zowel de zogeheten groep zelfstandigen zonder personeel (ZZP'ers) als de reguliere werker' en zo die er zijn, wat daaraan kan worden gedaan. Ook heeft de regering toegezegd in overleg met het CBS te bezien of het mogelijk is ZZP-ers in de diverse sectoren op te nemen in de Enquête beroepsbevolking. Tot op heden is geen concrete uitvoering aan deze voornemens gegeven.

1.2. De overeenkomst van opdracht en de overeenkomst van aanneming van werk

1.2.1 Inleiding

De eerste afdeling van titel 7 van Boek 7 van het BW bevat de regeling van de overeenkomst tot opdracht. Deze regeling was onder het oude recht bekend onder de naam 'overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten'.²⁶ Art. 7:400 lid 1 BW bepaalt dat van de opdrachtovereenkomst sprake is indien de opdrachtnemer zich verbindt, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst, werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. Voor de uitzonderingen gelden de regels van de desbetreffende bijzondere overeenkomst.

De overeenkomst die strekt tot het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard wordt geregeld door de overeenkomst van aanneming van werk, art. 7A:1639 e.v. BW. De regering achtte het niet wenselijk de aanneming van werk in de afdeling van het BW die handelt over de opdrachtovereenkomst op te nemen, omdat dat band van aanneming van werk met de koop van onroerende zaken sprekender is dan die met de opdrachtovereenkomst. Hoewel daarover discussie mogelijk is meende de regering dat de overeenkomst van opdracht in de praktijk tamelijk eenvoudig van die van de overeenkomst van aanneming van werk te onderscheiden zal zijn.²⁷ De werkzaamheden van een freelance journalist of beeldhouwer brengen een stoffelijk werk tot stand –een krantenartikel, een kunstwerk-, maar de materiele prestatie is ondergeschikt aan de intellectuele of creatieve prestatie, zodat in die gevallen van een opdrachtovereenkomst sprake zal zijn en niet van aanneming van werk.²⁸

²⁵ *Kamerstukken II 1999/00*, 26 802, nr. 3, p. 54.

²⁶ Zie over de totstandkoming Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, p. 27 e.v.

²⁷ *Kamerstukken II 1982/83*, 17 779, nr. 8, p. 2.

²⁸ In deze zin Pitlo/Croes e.a 1995, p. 223.

De bepalingen van de opdrachtovereenkomst gelden als algemene bepalingen voor de in de volgende afdelingen van titel 7 Boek 7 BW geregelde bijzondere opdrachtovereenkomsten. Deze zijn lastgeving (art. 7:414-424 BW), de bemiddelingsovereenkomst (art. 7:425-427 BW), de agentuurovereenkomst (7:428-445 BW) en de overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling (art. 7:446-468 BW). Indien de werkzaamheden bestaan uit rechtshandelingen die uit opdracht voortvloeien voor rekening van de opdrachtgever worden verricht, is sprake van de opdracht tot lastgeving. De overeenkomst van opdracht is in beginsel vormvrij, hoewel voor sommige bedingen in specifieke opdrachtovereenkomsten de eis van schriftelijkheid geldt, zoals in art. 7:429 lid 1 BW.

De wettelijke bepalingen over de opdrachtovereenkomst zijn –met een enkele uitzondering krachtens art. 7:413 BW- een bijzondere (zwakke) vorm van regeland recht. Zodoende wilde de wetgever tegemoet komen aan de grote variëteit van contractuele verhoudingen die onder de opdrachtovereenkomst vallen. Afwijking van de bepalingen is niet alleen bij contract, maar ook door gewoonte of gebruik mogelijk. Veel opdrachtnemers zijn gebonden aan voor de beroepsgroep geldende regels. Volgens de regering mag verwacht worden “dat de bepalingen van afdeling 7.7.1, op deze soepele wijze gehanteerd, een redelijk houvast voor normale gevallen kunnen bieden, zonder tot een knellende band voor de praktijk te worden in situaties waarvoor zij minder goed passen.”²⁹

1.2.2 De verplichtingen van de opdrachtnemer

Voor de opdrachtovereenkomst gelden veel bepalingen die arbeidsrechtbeoefenaren bekend zullen voorkomen. De verplichtingen van de opdrachtnemer doen nauwelijks onder voor die van de werknemer.³⁰ De verklaring daarvoor is dat zowel de werknemer als de opdrachtgever zich in beginsel niet verbinden tot een bepaalde welomschreven prestatie en de omvang en inhoud van de te verrichten werkzaamheden niet vaststaat. Zo bepaalt art. 7:401 BW dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De invulling van deze open norm vindt plaats aan de hand van de omstandigheden van het geval.³¹ Een soortgelijke verplichting geldt voor de opdrachtgever hoogstens op grond van de redelijkheid en billijkheid.

De opdrachtnemer moet gevolg geven aan tijdig verstrekte en verantwoorde aanwijzingen die de opdrachtgever omtrent de uitvoering van de opdracht verstrekt, zo bepaalt art. 7:402 BW. Deze instructiebevoegdheid is beperkt tot aanwijzingen binnen het kader van de

²⁹ *Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 3.*

³⁰ J.J. Trap, *De opdrachtnemer, Arbeidsrecht 1998 8/9, nr. 58, p. 50.*

³¹ Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, p. 45.

opdracht. In de woorden “omtrekt de uitvoering van de opdracht’ wordt in het algemeen geen beperking gelezen van de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever. De aard van de overeengekomen opdracht, de ter uitvoering daarvan noodzakelijke werkzaamheden en de overige omstandigheden van het geval zullen bepalend zijn voor de invulling van de instructiebevoegdheid.³² Voor zover een opdrachtnemer een instructie van een opdrachtgever op redelijke gronden niet wil opvolgen, maar de opdrachtgever vasthoudt aan de instructie (een advocaat ziet geen gronden voor appel, maar de cliënt wil in hoger beroep: de arts acht een bepaalde medische handeling onverantwoord, maar de patiënt wil desalniettemin dat die wordt verricht) kan de opdrachtnemer de opdracht wegens gewichtige redenen opzeggen, zo bepaalt art. 7:402 lid 2 BW. Er is dan sprake van gewichtige redenen als bedoeld in art. 7:408 lid 2 BW.

De opdrachtnemer is op grond van art. 7:403 BW verplicht de opdrachtgever op de hoogte te houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht en daarover verantwoording af te leggen. Art. 7:404 BW bepaalt dat indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon, die persoon in beginsel is gehouden de opdracht zelf uit te voeren. De MvT licht deze bepaling als volgt toe: “(..) de persoonlijke dienstverrichting van bijvoorbeeld vrije beroepsbeoefenaren wordt steeds vaker binnen het grotere verband van een besloten vennootschap of een maatschap uitgeoefend. Hierdoor is niet alleen de juridische wederpartij van de opdrachtgever vaak de vennootschap of maatschap in plaats van de natuurlijke persoon om wie het de opdrachtgever te doen is, maar ook leiden deze samenwerkingsvormen ertoe dat vervanging door collega’s of medewerkers bij ziekte, vakantie, weekeinddiensten etc. in toenemende mate als gebruikelijk wordt beschouwd. Met dit een en ander beoogt de bepaling thans rekening te houden.”³³ Art. 7:404 BW leidt ertoe dat de beoogde uitvoerder van de opdrachtovereenkomst tot uitvoering van de opdracht gehouden is, hij wordt tot uitvoering van de opdracht krachtens art. 6:6 BW hoofdelijk gebonden. Dat gevolg is ongewenst en onbedoeld in het geval deze uitvoerder een ondergeschikte van de opdrachtnemer is die bij de opdrachtgever niet minstens het vertrouwen heeft gewekt dat de opdracht die met het oog op zijn persoon is verstrekt niet zelf zal verrichten. In dat geval moet de gebondenheid tot uitvoering van de opdracht niet worden aangenomen en zal de opdrachtnemer uitsluitend zelf aangesproken kunnen worden indien de beoogde uitvoerder de opdracht niet uitvoert.³⁴

1.2.3 Verplichtingen van de opdrachtgever

³² *Kamerstukken I 1992/93*, 17 779, nr. 95b, p. 2. Zie ook Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, p. 46.

³³ *Kamerstukken II 1982/83*, 17 779, nr. 3, p. 4.

³⁴ In die zin Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 230-231 en Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, p. 55

De wet regelt alleen de financiële verplichtingen van de opdrachtgever. Dat betekent niet dat voor de opdrachtgever op grond van de opdrachtovereenkomst geen andere wettelijke bepalingen gelden. Ook de bepalingen van het algemene overeenkomstenrecht zijn van belang. Afdeling 1 van titel 7 Boek 7 kent slechts een tweetal verplichtingen van de opdrachtgever. Art. 7:405 lid 1 BW verplicht de opdrachtgever, indien de opdrachtovereenkomst door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, tot betaling van loon. Wordt de overeenkomst buiten het beroep of bedrijf van de opdrachtnemer gesloten, geldt als uitgangspunt dat geen loon verschuldigd is, tenzij op grond van de overeenkomst of aanvullend recht anders moet worden aangenomen.³⁵ Als over de hoogte van loon geen nadere afspraken zijn gemaakt, wordt die bepaald aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, bepaalt het tweede lid van art. 7:404 BW. Art. 7:405 BW regelt dat de kosten die de opdrachtnemer bij de uitvoering van de opdracht, voor zover deze niet in het loon zijn inbegrepen, dient te vergoeden, evenals de schade die de opdrachtnemer ontoerekenbaar lijdt ten gevolge van de uitvoering van de opdracht.

1.2.4 Het einde van de opdrachtovereenkomst

De opdrachtovereenkomst kan op grond van het algemene recht op meerdere wijzen eindigen. Dat kan het geval zijn met wederzijds goedvinden, bij vervulling van de overeengekomen ontbindende voorwaarde, of bij voltooiing van de opdracht.³⁶ Als uitgangspunt, vastgelegd in art. 7:408 lid 1 BW, geldt dat de opdrachtgever de overeenkomst te allen tijde kan opzeggen. Van dit uitgangspunt kan niet worden afgeweken indien de opdrachtgever een particulier is, terwijl evenmin overeengekomen kan worden dat deze particulier wegens de opzegging een schadevergoeding verschuldigd is (art. 7:413 jo. 7:408 lid 3 BW).³⁷

Voor de opdrachtnemer die de opdracht is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf geldt dat hij deze overeenkomst, behoudens gewichtige redenen, slechts kan opzeggen indien deze voor onbepaalde tijd is aangegaan en geen vanzelfsprekend einde –door voltooiing of door tijdsverloop– kent. Dit is geregeld in art. 7:408 lid 2 BW. Een vergelijking met de regeling van opzegging van tijdelijke

³⁵ Hierover Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 232-233.

³⁶ Zie voor een vollediger opsomming Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, p. 77-78.

³⁷ Zie voor kritiek op deze regeling: G.J.P. de Vries, Onregelmatige beëindiging van de overeenkomst van opdracht, *Praktisch Procederen* 2000/4, p. 84 e.v.

arbeidsovereenkomsten dringt zich hier op. Zoals in het arbeidsrecht is ook bij de overeenkomst van opdracht sprake van regeland recht: partijen kunnen van deze bepaling afwijkende afspraken maken (art. 7:667 lid 3 en art. 7:413 BW). Een gewichtige reden voor tussentijdse opzegging van een 'tijdelijke' opdrachtovereenkomst kan zijn dat de opdrachtgever vasthoudt aan een bepaalde instructie, terwijl van de opdrachtnemer in redelijkheid niet verlangd kan worden die uit te voeren, van een vertrouwenscrisis of van onvoorziene omstandigheden.³⁸ Door een opzegging zonder gewichtige reden door de opdrachtnemer eindigt de tijdelijke opdrachtovereenkomst niet: de opdrachtgever kan in beginsel op grond van art. 3:296 BW nakoming vorderen.

Bij het hanteren van de bevoegdheid tot opzegging van de opdrachtovereenkomst dient rekening te worden gehouden met de belangen van de wederpartij. Dat kan door een opzegtermijn in acht te nemen of door het betalen van een vergoeding. Dit geldt zeker indien de opdrachtnemer een opdrachtovereenkomst voor onbepaalde tijd wenst op te zeggen: de redelijk- en billijkheid gebiedt hem dan een opzegtermijn in acht te nemen.³⁹ Uiteraard kan anders overeengekomen worden of uit het gebruik voortvloeien.

Indien de opdracht met het oog op de persoon van de opdrachtnemer is overeengekomen, eindigt de overeenkomst krachtens art. 7:409 BW door de dood van de opdrachtnemer.

Het is mogelijk dat de opzegging wanprestatie oplevert en tot een verplichting tot schadevergoeding leidt. Of daarvan sprake is dient te worden beoordeeld aan de hand van de regels van het algemene overeenkomstenrecht. Uit de aard van de overeenkomst kan voortvloeien dat bij de opzegging een opzegtermijn in acht genomen moet worden. Ook kan een opzegtermijn tussen partijen overeengekomen worden.

1.2.5 Opdrachtovereenkomst kan arbeidsverhouding zijn in de zin van het BBA 1945

Krachtens art. 1, onder b ten tweede van het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) valt ook degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander onder de werkingsfeer van het BBA. Onder het BBA vallen dus ook opdrachtnemers die (a) de arbeid persoonlijk verrichten, (b) in de regel voor niet meer dan twee opdrachtgevers, (c) zich daarbij niet laten bijstaan door meer dan twee anderen en (d) voor wie de arbeid niet bijkomstig is. Door deze bepaling zijn de meeste afhankelijke zelfstandigen onder de werking van het BBA gebracht. Dat betekent dat de opdrachtgever, die de overeenkomst met een dergelijke opdrachtnemer wil opzeggen daartoe, op straffe van vernietigbaarheid van de opzegging,

³⁸ Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 236 en HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439.

³⁹ HR 21 april 1995, *NJ* 1995, 437.

toestemming van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) dient te hebben. Voor het geval de RDA de toestemming weigert, of de opdrachtgever er de voorkeur aan geeft die toestemming niet te vragen, kan de opdrachtgever krachtens art. 6:258 BW (*imprévision*) ontbinding van de opdrachtovereenkomst vragen (zie hierover verder par. 1 4.1). Er is weinig gepubliceerde rechtspraak over opdrachtovereenkomsten die vallen onder de werking van het BBA. In het arrest Heger/Geïllustreerde Pers⁴⁰ heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat indien tussen partijen is overeengekomen dat de opdrachtnemer de arbeid niet persoonlijk hoeft te verrichten, maar de opdrachtnemer de werkzaamheden wel steeds feitelijk persoonlijk heeft verricht, hij daarmee geen werknemer in de zin van het BBA is geworden. Indien dat anders zou zijn, zou “hij die voor een ander arbeid verricht ingevolge een overeenkomst welke hem niet verplicht de arbeid persoonlijk te verrichten, door eigen toedoen –door in feite de arbeid persoonlijk te verrichten en buiten medeweten van zijn contractspartij zich zelf tot werknemer en de ander tot werkgever in de zin van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (..) kunnen maken.” Slechts indien de persoonlijke arbeidsverrichting contractueel is bedongen dient volgen de Hoge Raad een arbeidsverhouding in de zin van het BBA aangenomen te worden. Naar mijn mening verdient deze jurisprudentie in die zin verfijning dat indien partijen feitelijk de bedoeling hebben gehad dat de opdrachtnemer de arbeid persoonlijk dient te verrichten, hetgeen uit alle omstandigheden van het geval afgeleid moet worden- een arbeidsverhouding in de zin van het BBA aangenomen kan worden, zelfs indien uitdrukkelijk anders overeengekomen is. Dat zal zich met name voordoen in het geval de opdrachtgever juist om de persoon van de opdrachtnemer de overeenkomst heeft gesloten.⁴¹ Wezen gaat immers voor schijn.

1.2.6 De overeenkomst van opdracht als arbeidsverhouding in andere regelingen, de WMM, de WAV, de Wet CAO, en de Wet op de loonvorming

Naast het BBA kennen ook tal van andere regelingen een breder toepassingsbereik dan de arbeidsovereenkomst. Dat geldt onder meer voor de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM). Deze wet is krachtens art. 2 lid 1 allereerst van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Art. 2 lid 2 WMM breidt het begrip dienstbetrekking uit tot de arbeidsverhouding van handelsagenten, die doorgaans voor één opdrachtgever werken, van dat beroep hun

⁴⁰ HR 12 maart 1969, *NJ* 1969, 321. In deze zin ook: HR 10 november 2000, *JAR* 2000/ 250.

⁴¹ In deze zin Rb. Utrecht 28 januari 1998, *JAR* 1998/209.

hoofdberoep maken en zich doorgaans door niet meer dan twee personen laten bijstaan. De ratio van het bepaalde in dit lid is die handelsagenten onder de werkingssfeer van de wet te brengen, van wie de positie tot hun principaal nauwelijks afwijkt van de arbeidsverhouding van een werknemer.⁴²

Op grond van art. 3 WMM is de werkingssfeer van de wet uitgebreid bij besluit van 2 september 1996.⁴³ Krachtens art. 1 van dit besluit is de werkingssfeer uitgebreid tot “de arbeidsverhouding van degene die krachtens een overeenkomst tegen beloning arbeid voor ten hoogste twee anderen, tenzij deze overeenkomst is aangegaan in beroep en bedrijf” en krachtens lid 2 dient diegene de arbeid persoonlijk te verrichten dan wel uitsluitend met behulp van zijn echtgenoot of inwonende verwanten. Daarmee is de werkingssfeer van de WMM ten opzichte van het BBA aanzienlijk beperkt. De reden daarvoor is dat wanneer de betrokkene zich door niet-gezinsleden laat bijstaan er veelal sprake zal zijn van zelfstandige uitoefening van beroep en bedrijf. Het vijfde lid van art. 1 WMM bepaalt dat de arbeidsrelatie minimaal 3 maanden moet hebben geduurd en de periode tussen twee opdrachten minder moet hebben bedragen dan 31 dagen.⁴⁴ Het zesde lid tenslotte bepaalt dat de arbeid ten minste gedurende vijf uur per week verricht dient te worden. Volgens de regering is met deze uitbreiding van de werkingssfeer de arbeidsrelatie die maatschappelijk en feitelijk gelijk is aan de arbeidsovereenkomst, waarmee de regering vooral doelde op de thuiswerkovereenkomst, onder de werking van de WMM gebracht.⁴⁵ Als de opdrachtnemer voldoet aan deze voorwaarden kan hij van zijn opdrachtgever betaling van ten minste het minimumloon vorderen (mits ook voldaan aan de leeftijdsgrenzen van art. 7 lid 1 WMM) en van de minimumvakantiebijslag. Indien de opdrachtnemer met de opdrachtgever geen betalingstermijnen is overeengekomen, komt art. 9 WMM hem te hulp. Betaling zal dan in ieder geval per kwartaal dienen plaats te vinden. Van het Kaar⁴⁶ wijst er op dat de reikwijdte van de uitbreiding van de werkingssfeer van de WMM niet geheel duidelijk is. Onduidelijk is bijv. of de uitbreiding zich uitstrekt tot gastouders en zo ja, wie dan als werkgever moet worden aangemerkt: de vraagouders of het gastouderbureau.

In de Wet Arbeid Vreemdelingen (WAV) staat bij de bepaling van de werkingssfeer het werkgeversbegrip centraal. Werkgever is krachtens art. 1 onder b ten eerste WAV degene, voor wie in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf arbeid wordt verricht. Als werkgever wordt op grond van art. 1 onder b ten tweede WAV ook beschouwd de natuurlijke

⁴² Zie over deze bepaling HR 16 februari 1979, *NJ* 1980, 4.

⁴³ *Stb.* 1996, 481

⁴⁴ Deze termijn is kennelijk ontleend aan het door de Wet flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 vervallen art. 7:668 lid 4 BW.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 695, nr. 3.

⁴⁶ Arbeidsovereenkomst, aantekening 3 bij art. 3 WMM (R.H. van het Kaar)

persoon die anders dan in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten. De overeenkomst die aan het verrichten van de arbeid ten grondslag ligt is daarbij niet van belang. In de aan de WAV voorafgaande wettelijke regeling, de Wet arbeid buitenlandse werknemers (Wabv), werd voor het vergunningsvereiste nog aangeknoopt bij de privaatrechtelijke definitie van de werkgever. Dit leidde tot de ontwikkeling van zeer creatieve rechtsfiguren met de bedoeling aan de werking van de Wabw te ontkomen. Zo werd arbeid verricht op grond van een koopovereenkomst,⁴⁷ een stageovereenkomst, een adviseurschap, en met name als zelfstandige.⁴⁸ De wetgever heeft deze constructies willen voorkomen.⁴⁹ Het is de werkgevers als bedoeld in art. 1 WAV, waaronder dus wordt begrepen hij die arbeid op grond van een opdrachtovereenkomst laat verrichten, verboden een vreemdeling in Nederland te laten werken zonder tewerkstellingsvergunning.

Art. 1 lid 2 Wet CAO bepaalt dat CAO's ook kunnen betreffen aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht. De wettekst gebruikt nog het begrip "overeenkomst van enkele diensten". CAO's die slechts arbeidsvoorwaarden voor aannemingsovereenkomsten of overeenkomsten van opdracht regelen, komen niet voor. In een aantal CAO's gebruik gemaakt van de mogelijkheid de werkingssfeer van de CAO uit te breiden tot andere groepen dan werknemers die op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn.⁵⁰ Dergelijke uitbreidingen worden veelal overeengekomen teneinde te voorkomen dat werkgever en werknemer de tussen hen bestaande arbeidsrelatie buiten de werking van de CAO plaatsen, met als gevolg dat de in de CAO overeengekomen bijdragen niet meer hoeven te worden voldaan. De Wet op de Loonvorming kent eenzelfde werkingssfeer als het BBA.

Ook de gelijke behandelingswetgeving kent een ruimere werkingssfeer dan alleen de arbeidsovereenkomst in privaatrechtelijke zin. Krachtens art. 5 lid 1 AWGB is het verboden onderscheid te maken bij het (laten) verrichten van arbeid in ondergeschiktheid. In art. 6 AWGB is voor het vrije beroep een vergelijkbaar verbod opgenomen. In art. 7 AWGB is een wat betreft de opzet aan art. 5 AWGB vergelijkbaar verbod opgenomen

⁴⁷ Een tuinder verkoopt de nog niet geoogste gewassen aan een buitenlandse onderneming. Deze onderneming stuurt (buitenlandse) werknemers naar Nederland om te oogsten. De oogst wordt vervolgens naar de plaatselijke veiling gebracht. Voorbeeld ontleend aan E.R. Koopman, *Wezenlijk Nederlands belang en economische migratie*, diss. UvA, 2001, p. 124.

⁴⁸ Zie E.R. Koopman, *Wezenlijk Nederlands belang en economische migratie*, diss. UvA, 2001, p. 123 e.v. voor verdere toelichting.

⁴⁹ *Kamerstukken II 1993/94*, 23 574, nr. 3, p. 4.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld art. 1.1 lid 1 van de CAO-Metalektro 2000-2002. Zie ook M.M. Olbers, *De werkingssfeer van de CAO*, SMA 1981, p. 359-372.

met betrekking tot het aanbieden van goederen en diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake. Volgens de MvT zijn zodoende alle "andere vormen van arbeid waarin op overeenkomstige wijze aan het arbeidsproces wordt deelgenomen" onder de werking van de AWGB gebracht.⁵¹

1.2.7 De overeenkomst van aanneming van werk

Ook de overeenkomst tot het aannemen van werk moet van de overeenkomst van opdracht worden onderscheiden. Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt om ten behoeve van de andere een bepaald werk van stoffelijke aard tot stand te brengen. Deze overeenkomst is geregeld in art. 7A:1639 e.v. BW. De regeling in van deze overeenkomst in het BW is tamelijk summier. Voor een uitvoerige bespreking van de overeenkomst van aanneming van werk kan ik hier volstaan met een verwijzing naar hoofdstuk 5.3 (thuiswerk). Over het algemeen wordt het onderscheiden van deze overeenkomst van enerzijds de opdrachtovereenkomst en anderzijds de arbeidsovereenkomst als minder problematisch ervaren.

1.3 Onderscheid tussen opdrachtovereenkomst en arbeidsovereenkomst

1.3.1 Bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst

De overeenkomst van opdracht wordt in art. 7:400 BW gedefinieerd als het verrichten van werkzaamheden buiten dienstbetrekking. Het ontbreken van ondergeschiktheid is dus voorwaarde voor het aannemen van een overeenkomst van opdracht. In de definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW is de dienstbetrekking, in die zin dat de ene partij ondergeschikt is aan de andere, uitgangspunt. De ene overeenkomst sluit de andere dus uit. Over de vraag of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst dan wel als een overeenkomst van opdracht moet worden geduid, wordt veel jurisprudentie gewezen. De belangen bij een dergelijk geschil zijn vaak aanzienlijk. Indien aangenomen wordt dat er sprake van ondergeschiktheid is van de ene partij, kan deze zich beroepen de bescherming van titel 10 van boek 7 BW, zoals ten aanzien van loonbetaling en opzegging, welke bescherming een opdrachtnemer niet geboden wordt.

Het arbeidsrecht is (ook) beschermingsrecht voor de werknemer. Daaruit volgt dat het een verplichtend karakter heeft in die zin, dat als aan de definitie van art. 7:610 BW is voldaan, er tevens sprake is van de daar geregelde overeenkomst. Dit geldt ongeacht de benaming die partijen aan

⁵¹ *Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3 (MvT), p. 16*

de overeenkomst geven. Zou het anders zijn dan zou de in ondergeschiktheid werkende partij, juist onder gebruikmaking van zijn ondergeschiktheid, de bescherming die het arbeidsrecht te bieden heeft, kunnen worden ontnomen. Daarom moet het antwoord de vraag of er sprake is van ondergeschiktheid –voor zover niet reeds uit de overeenkomst volgend- worden afgeleid uit de wijze waarop partijen in de praktijk invulling aan de overeenkomst geven.⁵² Hierop kom ik later terug.

Bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst zag men bij de definiëring van het gezagselement geen probleem: “De toepassing van dit gestelde kenmerk in het maatschappelijk verkeer zal geen moeilijkheid baren. Waar in het dagelijks leven de uitdrukkingen betrekking, dienstbetrekking, in dienst treden, in functie treden en dergelijke worden gebezigd, vormen zij een onbedriegelijk teken dat een arbeidsovereenkomst is gesloten.”⁵³ In tegenstelling tot de opsteller van de Wet op de arbeidsovereenkomst, H.L. Drucker, die ter definiëring van de arbeidsovereenkomst voorstelde “arbeidskracht ter beschikking van de werkgever stellen”, meende de regering dat beter was te bepalen dat de werknemer ‘in dienst’ van de werkgever arbeid verricht.⁵⁴ De woorden ‘in dienst’ werden later als volgt toegelicht: “Arbeidskracht, hetzij spierkracht, hetzij denkvermogen, is niets anders dan de macht om arbeid te verrichten, Alleen de arbeider heeft over die macht te beschikken. Evenmin als b.v. zijne oogen, kan de arbeider zijne arbeidskracht van het lichaam afzonderen en daarover eenen anderen de beschikking geven. Hij kan niet meer dan zich verbinden, waar hij het hem geschonken vermogen tot arbeiden in actie brengt, het resultaat van die in werking gestelde arbeidskracht aan een ander af te staan.”⁵⁵

Overigens meende de minister dat het onderscheiden van de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten en de arbeidsovereenkomst in de praktijk nauwelijks problemen zou opleveren. Dat onderscheid was duidelijk door in de definitie van de arbeidsovereenkomst de woorden “gedurende zekeren tijd” op te nemen, zo stelde hij.⁵⁶ Al snel werd er op gewezen dat dit standpunt onjuist is, nu

⁵² MvT, A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Groningen 1907, (deel I), p. 335-336.

⁵³ MvT, A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Groningen 1907, (deel I), p. 320.

⁵⁴ A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Groningen 1907, (deel I), p. v. Zie nader over de definitie van Drucker: H.L. Drucker, Eenige opmerkingen naar aanleiding van de jongste litteratuur over het arbeidsrecht, *Rechtsgeleerd magazijn* 1887, p. 70 e.v.

⁵⁵ A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Groningen 1907, (deel I), p. 317-318.

⁵⁶ A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Groningen 1907, (deel I), p. 321.

bijvoorbeeld een pianoleraar een leerling les geeft op grond van een overeenkomst van opdracht (verrichten van enkele diensten) terwijl dat toch jaren kan duren.⁵⁷ In de beginjaren van het arbeidsrecht bleek daarom dit optimisme ten onrechte en werden met betrekking tot de ondergeschiktheid een aantal –zeker naar huidige maatstaven beoordeeld- vreemde vonnissen gewezen. Zo meende de kantonrechter te Leeuwarden dat een wiskundelerares niet in dienst werkzaam kon zijn, omdat “een bestuur als dat van deze vereniging met een predikant als voorzitter geen leiding en toezicht gedurende het onderwijs in een exacte wetenschap kan uitoefenen.”⁵⁸ Terecht merkte Meijers naar aanleiding van deze beslissing op dat het bestuur wel over de samenstelling van het programma en het rooster besliste zodat van ondergeschiktheid sprake moet zijn: “men kan ook wel een kok in dienst hebben zonder verstand van koken te hebben.”⁵⁹

1.3.2 Latere wetwijzigingen: het rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst

Per 1 april 1997 is het arbeidsrecht als titel 10 van boek 7 BW ingevoerd. Ten gevolge hiervan zijn een aantal aanpassingen en wijzigingen in het arbeidsrecht ingevoerd, maar niet met betrekking tot de definitie van de arbeidsovereenkomst. Uit de MvT blijkt dat de regering de begrippen ondergeschiktheid en gezagsbevoegdheid nog steeds ziet als een bruikbaar criterium om de arbeidsovereenkomst te onderscheiden van andere overeenkomsten.⁶⁰ Hoewel toen al was voorgesteld te bepalen dat indien gedurende drie maanden of langer wekelijks, dan wel ten minste 20 uur per maand, arbeid wordt verricht, wordt vermoed dat die arbeid in dienst wordt verricht, zag de regering van een dergelijke bepaling af, omdat de betekenis daarvan voor de rechtspraktijk moeilijk is te overzien.⁶¹ Vanwege de in de praktijk steeds vaker voorkomende uitholling van de arbeidsrechtelijke begrippen is op deze keuze van de regering aanzienlijke kritiek uitgeoefend.⁶²

In de Nota Flexibiliteit en Zekerheid van 4 december 1995 wordt voorgesteld een rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst in te voeren. Dit mede gezien de opvatting van de

⁵⁷ Zie A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, tweede deel A, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1957, p. 24.

⁵⁸ Ktg. Leeuwarden 14 december 1918, RBA VIII, p. 68. Zie ook de overige voorbeelden in T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, Samsom, Alphen aan den Rijn 1962, p. 102.

⁵⁹ E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Tjeenk Willink, Haarlem 1924

⁶⁰ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 14.

⁶¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3.

⁶² Zie bijvoorbeeld A.T.J.M. Jacobs, *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, *NJB* 1994, p. 1042.

vakbeweging en Vereniging voor Arbeidsrecht en de ontwikkelingen in de jurisprudentie, waaruit het beeld naar voren komt dat de inhoud van een contract ondergeschikt kan zijn aan de feitelijke omstandigheden waaronder partijen invulling geven aan de overeenkomst.⁶³ De Stichting van de Arbeid steunde het kabinetsvoornemen. Op 1 januari 1999 is art. 7:610a BW ingevoerd, dat een zogenaamd rechtsvermoeden omtrent het bestaan van een arbeidsovereenkomst bevat. Het artikel bepaalt dat indien iemand gedurende drie maanden wekelijks dan wel gemiddeld twintig uur per maand arbeid heeft verricht, hij wordt geacht die arbeid te hebben verricht op grond van een arbeidsovereenkomst. De noodzaak tot invoering van deze bepaling werd toegelicht door te wijzen op de onduidelijkheid die kan bestaan over de aard van de arbeidsrelatie. De regering heeft daarbij ook oog gehad voor het onderscheid tussen enerzijds de arbeidsovereenkomst en anderzijds de opdrachtovereenkomst, zo blijkt uit de MvT. “Met name kan dat het geval zijn wanneer over bepaalde elementen uit de arbeidsverhouding geen of geen duidelijke afspraken worden gemaakt, of wanneer de praktijk niet spoort met eerder gemaakte afspraken. (...) Het onthouden van aanspraken speelt in het bijzonder bij contracten waarin wordt gepostuleerd dat elementen als gezag of persoonlijk verrichten van de arbeid niet aanwezig zouden zijn en daarmee evenmin de bescherming van het arbeidsovereenkomstrecht en met name het ontslagrecht.”⁶⁴ Wanneer aan de criteria van art. 7:610a BW is voldaan, wordt aangenomen dat er sprake is van een gezagsverhouding en dat, indien de arbeid door een plaatsvervanger wordt verricht, zulks geschiedt met toestemming van degene ten behoeve van wie de arbeid wordt verricht. Kern van het rechtsvermoeden is dat de arbeidsovereenkomst de ‘normaal-situatie’ is, en een uitzondering daarop niet alleen uitdrukkelijk moet zijn overeengekomen maar ook in overeenstemming met de feitelijke verhoudingen dient te zijn.⁶⁵

1.3.3 De bedoeling van partijen

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 als uitgangspunt genomen dat de bedoeling van partijen een ondergeschikte rol speelt bij de arbeidsovereenkomst: indien aan de vereisten die art. 7:610 BW aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst stelt, is voldaan, is er sprake van een arbeidsovereenkomst. De bedoeling van partijen is in die gedachtegang

⁶³ Nota Flexibiliteit en Zekerheid, 4 december 1995, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 300-301

⁶⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 4-5, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 306

⁶⁵ Dit is ook uitgangspunt in de Nota Flexibiliteit en Zekerheid, *Kamerstukken II 1995/96*, 24 543, onder punt 2

voor de duiding van het contract niet van doorslaggevend belang. Deze gedachtegang is evenzeer te onderkennen bij de invoering van art. 7:610a BW.

In het bekende Groen-Schoevers-arrest heeft de Hoge Raad beslist dat de bedoeling van partijen voor de duiding van de arbeidsovereenkomst wel van belang is. De overweging ter zake luidt: “dat wat tussen partijen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst inhoud hebben gegeven”. Tevens heeft de Hoge Raad aangegeven dat de ‘maatschappelijke positie’ van de werknemer/opdrachtnemer betrokken mocht worden bij de beoordeling van hetgeen partijen voor ogen zou hebben gestaan bij het sluiten van de overeenkomst.⁶⁶ In casu handelde om een belastingadviseur, Groen, die naast zijn overige werkzaamheden twee dagen per week les ging geven aan de secretaresseopleiding van Schoevers. Daartoe sloten partijen, op initiatief van Groen, een opdrachtovereenkomst en spraken een betaling op declaratiebasis af. Groen heeft zich gedurende de volgende periode nimmer op het bestaan van een arbeidsovereenkomst beroepen. Dat deed hij pas toen na twee en een half jaar de overeenkomst door Schoevers werd opgezegd. Naar de mening van de Hoge Raad was het beroep van Groen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst onterecht, en de Hoge Raad motiveerde dat onder meer met de hiervoor geciteerde overweging. Een andere uitkomst had, gezien de houding van Groen, ook naar mijn mening minder wenselijk geweest.

Deze beslissing lijkt evenwel niet eenvoudig te verenigen met hetgeen hiervoor over de definitie van de arbeidsovereenkomst is geschreven. Dat wordt anders als de bedoeling van partijen wordt beschouwd als een van de omstandigheden die kunnen leiden tot de conclusie dat van ondergeschiktheid sprake is. Indien de ene partij bij het aangaan van de overeenkomst niet de bedoeling heeft om zich ‘onder de zeggenschap’ van de andere partij te stellen, is het aannemen van een gezagsrelatie alleen maar mogelijk als blijkt dat een dergelijke relatie feitelijk is ontstaan. In de jurisprudentie voor het Groen-Schoevers arrest is dat steeds duidelijk tot uiting gebracht.⁶⁷ Dit betekent dat de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst een omstandigheid bij de beoordeling van het bestaan van een arbeidsovereenkomst is, maar een omstandigheid die alleen niet doorslaggevend dient te zijn. In de jurisprudentie wordt de bedoeling van partijen naar mijn mening soms te veel gewicht toegekend en gebruikt als enig argument om geen

⁶⁶ HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263.

⁶⁷ Zie bijv. HR 17 juni 1994, *JAR* 1994/152 en HR 16 september 1994, *JAR* 1994/214

ondergeschiktheid en dus geen arbeidsovereenkomst aan te nemen.⁶⁸
Zelden staat de bedoeling van partijen niet aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst in de weg.⁶⁹

1.3.4 De maatschappelijke positie van partijen

In het Groen-Schoevers arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een tweetal zijdelingse opmerkingen van de rechtbank geen blijk hebben geven van een onjuiste rechtsopvatting. Het gaat om het kennelijk mede rekening houden met de maatschappelijke positie van Groen en met name het in aanmerking nemen dat de wijze van betaling van de tegenprestatie op zijn initiatief tot stand is gekomen. Deze overwegingen hebben de rechtbank mede geleid tot de conclusie dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is. Deze overwegingen zijn een eigen leven gaan leiden. In de rechtspraak wordt veelvuldig naar de hiervoor geciteerde overweging van het Groen/Schoevers-arrest verwezen en wordt overwogen dat partijen kennelijk geen arbeidsovereenkomst tot stand wensten te brengen, zodat ervan moet worden uitgegaan dat de relatie tussen partijen een opdrachtovereenkomst is. De vraag naar de bedoeling van partijen wordt mede beantwoord aan de hand van de maatschappelijke positie die partijen innemen.⁷⁰ Kennelijk is de achterliggende gedachte dat indien de opdrachtnemer/werknemer een maatschappelijk aanzienlijk positie heeft, zijn bedoeling eerder gericht zal zijn op het aangaan van een opdrachtovereenkomst. De 'aanzienlijkheid' van die positie wordt gerelateerd aan hoogte van het door hem bedongen loon en/of de door hem genoten opleiding. Indien die partij dan ook nog bewust andere elementen van de arbeidsovereenkomst heeft 'weggecontracteerd' (zoals de loonbetaling, en overeenkomt zelf het honorarium, vermeerderd met BTW te declareren), ligt de conclusie voor de hand dat de opdrachtnemer geen arbeidsovereenkomst wenste te sluiten.

Het relatieve succes van de formule "de bedoeling van partijen mede gelet op hun maatschappelijke positie" om het bestaan van een arbeidsovereenkomst te beoordelen, is niet verwonderlijk. Het biedt de rechter de mogelijkheid om recht te doen in het concrete geval. Het antwoord op de vraag of het wenselijk is een arbeidsovereenkomst aan te nemen wordt mede bepaald aan de hand van de behoefte aan bescherming van de opdrachtnemer. Naarmate de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer groter wordt, en dat is eerder het geval wanneer de opdrachtnemer slechts beschikt over een of enkele opdrachtgevers, neemt die behoefte aan bescherming toe. De (feitelijke en daarmee ook de

⁶⁸ Zie bijv. Rb. s'Gravenhage 3 februari 1999, *JAR* 1999/84, Ktg. Amsterdam 16 juni 2000, *JAR* 2000/167,

⁶⁹ Bijv. Ktg. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/19

⁷⁰ Zie hierover E. Verhulp, *JAR-verklaard* 24 maart 2000.

juridische) positie van een economisch afhankelijke opdrachtnemer dient dan niet te verschillen van die van een werknemer.

Op die maatschappelijke positie van partijen mag naar mijn mening niet te zwaar worden geleund,⁷¹ omdat het slechts om een omstandigheid gaat die een indicatie is voor de bedoeling van partijen, en die bedoeling van partijen op zijn beurt slechts een indicatie is voor de feitelijk tussen partijen geldende verhoudingen. Uitsluitend aan de hand van alle omstandigheden van het geval kan worden beoordeeld of de ene partij feitelijk of formeel werkgeversgezag over de andere partij (kan) uitoefenen, in welk geval een arbeidsovereenkomst dient te worden aangenomen, ongeacht de vorm waarin partijen (hoe bewust ook) hun relatie hebben gegoten.⁷² Naar mijn mening is het begrip ‘maatschappelijke positie van partijen’ te weinig eenduidig en indicatief om als doorslaggevend element voor de definiëring van de arbeidsovereenkomst te gebruiken. De hoogte van het salaris of de opleiding van de werknemer op zich geven geen inzicht in de gezagsstructuur waaronder de werknemer zijn arbeid moet verrichten, en het bestaan van de gezagsstructuur is doorslaggevend bij het aannemen van de arbeidsovereenkomst.

1.3.5 Formeel en materieel werkgeversgezag: het duurelement

In de literatuur zijn verschillende pogingen ondernomen om meer duidelijkheid te scheppen over het onderscheid tussen opdrachtsovereenkomst en arbeidsovereenkomst. Zo heeft Van der Ven er op gewezen dat in de definitie van de arbeidsovereenkomst niet voor niets de woorden “gedurende zekere tijd” voorkomen.⁷³ Naar zijn opvatting dienen deze woorden zo te worden begrepen dat binnen de arbeidsverhouding niet het gezagselement centraal staat, maar het duurelement en daarmee de duurzaamheid van de relatie. De werknemer stelt in deze visie zijn tijd ter beschikking aan de werkgever. Het duurelement dient volgens hem voor de definiëring van de arbeidsovereenkomst doorslaggevend te zijn. Hoewel op die stelling valt af te dingen, heeft ook het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst pas werking nadat ‘gedurende zekere tijd’, te weten gedurende drie maanden, arbeid is verricht. De gedachte van Van der Ven lijkt door Jansen en Loonstra verder uitgewerkt in wat zij noemen ‘het

⁷¹ Dat gebeurde onder meer door Ktg. Groningen 30 juni 1999, *JAR* 1999/220 (m.i. terecht vernietigd door Rb. Groningen 19 januari 2001, *JAR* 2001/55) Ktg. Leeuwarden 16 juli 1999, *JAR* 1999/167 en Ktg. Middelburg 23 augustus 1999, *JAR* 1999/200

⁷² In deze zin Ktg. Hilversum 7 maart 2001, *JAR* 2001/72.

⁷³ F.J.H.M. van der Ven, *Over de aard der arbeidsovereenkomst*, Samsom, Alphen aan de Rijn 1972

formele gezagsbegrip'.⁷⁴ Daarvan is, naar zij menen, sprake indien de werkrelatie een gebruikelijke organisatorische inbedding heeft gekregen. Niet zozeer de werkinhoud als wel de inbedding van de arbeid staat centraal. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst wordt dan afgeleid uit onder meer de regelmaat waarmee de arbeid wordt verricht, de regeling van werktijden en van vakantie,⁷⁵ nevenactiviteiten en de wijze en het karakter van de beloning. Ook indien de werkgever bij de planning van de werkzaamheden rekening houdt met een ononderbroken beschikbaarheid van de werknemer wordt dat als indicatief voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst gezien.⁷⁶ Eerder heeft Loonstra er op gewezen dat de opsteller van de Wet op de arbeidsovereenkomst het bestaan van een gezagsverhouding voldoende voorwaarde voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst vond, maar geen noodzakelijke.⁷⁷ Volgens Loonstra ligt de kern van het begrip 'arbeidsovereenkomst' in het verrichten van arbeid voor een ander, in plaats van voor zichzelf.⁷⁸

Met Trap⁷⁹ meen ik dat dit formele gezagsbegrip geen zelfstandige grond is voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Voor het standpunt dat het formele ondergeschiktheids criterium onvoldoende is om tot een arbeidsovereenkomst te kunnen concluderen is steun te vinden in een arrest van de Hoge Raad uit 1998.⁸⁰ De Hoge Raad overwoog: "Uit de enkele omstandigheid dat de werktijden van Edelenbos contractueel waren vastgelegd, kan immers niet worden afgeleid dat hier sprake is van een gezagsverhouding. Daartoe zou tenminste vereist zijn dat Victory Group BV enigerlei zeggenschap had bedongen over de wijze waarop Edelenbos haar werkzaamheden op die overeengekomen tijden diende te verrichten." Het bestaan van het formele (gezags-)begrip is geen omstandigheid op grond waarvan naast de ondergeschiktheid van de werknemer tot het aannemen van een arbeidsovereenkomst kan worden geconcludeerd, maar een omstandigheid die een indicatie is voor het

⁷⁴ C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Functies onder spanning, een nieuwe orientatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Kluwer, Deventer 1997. Eerder hebben J.M. Fleuren-van Walsum en T. van Peijpe, *Gezagsverhouding, stand van zaken, SMA 1995*, p. 412, dit de 'gezagsverhouding in ruime zin' genoemd.

⁷⁵ HR 17 juni 1994, *JAR 1994/152*

⁷⁶ Rb. Amsterdam 13 mei 1992 en 8 november 1995, *JAR 1995/266*.

⁷⁷ C.J. Loonstra, *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Wolters Noordhoff, Groningen 1990, p. 40-41.

⁷⁸ Zie voor een gedegen uitwerking van de gedachten van Van der Ven en Loonstra, L.H. van den Heuvel, *Ondergeschikt?*, in C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal & W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Kluwer, Deventer 1996, p. 40-41.

⁷⁹ J.J. Trap, *De opdrachtnemer, Arbeidsrecht 1998 8/9*, nr. 58, p. 48.

⁸⁰ HR 8 mei 1998, *NJ 2000*, 81, *JAR 1998/168*.

bestaan van een ondergeschiktheidsrelatie en daarom voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het begrip 'formeel gezag' staat als zelfstandig beoordelingskader te ver af van de wettelijke definitie, die de ondergeschiktheidsrelatie benadrukt.

Naast het 'formele gezagsbegrip' herkennen Jansen en Loonstra in de jurisprudentie een 'materieel gezagsbegrip',⁸¹ op grond waarvan een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen. Daarbij komt het er op neer dat de ene partij gerechtigd blijkt de andere tijdens het verrichten van de arbeid opdrachten te verstrekken. Is daarvan sprake, dan wordt ondergeschiktheid en dus een arbeidsovereenkomst aangenomen.

Er is hier bij deze twee 'gezagsbegrippen' sprake van communicerende vaten⁸² omdat voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst tenminste is vereist dat de werkgever enigerlei zeggenschap moet (kunnen) hebben over de te verrichten werkzaamheden, en tegelijkertijd de aanwezigheid van die zeggenschap wordt afgeleid uit de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht.⁸³ Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst is dus het bestaan van een gezagsrelatie maatgevend. Deze gezagsrelatie wordt door de Hoge Raad ook wel aangeduid door de stellen dat de ene partij onder de 'zeggenschap' van de andere arbeid verricht.⁸⁴ Of daarvan sprake is, moet worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht. Wordt deze toets uitgevoerd dan komt het dus neer op het - in het arbeidsrecht goed bekende- verschijnsel dat wezen voor schijn gaat, en dus de feitelijke toestand van de werknemer doorslaggevend is voor zijn contractsvorm.

1.3.6 Het onderscheiden van de arbeidsovereenkomst en opdrachtovereenkomst.

Hoewel het naar mijn mening mogelijk moet zijn voor de beoordeling van de omstandigheden van het geval duidelijke normen te stellen, blijken die in de praktijk vrijwel geheel afwezig. De beoordeling van de omstandigheden van het geval vindt te weinig plaats aan de hand van duidelijke normen, en is te zeer gericht op de casuïstiek. Dat dit onwenselijk is, spreekt bijna

⁸¹ Dat J.J. Trap, De opdrachtnemer, *Arbeidsrecht* 1998 8/9, nr. 58, p. 48, liever de 'buitenkant' van de arbeidsovereenkomst zou willen noemen.

⁸² In die zin ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Het begrip 'werknemer' in nationaal, rechtsvergelijkend en communautair perspectief, *ArA* 2001/1. p. 4 e.v.

⁸³ Zie voor deze werkwijze bijv. Rb. Groningen 19 januari 2001, *JAR* 2001/55

⁸⁴ HR 16 september 1994, *JAR* 1994/214.

vanzelf.⁸⁵ Dit leidt tot nauwelijks te verklaren verschillen in de jurisprudentie met betrekking tot de definitie van de arbeidsovereenkomst. Dat van nauwelijks te verklaren verschillen sprake is, staat na lezing van verschillende vonnissen waarin de definitie van de arbeidsovereenkomst centraal staat, wel vast. Waarom heeft een fotograaf die bijna 14 jaar gedurende vier dagen per week als freelance fotograaf werkt voor Vrij Nederland geen arbeidsovereenkomst,⁸⁶ maar een freelance redacteur die bijna 5 jaar gedurende 5 dagen per week voor een omroep werkzaam is, wel?⁸⁷ In het laatste vonnis overweegt de kantonrechter dat de redacteur ‘volledig economisch afhankelijk’ van de opdrachtgever is, hoewel vaststaat dat de redacteur ook opdrachten voor anderen verrichtte, terwijl de fotograaf te horen krijgt dat “niet zonder belang (is) dat er minstgenomen ruimte is, die ook is benut, voor het verrichten van werkzaamheden voor anderen.” Het lijkt er sowieso op dat een in omroepeland (Hilversum) gesloten opdrachtsovereenkomst tamelijk snel verwordt tot een arbeidsovereenkomst,⁸⁸ maar een opdrachtsovereenkomst in de provincie (voor lokale omroepen) niet.⁸⁹ Misschien hangt het onderscheid samen met de omvang van de arbeid, bij lokale omroepen zullen meer opdrachten gesloten zijn om arbeid te verrichten voor een gering aantal uur per week. De opdrachtsovereenkomst betreft dan ‘bijkomstige arbeid’, waarvoor het kennelijk minder noodzakelijk wordt geacht de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht toe te passen. Maar een opdrachtnemer die zich als eenmansbedrijf heeft verplicht tegen urenverklaring te verrichten, daar kennelijk een volledige werkweek mee bezig was, geen andere werkzaamheden verricht dan die voor een eenmalige opdracht van een zustervenootschap van de opdrachtgever, en een kamer in het pand van de opdrachtgever ter beschikking gesteld krijgt, werkt niet op basis van een

⁸⁵ Ook in deze zin J. van Langendonck, Het onderscheid werknemer-zelfstandige in het sociaal recht, in: L. Bots, G. Heerma van Voss en A.T.J.M. Jacobs (red.), *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Kluwer, Deventer 1986, p. 12.

⁸⁶ Ktg. Amsterdam 16 juni 2000, *JAR* 2000/167 (zie ook Pres. Rb. Amsterdam 2 november 2000, *JAR* 2000/257). Vergelijkbaar, met betrekking tot een journalist, Rb. 's Gravenhage 15 april 1998, *JAR* 1998/107.

⁸⁷ Ktg. Hilversum 7 maart 2001, *JAR* 2001/72. Vergelijkbaar Ktg. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/19 waar doorslaggevend voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst lijkt te zijn dat “eiser met zijn werk voor gedaagde voorzag in een substantieel deel van zijn levensonderhoud”.

⁸⁸ Zie in dit verband Rb. Amsterdam 19 augustus 1998, *JAR* 1998/210 (Avro) en Ktg. Hilversum 14 april 1999, *JAR* 1999/108 (Tros)

⁸⁹ Ktg. Leeuwarden 16 juli 1999, *JAR* 1999/167.

arbeidsovereenkomst.⁹⁰ Ook geen arbeidsovereenkomst heeft de werknemer die na beëindiging van de arbeidsovereenkomst met zijn voormalig werkgever een managementovereenkomst sluit.⁹¹ Een duidelijke lijn is in deze jurisprudentie niet te vinden.

Uit de rechtspraak is af te leiden dat onder meer de volgende elementen van belang zijn bij het bepalen van een gezagsrelatie en dus van het bestaan van een arbeidsovereenkomst:

- de bedoeling van partijen, zoals die onder meer blijkt uit de schriftelijke overeenkomst en uit de maatschappelijke positie van partijen,⁹²
- de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten of de afspraken over wijze waarop de arbeidsverrichter zich mag laten vervangen, waarbij geldt uit de enkele omstandigheid dat de arbeidstijden contractueel zijn vastgelegd, niet mag worden afgeleid dat er sprake is van een arbeidsverhouding,⁹³
- de wijze waarop de inhoud van de te verrichten arbeid wordt bepaald (door opdrachten, gezamenlijk overleg onder leiding van een 'hoofdredacteur' etc.),⁹⁴
- de mate waarin de arbeidsverrichter afhankelijk is, voor het verrichten van de arbeid, van de instructies van de opdracht- of werkgever,⁹⁵
- terwijl de afspraak dat betaling na declaratie plaatsvindt en het declareren op zich en of vakantiegeld e.d. wordt betaald, indicaties zijn voor de bedoeling om een opdrachtovereenkomst te sluiten zijn,⁹⁶
- of zonder meer van de arbeidsprestatie wordt uitgegaan en de opdracht-/werknemer wordt ingeroosterd, in die zin dat de arbeidsverrichter als vaste kracht door de organisatie wordt beschouwd,⁹⁷
- of naast de overeengekomen arbeid nog ruimte bestaat –en eventueel is benut- om werkzaamheden voor anderen te verrichten,⁹⁸
- of de arbeid voor de werknemer van bijkomstige aard is,⁹⁹

⁹⁰ Rb. 's Gravenhage 3 februari 1999, *JAR* 1999/84

⁹¹ Ktg. Eindhoven 4 maart en 23 september 1999, *JAR* 1999/265.

⁹² HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (Groen/Schoevers) en de onder 1.3.4 genoemde jurisprudentie.

⁹³ HR 8 mei 1998, *JAR* 1998/168.

⁹⁴ Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 augustus 1998, *JAR* 1998/210 en Ktg. Hilversum 14 april 1999, *JAR* 1999/108.

⁹⁵ Rb. 's Gravenhage 3 februari 1999, *JAR* 1999/84

⁹⁶ Zie bijv. HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (Groen/Schoevers), Ktg. Amsterdam 11 en 25 oktober 1996, *JAR* 1997/15, Rb. 's Gravenhage 3 februari 1999, *JAR* 1999/84 en Ktg. Eindhoven 4 maart en 23 september 1999, *JAR* 1999/265.

⁹⁷ Bijv. Rb. Amsterdam 13 mei 1992 en 8 november 1995, *JAR* 1995/266 en Ktg. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/19.

⁹⁸ Zie de onder 1.3.4 genoemde jurisprudentie

-de duur van de arbeidsrelatie.¹⁰⁰

1.3.7 Hoe nu verder....

In par. 1.3.2 is al stilgestaan bij het op 1 januari 1999 in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid ingevoerde artikel 7:610a BW. Hoewel de wetgever daarmee een signaal heeft afgegeven dat het verrichten van arbeid in op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als 'normaal-situatie' wordt beschouwd, blijkt dat in de rechtspraak soms anders te worden ervaren. Het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst speelt in de gepubliceerde rechtspraak nauwelijks een rol. Het is ook de vraag of de wetgever met de invoering van het rechtsvermoeden de principiële keuze heeft willen maken zoveel mogelijk 'arbeidsverrichters' onder het arbeidsrecht te brengen. Uit de parlementaire stukken blijkt daar niets van. Daaruit blijkt slechts dat met de invoering van het rechtsvermoeden is beoogd de 'processuele positie van de werknemer te versterken'.¹⁰¹ Het is niet de bedoeling geweest te streven naar een verbetering van de positie van de 'afhankelijke opdrachtnemer' door hem onder de werking van het arbeidsrecht te brengen. Ook uit recente toelichtingen op arbeidswetgeving blijkt dat de regering er weinig voor voelt om 'arbeidsverhoudingen niet zijnde arbeidsovereenkomsten' onder de werking van de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht te brengen.¹⁰²

In de literatuur wordt steeds meer aangedrongen op wijziging van het arbeidsrecht teneinde verdere erosie daarvan tegen te gaan. Jacobs heeft voorgesteld te overwegen om werknemers die geacht moeten worden hun eigen zaken te kunnen behartigen, in beginsel buiten de werking van titel 7.10 BW te laten.¹⁰³ Van der Heijden ziet een nieuwe rechtsorde van de arbeid voor zich vanuit de benadering van 'industrial citizenship', en meent dat die rechtsorde gebouwd moet worden op het idee van grondrechten van de werknemer in de onderneming. Daarbij dient meer uitgegaan te worden

⁹⁹ Zie bijv. Pres. Rb. Amsterdam 22 oktober 1998, *JAR* 1998/250 (geen arbeidsovereenkomst, hoewel gedurende 22 jaar de arbeid verricht, zie hierna) en Ktg. Leeuwarden 16 juli 1999, *JAR* 1999/167.

¹⁰⁰ Hoe langer de relatie duurt, hoe eerder een arbeidsovereenkomst lijkt te worden aangenomen. Zie bijv. Ktg. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/19 (24 jaar)

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 5, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 307.

¹⁰² Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2000/01, 27 661, nr. 3, p. 8

¹⁰³ A.J.T.M. Jacobs, *De arbeidsovereenkomst in het nieuw BW*, *NJB* 1994, p. 1035-1044.

van economische afhankelijkheid dan van juridische ondergeschiktheid.¹⁰⁴ Rood meent dat het beter is om van elkaar verschillende regels voor verschillende arbeidsverhoudingen te scheppen. Het trekt daarbij een parallel naar het vervoersrecht, waar voor de verschillende vervoersmiddelen verschillende rechtsregels gelden.¹⁰⁵ Loonstra en Zondag pleiten voor een communautaire invulling van het werknemersbegrip, die dan kennelijk aan de hand van de oordelen van het Hof van Justitie terzake invulling dient te krijgen. Ook die benadering leidt tot een verruiming van het bereik van de arbeidsovereenkomst. Naar mijn mening ligt uitvoering van het voorstel van Van der Heijden het meest voor de hand. Dat betekent dat de werking van (delen van) het arbeidsrecht zal moeten worden uitgebreid om ook de 'afhankelijke opdrachtnemer' een betere bescherming te bieden en dat het noodzakelijk is te komen tot een duidelijke juridische definiëring van (het onderscheid tussen) de opdracht- en de arbeidsovereenkomst. Daarbij is een differentiatie in (de mate van) rechtsbescherming aan te brengen. De noodzaak tot het maken van een duidelijker onderscheid zal wellicht al binnen afzienbare tijd gevoeld kunnen worden, bij de uitwerking van advisering van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht (ADO).¹⁰⁶ De door ADO voorgestelde intrekking van het BBA heeft immers ingrijpende gevolgen voor de bescherming van de 'afhankelijke opdrachtnemer' (zie par. 1.2.5). Tot het zover is blijft het duiden van het onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst en een opdrachtovereenkomst met een 'afhankelijke opdrachtnemer' een hachelijke zaak.

1.4 Samenlopende onderwerpen bij de opdracht- en arbeidsovereenkomst

1.4.1 Ontbinding van de opdrachtovereenkomst

De arbeidsovereenkomst kan krachtens art. 7:685 BW worden ontbonden. Dat geldt niet voor de opdrachtovereenkomst. In de meeste gevallen zal dat geen probleem zijn, de opdrachtovereenkomst is door eenvoudige opzegging te beëindigen (zie par. 1.2.4). Dat is anders als het gaat om een opdrachtovereenkomst als bedoeld in art. 1, onder b ten tweede van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Zoals in

¹⁰⁴ P.F. van der Heijden, Een nieuwe rechtsorde van de arbeid, in P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar, A.J.C.M. Wilthagen (red), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Sdu, Den Haag 1999, p. 18/19.

¹⁰⁵ M.G. Rood, Over de arbeidsovereenkomst, toen, nu en straks, in C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2000, p. 130.

¹⁰⁶ Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, november 2000.

paragraaf 2.5 van dit hoofdstuk bleek, is een opdrachtovereenkomst soms een overeenkomst als bedoeld in dat besluit. De opzegging van een dergelijke opdrachtovereenkomst is op grond van art. 6 jo 9 BBA vernietigbaar, indien de opdrachtgever niet beschikt over een toestemming om op te zeggen. De Hoge Raad heeft in het arrest Sijthoff/Ouwerkerk beslist dat een opdrachtovereenkomst kan worden ontbonden op grond van onvoorziene omstandigheden als bedoeld in art. 6:258 BW.¹⁰⁷ Dat is opmerkelijk, omdat het bereik van art. 6:258 BW een hele andere is dan het bereik van art. 7:685 BW. De ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden kan, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, slechts plaatsvinden indien zich omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan, die partijen bij het sluiten van de overeenkomst niet hebben kunnen voorzien. Het moet dan gaan om van buitenaf komende omstandigheden, welke omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij geen ongewijzigde instandhouding van de contractuele rechtsverhouding mag verwachten.¹⁰⁸ De reden waarom Sijthoff de opdrachtovereenkomst met Ouwerkerk wenste te beëindigen was gelegen in de verhuizing van Ouwerkerk uit de buurt waarover zij geacht werd te schrijven. De verhuizing is geen onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW. Sijthoff zag dat in en verzocht daarom geen ontbinding van de opdrachtovereenkomst op grond van art. 6:258 BW maar op grond van een analoge toepassing van art. 7:685 BW. De Hoge Raad zag voor een dergelijke analoge toepassing geen ruimte en geen reden. Volgens de Hoge Raad dient de rechter bij ontbinding van een opdrachtovereenkomst als bedoeld in art. 1 onder b ten tweede BBA op grond van art. 6:258 BW geen andere maatstaf aan te leggen bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW. In de woorden van de Hoge Raad: “Er is geen reden waarom de rechter bij de beantwoording van deze vraag grotere terughoudendheid in acht zou moeten nemen dan bij het in het kader van art. 1639w (thans art. 7:685, EV) BW beoordelen of sprake is van ‘verandering in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de dienstbetrekking billijkheidshalve (...) behoort te eindigen. Daarbij verdient nog opmerking dat de weg van art. 6:258 voor de ‘werkgever’ niet alleen openstaat ingeval hem toestemming voor opzegging is geweigerd, maar ook ingeval hij de voorkeur eraan geeft die toestemming niet te vragen en zich onmiddellijk tot de rechter te wenden.” Zoals reeds opgemerkt is deze beslissing opmerkelijk omdat die moeilijk valt te rijmen met de invulling die de wetgever heeft gegeven aan art. 6:258 BW. Wellicht heeft de Hoge Raad mede in ogenschouw genomen de regeling tot ontbinding van een bijzondere opdrachtovereenkomst, te weten de agentuurovereenkomst. Deze overeenkomst is geregeld in art. 7:428 tot en

¹⁰⁷ HR 8 november 1996, *JAR* 1996/249 (Sijthoff/Ouwerkerk)

¹⁰⁸ W.L. Valk, *T & C Burgerlijk wetboek*, Kluwer, Deventer 2001, aant. 2 bij art. 6:258 BW

met 7:446 BW. In art. 7:440 BW is bepaald dat de agentuurovereenkomst kan worden ontbonden door de kantonrechter, waarbij deze aan een der partijen ten laste van de andere een vergoeding kan toekennen. Ook overigens is de procedure tot ontbinding van de agentuurovereenkomst vergelijkbaar met de procedure van art. 7:685 BW, waarnaar het vierde lid van art. 7:440 BW verwijst. Bij ontbinding van de agentuurovereenkomst past daarom toepassing van de kantonrechttersformule.¹⁰⁹

De vraag rijst of dan ook een voorwaardelijke ontbinding van de opdrachtovereenkomst als bedoeld in art. 1 onder b ten tweede BBA tot de mogelijkheden behoort. Naar mijn mening maakt het arrest van de Hoge Raad dat mogelijk.

1.4.2 Loonmatiging

De bepalingen van boek 7 titel 10 BW zijn dus in beginsel niet analoog van toepassing op de overeenkomst van opdracht, ook niet als die overeenkomst wel een overeenkomst is als bedoeld in art. 1 BBA. De opzegging van de laatste overeenkomst zonder toestemming van de RDA is vernietigbaar. Indien nu de vernietiging van de opzegging wordt ingeroepen kan de opdrachtgever, die wordt aangesproken tot doorbetaling van loon, zich niet beroepen op matiging van de loonvordering krachtens art. 7:680a BW. De Hoge Raad heeft dat in zijn arrest van 10 november 2000¹¹⁰ expliciet bevestigd, mede onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:680a BW. De wetgever heeft er volgens de Hoge Raad toen toe besloten de werkingssfeer van artikel 7:680a BW niet uit te breiden naar andere arbeidsverhoudingen, zodat voor een dergelijke uitbreiding geen ruimte is. In zijn conclusie voor dit arrest heeft A-G Strikwerda er op gewezen dat de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht zijn eigen regeling kent met betrekking tot de verschuldigdheid van loon bij een voortijdig einde van de opdracht, te weten art. 7:411 BW. Naar mijn mening is die gedachte niet juist, nu art. 7:411 BW een regeling geeft ingeval de opdrachtovereenkomst is geëindigd hetgeen bij het inroepen van de vernietiging van de opzegging nu juist niet het geval is. Wel zou de loonvordering gematigd kunnen worden op grond van de algemene regels van het verbintenissenrecht, waarbij met name art. 6:2 en 6:248 BW van belang zullen zijn. Op de mogelijkheid een loonvordering op grond van art. 6:248 BW te matigen heeft de Hoge Raad in 1993 al expliciet gewezen.¹¹¹ Voor de loonmatiging op grond van art. 6:248 BW geldt dezelfde maatstaf als voor ontbinding op grond van art. 7:680a BW: in beide gevallen gaat het immers om het voorkomen van een onbillijk resultaat.

¹⁰⁹ Daartoe ging Ktg. Rotterdam 19 juni 2001, *JAR* 2001/136 over.

¹¹⁰ HR 10 november 2000, *JAR* 2000/250.

¹¹¹ HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 666.

1.4.3 Opzegtermijn

In de literatuur is gewezen op art. 7:672 BW, dat de voor opzegging van de arbeidsovereenkomst in acht te nemen termijnen regelt, ook voor de bepaling van een redelijke opzegtermijn van de opdrachtovereenkomst.¹¹² Gelet op boven weergegeven rechtspraak is in ieder geval geen ruimte voor analoge toepassing van regels van titel 10 boek 7 BW op de opdrachtovereenkomst. Daarbij komt dat opzegging van de overeenkomst van opdracht door de opdrachtgever krachtens art. 7:408 lid 1 BW onregelmatig –dat wil zeggen: zonder inachtneming van een opzegtermijn– mag geschieden. Voor de aannemingsovereenkomst (art. 7A:1647 BW) en de agentuurovereenkomst (art. 7:439 lid 1 BW) geldt dit evenzeer. Voor deze laatste overeenkomst regelt art. 7:437 BW wel de opzegtermijn. Hier wordt de maximale opzegtermijn gesteld op zes maanden, hetgeen in het algemeen wel als een ‘goed uitgangspunt’ voor de opzegging van duurovereenkomsten wordt beschouwd.¹¹³ Het uitgangspunt dat opzegging zonder inachtneming van een termijn geldig is, berust op de overweging dat de opdrachtgever niet verplicht is de (arbeids-)prestatie in ontvangst te nemen en het belang van de opdrachtnemer zich tegen een dergelijke opzegging niet verzet, zolang hij er door de opzegging financieel niet slechter van wordt.¹¹⁴

Voor zover geen wettelijke regeling van de opzegtermijn geldt, kan uit de overeenkomst voortvloeien dat een opzegtermijn in acht genomen moet worden. Zeker wanneer een overeenkomst enige tijd heeft geduurd, zullen de eisen van redelijkheid en billijkheid nopen tot opzegging met een opzegtermijn. Ook kunnen partijen uitdrukkelijk een termijn overeenkomen. Indien de opdrachtgever de overeenkomst opzegt kan deze –net als de opdrachtnemer– vanwege het niet in acht nemen van een opzegtermijn wanprestatie plegen en deswege schadeplichtig zijn, ondanks het bepaalde in art. 7:408 lid 3 BW.¹¹⁵ Het kan dus van belang zijn om ook bij de opzegging van een opdrachtovereenkomst een redelijke opzegtermijn in acht te nemen. Daarbij kan inspiratie worden geput uit het bepaalde in art. 7:672 BW.

1.4.4 Vergoeding wegens opzegging van de opdrachtovereenkomst

¹¹² J. van der Pijl, Beëindiging van de overeenkomst van opdracht en het BBA '45, *Arbeidsrecht* 1999/11, nr. 57, p. 10.

¹¹³ C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten*, (diss. VU) 1999, Kluwer, Deventer, p. 107.

¹¹⁴ Zie hierover G.J.P. de Vries, Onregelmatige beëindiging van de overeenkomst van opdracht, *Praktisch Procederen* 2000/4, p. 85-86.

¹¹⁵ Zie bijv. Rb. Almelo 10 februari en 26 mei 1999, *JAR* 1999/205.

Hiervoor bleek dat als uitgangspunt geldt dat de opdrachtgever de opdrachtovereenkomst onregelmatig mag opzeggen. De opdrachtnemer heeft na een onregelmatige opzegging derhalve recht op een schadevergoeding ten bedrage van het loon, verminderd met de besparingen. Art. 7:411 BW bepaalt evenwel dat de aldus opgezede opdrachtnemer slechts recht heeft op volle doorbetaling van het loon, indien dit, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. In de rechterlijke redelijkheidstoets zijn soms aspecten te onderkennen die terugvoeren tot de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot matiging van de loonvordering na een vernietigde opzegging, zoals (de mogelijkheid van het) elders verdienen van een inkomen en de verwijtbaarheid van de gedraging van de werknemer die leidde tot de opzegging.¹¹⁶

Voor de arbeidsovereenkomst geldt krachtens art. 7:677 lid 1 BW ook als uitgangspunt dat deze door te allen tijde –dus onregelmatig– door de werkgever kan worden opgezegd. Gevolg is dat de werknemer door deze opzegging de werkgever schadeplichtig kan stellen en een bedrag gelijk aan het loon over de niet in acht genomen opzegtermijn kan vorderen (art. 7:680 lid 1 BW). Deze vergoeding wordt niet met de besparing van de kosten van de werknemer verminderd, omdat in het loon geen vergoeding van de kosten van de werknemer is begrepen. Samen met deze gefixeerde schadevergoeding komt de werknemer mogelijk een vordering wegens een kennelijke onredelijke opzegging (art. 7:681 BW) toe. Hoewel daarover discussie is, lijkt de wijze waarop de vergoeding wegens kennelijke onredelijke opzegging berekend wordt, afgeleid te zijn van de kantonrechttersformule die wordt gehanteerd bij de berekening van de billijkheidsvergoeding in het kader van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Een aan de kennelijke onredelijke opzegging vergelijkbare bepaling bestaat voor de opzegging van de opdrachtovereenkomst niet. E.e.a. moet voortvloeien uit het algemene vermogensrecht. Te denken is aan art. 6:2 BW, dat bepaalt dat de schuldeiser en de schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Een voorbeeld van kennelijke toepassing van deze regel bij de opzegging van een opdrachtovereenkomst is te vinden in een vonnis van de rechtbank te Almelo.¹¹⁷ Deze rechtbank heeft, teneinde de aan een opdrachtnemer met wie de overeenkomst onregelmatig was opgezegd toekomstige schadevergoeding te bepalen, aansluiting gezocht bij die kantonrechttersformule, met als motivering dat ‘geen enkele reden is opgegeven voor de verbreking van de relatie’. De opdrachtnemer in deze

¹¹⁶ Zie voor de arbeidsrechtelijke loonmatiging Van Slooten 1999, p. 251, zie voor toepassing van de genoemde overwegingen bij de opdrachtovereenkomst Pres. Rb. Arnhem 3 december 1999, *KG* 2000, 27

¹¹⁷ Rb. Almelo 10 februari en 26 mei 1999, *JAR* 1999/205.

zaak had overigens sterke overeenkomsten met een werknemer. De rechtbank meende dat de opdrachtnemer de arbeid niet op grond van een arbeidsovereenkomst werd verricht maar overwoog “dat die werkzaamheden in een duurzame relatie met Ten Cate (opdrachtgever, EV) zijn verricht, welke duurzame relatie niet zonder ruime opzegtermijn zonder aanbod van een schadevergoeding opgezegd kan worden.”

2 Deeltijdarbeid

2.1 Inleiding

2.1.1 Ontwikkeling van deeltijdarbeid

In juridische zin bestaat geen enkel verschil tussen een voltijd of deeltijd arbeidsovereenkomst. Artikel 7:610 BW spreekt van de overeenkomst waarbij de werknemer zich verbindt in dienst van de werkgever *gedurende zekere tijd* arbeid te verrichten. Die term kan slaan op de totale duur van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld tien maanden. Dan spreken we over een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waarop hoofdstuk 3 betrekking heeft. Ook kan de term slaan op een bepaalde arbeidsduur per dag, maand, week, of zelfs kwartaal of jaar. Partijen zijn vrij om in de overeenkomst op te nemen wat hen goeddunkt met betrekking tot deze arbeidsduur. Bij de uitoefening van de werkzaamheden zijn zij wel verplicht zich te houden aan de maximumnormen van de Arbeidstijdenwet 1996. Nog niet zo heel erg lang geleden was deeltijdarbeid een betrekkelijk marginaal verschijnsel in Nederland. Nu werken bijna twee van de vijf werknemers minder dan de gebruikelijke arbeidsduur. Het begrip voltijd heeft overigens ook een ontwikkeling doorgemaakt in de loop van de vorige eeuw. In het begin van de twintigste eeuw voerden de vakbonden strijd voor een voltijdnorm van 48 uur per week. Tot na de Tweede Wereldoorlog was de uniforme werkweek 48 uur en werd op zaterdag gewerkt. In het begin van de jaren zestig werd voor veel werknemers de vrije zaterdag ingevoerd en ging de werkweek naar 44 uur. In de loop van de jaren tachtig is de arbeidsduur in de collectieve arbeidsovereenkomsten verder verkort in het kader van het scheppen van werkgelegenheid. Inmiddels is de normale arbeidsduur per week in veel cao's 38 of 36 uur per week. Die wijzigingen in de arbeidsduur per week vonden wel vrij uniform plaats, in die zin deze ontwikkeling van toepassing was op alle werknemers, toen nog voornamelijk mannen. De ontwikkeling van deeltijdwerk is pas goed op gang gekomen toen vrouwen op grote schaal de arbeidsmarkt betraden, of niet langer verlieten nadat zij een kind kregen. Nederland is koploper deeltijdarbeid in Europa: meer dan twee van de drie vrouwen (67,9 %) en één van elke zes mannen (18,1%).¹¹⁸

¹¹⁸ Burri 2000, p. 2-3.

Burri stelt vast dat deeltijdarbeid vrouwenarbeid is.¹¹⁹ In Europa worden acht van de tien deeltijdbanen bezet door vrouwen. Deeltijdarbeid is voornamelijk ontstaan in bepaalde sectoren van de arbeidsmarkt, zoals de dienstverlening, onderwijs en zorg. Daar bleef deeltijdarbeid oorspronkelijk bovendien vaak beperkt tot laag gekwalificeerde functies met bijpassend salarisniveau. Vooral voor kleine deeltijdbanen geldt dat het niet als volwaardige arbeid wordt gezien. In dit soort banen bestaat vaak een geringe mogelijkheid om promotie te maken. De vergroting van de arbeidsparticipatie van vrouwen door de ontwikkeling van deeltijdbanen heeft niet direct tot emancipatie geleid. De marginale positie van deeltijdwerk komt in de gehele samenleving tot uiting in een lagere beloning. Ook binnen arbeidsorganisaties worden mannen en vrouwen niet gelijk beloond. Al bij het opstellen van het EG verdrag in 1957 werd het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen in het toenmalige artikel 119 EG (nu artikel 141) voorgeschreven. In 1976 kende het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het arrest Defrenne (2) aan dit artikel rechtstreekse werking toe. Onderscheid in beloning tussen mannen en vrouwen werd daarmee niet alleen een onderwerp voor de wetgevers van de lidstaten, maar ook een directe verbodsbepaling voor werkgevers. Dit leerstuk bleek in de loop der jaren ook geschikt om te dienen als verbod van het maken van onderscheid op grond van arbeidsduur. Deeltijdarbeid werd door het Hof van Justitie ook binnen het leerstuk van vrijheid van werknemers om arbeid te verrichten in een andere lidstaat, al in 1982 erkend als volwaardige arbeid en voor werknemers 'an effective means of improving their living conditions'. Op grond van een deeltijd baan kreeg de Britse mevrouw Levin de status van EG-begunstigde werknemer in Nederland, onder voorwaarde dat de arbeid 'should not be on such a small scale as to be purely marginal and ancillary'.¹²⁰ De jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake gelijke behandeling mannen en vrouwen bleek een belangrijke aanjager voor de ontwikkeling van gelijke behandeling van deeltijders in Nederland.

De groeiende arbeidsparticipatie van vrouwen in Nederland heeft ertoe geleid dat het kostwinnersmodel dat lange tijd heeft bestaan, geleidelijk is vervangen door het anderhalfverdienersmodel, waarbij in een traditioneel gezinshuishouden de man voltijds, en de vrouw in deeltijd werkt. Bovendien is het aantal traditionele gezinshuishouden verhoudingsgewijs gedaald. Er zijn steeds meer één-ouder gezinnen, waarbij het gezinshoofd alleen verantwoordelijk is voor inkomensvoorziening en zorgtaken. Vanaf 1996 worden alleenstaande ouders als hun kind de schoolgaande leeftijd heeft bereikt, geacht betaald werk te verrichten, in beginsel hebben zij geen recht meer op een bijstandsuitkering.¹²¹ Deze veranderende gezinsverhoudingen en wetgeving

¹¹⁹ Burri 2000, p.2.

¹²⁰ C-53/81, HvJ EG 23 maart 1982 (Levin).

¹²¹ Art. 107 lid 2 Abw, Wet van 12 april 1995, *Stb.* 1995, 199.

hebben er toe geleid dat steeds meer mensen, met name vrouwen, werk en huishouden moeten combineren. Vrij recent en niet toevallig tijdens een periode waarin de arbeidsmarkt krapte vertoont, is men in de politiek tot het inzicht gekomen dat het voor de optimale inzet van het arbeidspotentieel noodzakelijk is om arrangementen te scheppen waarmee werknemers arbeid en zorg kunnen combineren. In landen die veel faciliteiten kennen om arbeid en zorg te kunnen combineren is de arbeidsparticipatie van vrouwen hoger en zijn de beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen kleiner. Naast deze ontwikkeling in de arbeidsduur per week zijn werknemers ook steeds op flexibeler tijden gaan werken. Begin jaren negentig had nog slechts de helft van de Nederlandse beroepsbevolking een standaard vaste baan van 9 tot 5 en van maandag tot en met vrijdag. Deze ontwikkelingen hebben geleid tot het wetsvoorstel Arbeid en Zorg, waar de Wet Aanpassing Arbeidsduur uiteindelijk deel van zal uitmaken.¹²²

2.1.2 Wettelijk kader

Zowel in ILO als in EG verband is men ertoe overgegaan met betrekking tot deeltijd regelgeving op te stellen. In 1994 heeft de ILO verdrag 175 betreffende deeltijdwerk aangenomen, door Nederland geratificeerd op 5 februari 2001.¹²³ Op 15 december 1997 is de EG-richtlijn over deeltijdarbeid aangenomen.¹²⁴ Deze richtlijn is tot stand gekomen door toepassing van artikel 139 EG. Dat wil zeggen dat de sociale partners op Europees niveau een raamovereenkomst hebben gesloten. Op voorstel van de Commissie heeft de Raad vervolgens die overeenkomst de status van de richtlijn toegekend. De tekst van de Europese richtlijn is sterk beïnvloed door het ILO verdrag. Beide internationale regelingen verplichten de lidstaten tot het instellen van een verbod tot onderscheid vanwege arbeidsduur. Ook benadrukken beide regelingen de erkenning van deeltijdwerk als volwaardige arbeid. In het kader daarvan dienen de lidstaten maatregelen te nemen die het mogelijk maken dat werknemers hun arbeidsduur aan de eigen behoefte kunnen aanpassen, met inachtneming van de belangen van werkgevers. Steeds wordt daarbij overigens benadrukt dat een werknemer in alle vrijwilligheid besluiten moet kunnen nemen omtrent de keuze van voltijd naar deeltijd, of *vice-versa*.

Deze beginselen zijn de terug te vinden in de nationale wetgeving. Het verbod tot het maken van onderscheid naar arbeidsduur is opgenomen in artikel 7:648 BW voor werknemers en in artikel 125g AW voor ambtenaren. Het recht om de arbeidsduur binnen bepaalde kaders aan te

¹²² *Kamerstukken II*, 1999/00, 27 207.

¹²³ *Trb.* 2001, 97.

¹²⁴ Richtlijn 97/81/EG.

passen aan de eigen wensen van de werknemer of ambtenaar is opgenomen in de Wet aanpassing arbeidsduur, welke op 1 juli 2000 in werking trad.¹²⁵

2.1.3 Soorten deeltijders

Onder het begrip deeltijd verstaat Smitskam arbeid die regelmatig op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht, gedurende een arbeidstijd die korter is dan de in de betrokken sector of in het betrokken bedrijf gebruikelijke arbeidstijd.¹²⁶ Oproepcontracten vallen niet onder het begrip deeltijdarbeid, omdat deze niet het kenmerk van regelmatigheid hebben. Zij onderscheidt de volgende vormen van deeltijdarbeid:

- Deeltijdarbeid met vaste werktijden
- Deeltijdarbeid gedurende een vast aantal uren, op wisselende werktijden
- Kleine deeltijdovereenkomsten, waarmee doorgaans wordt bedoeld vaste werktijden gedurende maximaal 15 uur per week. Dit komt veel in de schoonmaakbranche voor.
- Min-max constructies, waarbij in elk geval het minimum aantal uren vaststaat, anders is sprake van een oproepovereenkomst. De tijdstippen waarop wordt gewerkt kan in meer of mindere mate vaststaan.
- De alpha-overeenkomst.

Deeltijdarbeid met vaste werktijden is, zo blijkt uit de in het begin van dit hoofdstuk opgenomen cijfers, al reeds lang ingeburgerd en leidt in juridische zin tot weinig kwalificatieproblemen. De andere categorieën met uitzondering van de alpha-hulpen, zijn in de jaren negentig nadrukkelijk als probleem erkend en hebben als aanleiding gediend voor een groot deel van de wijzigingen in de Wet flexibiliteit en zekerheid.¹²⁷ Deze vormen van deeltijdarbeid leidden tot veel mogelijkheden voor flexibiliteit voor werkgevers, met bijpassend weinig zekerheid voor de werknemers die onder deze voorwaarden met arbeid in hun inkomen moesten voorzien. De deeltijder die een arbeidsovereenkomst heeft voor een vast aantal uren, dat minder is dan 15 uur per week, en die op wisselde tijden kan worden opgeroepen, heeft op grond van artikel 7:628a BW de garantie dat hij voor elke oproep een loonaanspraak heeft van minimaal drie uurlonen. Datzelfde geldt voor de werknemer met een min-max overeenkomst. Bij dit laatste contract kan de vraag aan de orde komen of de deeltijdwerker met een min-max overeenkomst recht heeft op tewerkstelling. Ten aanzien van het minimum aantal uren staat dat buiten kijf en onderscheidt deze werknemer zich niet van de voltijdwerknemer. De vraag of de werkgever verplicht is

¹²⁵ *Stb.* 2000, 114, Wet van 19 februari 2000, houdende regels inzake het recht op aanpassing arbeidsduur.

¹²⁶ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, E.1-1.

¹²⁷ Wet van 16 juni 1998, *Stb.* 1998, 300.

om de werknemer op te roepen wordt beantwoord aan de hand van artikel 7:611 BW. Deze vraag komt ook aan de orde bij de oproepovereenkomst (zie hoofdstuk 4). Voor de deeltijder met een min-max overeenkomst (welke overeenkomst ook in hoofdstuk 4 wordt behandeld) zou kunnen worden volgehouden dat de verplichting van de werkgever om de werknemer feitelijk te werk te stellen sterker is dan bij de oproepkracht, omdat in de overeenkomst is aangegeven dat er in beginsel een verplichting tot dat aantal overeengekomen uren.¹²⁸

Alpha-hulpen zijn in praktijk uitsluitend vrouwelijke werknemers die huishoudelijke arbeid verrichten in particuliere huishoudens, die door omstandigheden eventueel tijdelijk niet meer in staat zijn om deze arbeid zelf te verrichten. Zij staan ingeschreven bij een instelling voor gezinsverzorging. Die is geen werkgever, maar bemiddelt slechts. De alpha-hulp is als zelfstandige zonder personeel (ZZP-er, zie hoofdstuk 1) voor maximaal 4 dagdelen in dienst van de hulpvragende. Op grond van artikel 2, eerste lid, onder d. BBA is het algemeen opzegverbod niet van toepassing op alpha-hulpen. Per 1 januari 2001 verviel voor deze groep werknemers een voor hen gecreëerde voordelige fiscale regeling. Ter reparering heeft het kabinet een nieuw duaal systeem ontworpen. Dat betekent dat de alpha-hulp de keuze heeft om als ZZP-er te blijven werken, in opdracht van haar opdrachtgever(s). Ook kan zij er voor kiezen als werknemer in dienst te treden van een thuiszorginstelling. In dat geval zal zij onder de CAO-thuiszorg vallen.¹²⁹

2.2 Verbod tot onderscheid vanwege arbeidsduur

2.2.1 Het wettelijk kader

De norm van het verbod tot het maken van onderscheid naar arbeidsduur van artikel 7:648 BW en artikel 125g AW is oorspronkelijk afkomstig uit de Europese rechtsorde.¹³⁰ Al vanaf het begin van de jaren tachtig oordeelde het Hof van Justitie in een aantal arresten dat verschil in beloning tussen deeltijders en voltijders strijd oplevert met het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers van artikel 141 EG en met artikel 1 van richtlijn 75/117/EG,¹³¹ of met de bepalingen van richtlijn

¹²⁸ Ktg. Amsterdam 15 maart 1996, *JAR* 1996/90

¹²⁹ *Kamerstukken II* 1999-00, 26 814, nr. 7.

¹³⁰ Art. 7:648 BW en art. 125g AW zijn ingevoerd bij de Wet verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur (WOA), Wet van 3 juli 1996, *Stb.* 1996, 391.

¹³¹ Richtlijn van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgeving van de lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers 75/117/EEG.

76/207/EG.¹³² De termen arbeidsduur of deeltijd komen in die EG bepalingen niet voor. Ze zijn opgesteld voor de bestrijding van ongelijkheid in beloning tussen mannen en vrouwen. Om te bepalen of er sprake is van verboden onderscheid dient op grond van deze regelingen eerst te worden vastgesteld dat meer vrouwen dan mannen worden getroffen, zodat kan worden gesproken van indirecte discriminatie. De bewijslast voor het aantonen van indirecte discriminatie berust in beginsel op de klager. Voor een individu is het niet gemakkelijk om statistische gegevens over de verdeling van mannen en vrouwen in een onderneming of bedrijfstak te achterhalen. De ervaring leerde al gauw dat deeltijders per definitie vrouwen waren, zodat de cijfermatige toets in feite achterwege kon blijven. In de nationale situatie kan deze stap al sinds november 1996 worden overgeslagen, omdat in het kader van artikel 7:648 BW geen ongelijke behandeling van mannen en vrouwen hoeft te worden aangetoond, maar onderscheid vanwege verschil in arbeidsduur.¹³³ Tot dat moment gold ook voor het nationale recht dat deze omweg van het leerstuk van indirecte discriminatie moest worden gevolgd. Weliswaar kenden wij de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, de Algemene wet gelijke behandeling en de artikelen 7:646 en 647 BW, maar ook daarin was arbeidsduur niet als zelfstandig criterium opgenomen.¹³⁴ Met de inwerkingtreding van de artikelen 7:648 BW en 125g AW¹³⁵ werd onderscheid op grond van arbeidsduur in de woorden van Gerritsen een verdacht criterium.¹³⁶ In feite is wettelijk erkend dat vanwege het feit dat deeltijders voor het overgrote deel vrouwen zijn, onderscheid op grond van deeltijd ook altijd onderscheid naar geslacht oplevert. Niet langer hoeft worden aangetoond dat er sprake is van indirecte discriminatie omdat in een concrete situatie meer vrouwen dan mannen worden getroffen door een bepaling in een CAO, individuele arbeidsovereenkomst of aanstelling. Het leerstuk van indirect onderscheid is als het ware geïncorporeerd in de regeling van artikel 7:648 BW.

Op Europees niveau bestaat inmiddels een specifieke richtlijn die betrekking heeft op deeltijdarbeid (97/81/EG).¹³⁷ Op grond daarvan dienen

¹³² Richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden 76/207 EEG.

¹³³ Wet van 3 juli 1996, *Stb.* 96, 391.

¹³⁴ I.P. Asscher-Vonk., Het verbod van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur in art. 7:648 BW, *SMA* 1997, p. 388-389.

¹³⁵ *Stb.* 1996, 391

¹³⁶ Arbeidsovereenkomst, aantekening 2 bij artikel 7:648 BW (A.M. Gerritsen).

¹³⁷ Richtlijn van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid. 97/81/EG.

de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling van deeltijders en voltijders ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden te implementeren voor 20 januari 2000. In feite onderbouwt de richtlijn de jurisprudentie met betrekking tot deeltijd die het Hof van Justitie reeds op grond van de eerder genoemde algemenere gelijke behandelingsbepalingen had gebaseerd

Dit overzicht laat zien dat er nog al wat rechtsbronnen zijn te vinden op het terrein van onderscheid naar arbeidsduur. Veldman wijst in dit verband op een risico dat dit met zich meebrengt. Door een discriminatieverbod te specificeren in een concrete materiële werkingssfeer, zoals arbeidsduur, beoogt men een versterking van de normatieve werking van het verbod. Maar waar in de verschillende instrumenten de definities, uitzonderingsgronden en werkingssferen onderling niet op elkaar blijken aan te sluiten, wordt ook de keerzijde van dit differentiatieproces duidelijk. Het rechtsgebied kampt met een toenemende ondoorzichtigheid en complexiteit.¹³⁸

De reikwijdte van de nationale bepalingen en het EG-recht zijn niet gelijk. Verboden onderscheid naar arbeidsduur kan ook door anderen dan de werkgever worden gemaakt. Dat kan bijvoorbeeld in sociale zekerheidswetgeving of pensioenregelingen. Artikel 3 van de richtlijn 75/117/EG verplicht de lidstaten de discriminatie tussen mannen en vrouwen op te heffen die voortvloeit uit wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. De norm van 7:648 BW is dus enerzijds breder dan de EU norm van voor de richtlijn, omdat onderscheid naar arbeidsduur automatisch verdacht is en er geen statistische gegevens hoeven te worden overlegd om onderscheid naar arbeidsduur aannemelijk te maken.¹³⁹ Anderzijds is de norm van 7:648 BW smaller, omdat deze norm natuurlijk niet ziet op overheidshandelen, of op andere verhoudingen die niet onder titel 10 van Boek 7 BW vallen.¹⁴⁰ Bijvoorbeeld contracten tussen zelfstandig gevestigde artsen en ziekenfondsen.¹⁴¹ Artikel 6 AWGB verbiedt onderscheid met betrekking tot de voorwaarden voor de toegang tot het vrije beroep. Bij de totstandkoming van artikel 7:648 BW in 1996

¹³⁸ A.G. Veldman, *Arbeid en gelijke behandeling: Europese en nationale rechtontwikkelingen*, *ArA*, 2001/2, p. 4.

¹³⁹ De bepaling van art. 125g AW kent vanwege het bestuursrechtelijke karakter een andere terminologie. Voor de praktijk van de ambtenaar maakt dat geen verschil. Hierna zal daaraan slechts aandacht worden besteed wanneer daartoe aanleiding is.

¹⁴⁰ Art. V WOA breidt de kring van begunstigden uit door te bepalen dat dat het verbod ook geldt voor arbeid die onder gezag wordt verricht anders dan krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of ambtelijke aanstelling. Stagiaires en vrijwilligers zijn de gebruikelijke voorbeelden van deze groep gelijkgestelden. Zie: E. Cremers, *De behandeling van deeltijders en het verbod van onderscheid naar arbeidsduur*, *PS Documenta*, nr. 7, 6 juni 2000, p. 848- 860.

¹⁴¹ C-226/98 Jørgensen

merkte Asscher-Vonk terecht op dat de plaatsing in het BW ten onrechte personen die in andere arbeidspatronen werken dan in ondergeschiktheid, uitsluit van de bescherming van de regeling.¹⁴² De reparaties van de Wet flexibiliteit en zekerheid, waarbij de positie van degene die in opdracht, of op een oproepovereenkomst werken sterk is verbeterd, hebben dat voor een groot deel opgelost.

Behalve de rechter is op grond van het vierde lid van artikel 7:648 BW ook de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) bevoegd om een oordeel te geven in een geschil over onderscheid naar arbeidsduur. De benadeelde kan natuurlijk een verzoek om een oordeel tot de Commissie richten. Daarnaast zijn ook krachtens artikel 12 WAGB de werkgever,¹⁴³ arbitrage- of rechtscolleges, ondernemingsraden en vakbonden en werkgeversorganisaties daartoe bevoegd.

Voor de interpretatie van artikel 7:648 BW blijft vanwege de hierboven geschetste wetsgeschiedenis de jurisprudentie die door het Hof van Justitie is gewezen noodzakelijk. De nationale wetgeving dient immers krachtens artikel 10 EG richtlijnconform te worden uitgelegd. Bovendien heeft de wetgever bij het opstellen van het artikel gekozen voor aansluiting bij het communautaire toetsingssysteem.¹⁴⁴

De werkgever mag op grond van een verschil in arbeidsduur geen onderscheid maken tussen werknemers in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet, dan wel opgezegd, tenzij een dergelijk onderscheid gerechtvaardigd is. De vraag of een bepaalde regeling of handeling in strijd is met het verbod van onderscheid naar arbeidsduur valt in twee delen uiteen. Allereerst dient te worden vastgesteld of er sprake is van een onderscheid dat leidt tot benadeling. Is dat niet het geval, dan is er geen sprake van verboden onderscheid. Gelijke behandeling van vol- en deeltijders betekent overigens niet altijd dat ze identiek moeten worden behandeld. Een bepaalde regeling kan in praktijk sterker op deeltijders dan op voltijders drukken. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Wanneer in een personeelsgids die deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst een beding is opgenomen dat nevenwerkzaamheden verbiedt, dan drukt dat op de deeltijder zwaarder dan op de voltijder. Toepassing van het beding zou voor de deeltijder betekenen dat hij wordt beperkt in zijn mogelijkheid om door arbeid in zijn inkomen te voorzien door bijvoorbeeld twee deeltijdbanen van 20 uur te werken. Dat effect heeft het beding niet op de voltijder. Het verbod tot het maken van onderscheid naar arbeidsduur leidt er in dit voorbeeld toe dat de werkgever zijn twee werknemers juist verschillend moet behandelen.

¹⁴² I.P. Asscher-Vonk., Het verbod van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur in art. 7:648 BW, *SMA* 1997, p. 399.

¹⁴³ Zie bijvoorbeeld oordeel 1997-111 van de CGB

¹⁴⁴ A.G. Veldman, Arbeid en gelijke behandeling: Europese en nationale rechtontwikkelingen, *ArA*, 2001/2, p. 27.

Wanneer de vraag of sprake is van onderscheid naar arbeidsduur bevestigend wordt beantwoord, dan komt de vraag aan de orde of het onderscheid is gerechtvaardigd. In het gelijke behandelingsrecht van de EG is het over het algemeen zo dat een direct onderscheid alleen kan worden gerechtvaardigd door een aantal limitatief in de richtlijn of verdragsbepaling opgesomde redenen. In dat geval vormt de regeling een gesloten systeem, de rechtvaardigingsgrond moet letterlijk in de betreffende tekst zijn terug te vinden.¹⁴⁵ Is er sprake van indirect onderscheid, dan wordt getoetst of er een objectieve rechtvaardigingsgrond aan de regeling of handeling ten grondslag ligt, die niets te maken heeft met het geslacht van de werknemer.¹⁴⁶ Artikel 7:648 BW differentieert niet naar direct en indirect onderscheid. Hierboven werd geconstateerd dat het leerstuk van indirect onderscheid naar geslacht als het ware is geïncorporeerd in het verbod tot het maken van onderscheid vanwege arbeidsduur. Daarom is het ook logisch dat de wetgever voor de bijbehorende toetsingsmethodiek van een rechtvaardigingsgrond heeft gekozen. Dat brengt overigens wel met zich mee dat ook direct onderscheid naar arbeidsduur kan worden gelegitimeerd door een rechtvaardigingsgrond die niet in de wettelijke regeling is gegeven.

In het kader van het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur heeft met name Asscher-Vonk zich sterk gemaakt voor de noodzaak om ten aanzien van deeltijders een andere gedragslijn te volgen, omdat deeltijdwerkers een bepaalde maatschappelijke of sociaal-economische achterstand hebben.¹⁴⁷ Bij andere onderdelen van het gelijke behandelingsrecht vinden wij dat ook wel, in de vorm van *positieve actie*. In het arrest Kachelmann oordeelde het Hof van Justitie dat een voorkeursbehandeling in ontslagvolgorde voor deeltijders ten opzichte van voltijders niet door het Europese recht wordt voorgeschreven.¹⁴⁸ Wanneer een werkgever de keuze zou maken om voltijders eerder voor een ontslag bij een reorganisatie in aanmerking te laten komen, dan zou die keuze ook de toets van de objectieve rechtvaardiging moeten kunnen doorstaan. Ook in dat geval zou immers sprake zijn van onderscheid naar arbeidsduur.

2.2.2 Onderscheid bij het aangaan en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst

De werkgever mag bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst geen onderscheid maken op grond van arbeidsduur. Brengt dat met zich mee dat

¹⁴⁵ I.P. Asscher-Vonk, C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling regels en realiteit*, Sdu, 's Gravenhage 1999, p. 99.

¹⁴⁶ C. Barnard, EC, *Employment Law*, Oxford University Press, 2000, p. 213.

¹⁴⁷ I.P. Asscher-Vonk, Een volwaardige rechtspositie voor deeltijdwerkers, *SMA* 1993, p. 454-462.

¹⁴⁸ C-322/98

een werkgever die een vacature te vervullen heeft verplicht is om de wens van de sollicitant te vervullen, of mag hij een werknemer die alleen in deeltijd wil werken weigeren? Al in 1997 meende Asscher-Vonk dat de wetgever dat niet beoogde met de regeling, omdat dit zou betekenen dat er een recht op deeltijdarbeid zou zijn gerealiseerd.¹⁴⁹ Inmiddels kennen wij door de WAA wel een recht op deeltijd. Gezien het feit dat een werknemer eerst een jaar in dienst moet zijn bij de werkgever voordat hij op grond van artikel 2 WAA recht heeft op honorering van een verzoek op aanpassing van zijn arbeidsduur, lijkt het onwaarschijnlijk dat de werkgever tot inwilliging van die wens verplicht is bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Wat betekent het dan, dat de werkgever geen onderscheid naar arbeidsduur mag maken bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst? Te denken valt aan de situatie waarbij de werkgever werkervaring die de werknemer in een eerdere baan heeft opgedaan niet, of minder meetelt in zijn afweging om voor de ene dan wel de andere kandidaat te kiezen. Overigens zijn de partijen op dat moment nog in de pre-contractuele fase en ligt het meer voor de hand om artikel 5, eerste lid, onder a AWGB van toepassing te laten zijn. Nadeel daarvan is dan echter weer dat indirecte discriminatie moet worden aangetoond.

Ook bij het opzeggen van een arbeidsovereenkomst mag op grond van artikel 7:648 BW geen onderscheid worden gemaakt naar arbeidsduur. Aangenomen mag worden dat dit verbod geldt voor elke beëindigingswijze. In het arrest Kachelmann speelde de vraag of bij een ontslag vanwege bedrijfseconomische redenen moet worden afgeweken van een bepaalde ontslagvolgorde ten gunste van werknemers die waarschijnlijk minder makkelijk een nieuwe baan kunnen vinden, in dit geval deeltijders.¹⁵⁰ Het Hof van Justitie beantwoorde deze vraag ontkennend, nadat de A-G. Saggio de vraag bevestigend had beantwoord. In andere woorden, volgens het Hof van Justitie hoeft er ook weer geen sprake te zijn van bevoordeling van deeltijdwerkers om maatschappelijke ongelijkheid, of zoals het in het arrest wordt genoemd sociale ongelijkheid, te bestrijden.

2.2.3 Onderscheid naar arbeidsduur gedurende de loop van de arbeidsovereenkomst

Wanneer is sprake van onderscheid naar arbeidsduur in de arbeidsvoorwaarden die tot benadeling leidt? Het antwoord op deze vraag is niet zo heel eenvoudig te geven. Asscher-Vonk formuleert het probleem als volgt: Onderscheid is het ongelijk behandelen van gelijke gevallen. Allereerst moet men dus vaststellen wanneer gevallen gelijk zijn, en welke

¹⁴⁹ I.P. Asscher-Vonk, Het verbod van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur in artikel 7:648 BW, *SMA* 1997, p. 390.

¹⁵⁰ C-322/98

gevallen als ongelijk worden gekenmerkt.¹⁵¹ Over het algemeen gaat het echter niet om casus waarbij objectief duidelijk is vast te stellen dat de deeltijder voor hetzelfde werk per gewerkt uur een lager loon ontvangt dan de voltijder.¹⁵²

Is er in de volgende zaak sprake van een gelijk geval en van benadeling? In een collectieve arbeidsovereenkomst is de bepaling opgenomen dat de werknemer voor elk uur overwerk een vergoeding ontvangt van 125% van zijn gebruikelijke uurloon. Een werknemster werkt normaal gesproken 18 uur per week. In een drukke periode werkt zij geregeld meer dan haar overeengekomen arbeidsduur. Op haar loonstrookje vindt zij dat haar werkgever haar over die uren haar gewone uurloon heeft uitbetaald. De werkgever meent dat van overwerk pas sprake is als er over meer uren wordt gewerkt, dan in de onderneming als de volle arbeidsduur wordt beschouwd. Als hij haar een overwerkopslag zou toekennen over elk uur dat zij buiten haar overeengekomen arbeidsduur werkt, dan zou dat ten gevolg hebben dat hij haar over haar 19de uur een hoger loon uitkeert dan het loon over hetzelfde uur dat hij aan een collega uitkeert die voltijds werkt. De werkgever is van mening dat hij in dat geval de voltijder zou discrimineren. Rekenkundig lijkt deze werkgever het gelijk aan zijn kant te hebben. Feitelijk betekent het echter dat een deel van de werknemers in de onderneming, de deeltijders, waarvan een relatief hoog percentage vrouw is, structureel minder loon ontvangt over overwerkuren. Het Hof van Justitie had kunnen redeneren dat voor elk extra uur dat een werkgever van zijn werknemer 'koopt', boven op de prijs die zij voor normale uren zijn overeengekomen, een gelijke opslag moet worden uitgekeerd. Het Hof van Justitie oordeelde echter in het arrest Helmig dat deze werkgever zich niet schuldig had gemaakt aan onderscheid op grond van arbeidsduur.¹⁵³ “Het Hof oordeelt dat van ongelijke behandeling sprake is, als de totale beloning die aan voltijdwerknemers wordt betaald, bij hetzelfde aantal uren dat uit hoofde van een dienstbetrekking is gewerkt, hoger is dan aan deeltijdwerknemers wordt betaald. In de onderhavige gevallen nu ontvangen de deeltijdwerknemers bij een gelijk aantal arbeidsuren echter dezelfde totale beloning als voltijdwerknemers. Zo ontvangt een deeltijdwerknemer met een contractuele arbeidstijd van achttien uur voor het negentiende uur dezelfde totale beloning als een voltijdwerknemer voor negentien arbeidsuren ontvangt. De deeltijdwerknemer ontvangt eveneens dezelfde totale beloning als de voltijdwerknemer wanneer hij de normale

¹⁵¹ I.P. Asscher-Vonk, Het verbod van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur in artikel 7:648 BW, *SMA* 1997, p. 391.

¹⁵² *JAR* 1993/34, waarin de CGB oordeelde dat de werkgever in dit geval geen indirect onderscheid naar geslacht maakt door deeltijd- en voltijdwerkers een gelijk netto uurloon te betalen. Het verschil tussen beide groepen is daarvoor te klein.

¹⁵³ HvJ EG 15 december 1994, C-399/92, *NJCM-Bulletin* 1995, 239-244 m.nt. Heerma van Voss

CAO-arbeidstijd overschrijdt, want dan ontvangt ook hij de toeslag voor overuren. Derhalve moet worden vastgesteld, dat de betrokken bepalingen geen verschil in behandeling tussen voltijd- en deeltijdwerknemers teweegbrengen en dat van discriminatie in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag en artikel 1 van de richtlijn dan ook geen sprake is.”

Het Hof van Justitie volgt hier de *pro-rato* benadering. Dat wil zeggen dat per arbeidsuur een bepaalde vergoeding wordt toegekend, die gelijk moet zijn. De *pro-rato* behandeling kan ook tot verboden onderscheid leiden. Bijvoorbeeld als een bepaalde onkostenvergoeding per gewerkt uur wordt berekend. Een deeltijder die op vijf dagen in de week werkt heeft echter dezelfde reiskosten als een voltijder. In dat geval dient niet de *pro-rato*, maar een *identieke* behandeling plaats te vinden.

De *pro-rato* benadering in de uitspraak Helmig van het Hof van Justitie leidde in Nederland tot veel kritiek.¹⁵⁴ Na in eerste instantie de uitspraak te hebben gevolgd, is inmiddels de CGB overgestapt op een andere lijn.¹⁵⁵ In 2000 is de CGB in een overwerkzaak tot het oordeel gekomen dat wel sprake was van onderscheid.¹⁵⁶ In dat geval was onderscheid gemaakt naar overwerk en meeruren, dat wil zeggen uren die liggen tussen de overeengekomen arbeidsduur van de deeltijdwerker en de voltijdsnorm in de onderneming. Deze werden verschillend beloond. In een recente zaak kwam de CGB ook tot het oordeel dat er sprake is van verboden onderscheid naar arbeidsduur. De werkgever had de deeltijd werknemster alleen winstdeling uitgekeerd over de vooraf overeengekomen 26 arbeidsuren per week. Niet meegerekend werden haar structurele, binnen de arbeidstijd gewerkte extra uren (meeruren).¹⁵⁷

De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat geen sprake was van verboden onderscheid op grond van artikel 125g AW ten aanzien van een in deeltijd werkende Officier van Justitie.¹⁵⁸ Zij ontving naar rato van haar aanstelling een tegemoetkoming in de premie die zij voor haar ziektekostenverzekering betaalt. De CGB had op grond van artikel 125g AW de conclusie getrokken dat van een verboden onderscheid naar arbeidsduur wel sprake was.¹⁵⁹ Onder meer omdat de tegemoetkoming in de ziektekosten geen in de tijd opgebouwd beloningsaspect kent, bij wijze van lumpsum wordt toegekend, bedoeld is om specifieke kosten te bestrijden en deel uitmaakt van een stelsel van lastenverdeling dat er

¹⁵⁴ R. Holtmaat, Deeltijdwerk, gelijkheid en gender. Een beschouwing n.a.v. de zaak Helmig inzake overwerkvergoedingen voor deeltijdwerkers, *Nemesis* 1996, p. 4-17, en A. Veldman, De bescheiden functie van eht gelijkheidsbeginsel, *Nemesis* 1996, p. 31-38.

¹⁵⁵ W.M. Blom, Overwerkvergoeding voor deeltijdwerknemers; nieuwe inzichten, *Arbeidsrecht* 2001/5, p. 4-7.

¹⁵⁶ oordeel 2000-97

¹⁵⁷ oordeel 2001-05

¹⁵⁸ 98/6140 AW

¹⁵⁹ oordeel 97-142

op gericht is ambtenaren die niet ingevolge de Ziekenfondswet verplicht verzekerd zijn in een met verplicht verzekerden vergelijkbare positie te brengen. De Centrale Raad volgde dit oordeel niet en aanvaardde de door de werkgever gevolgde *pro-rato* redenering.¹⁶⁰

“Blijkens de wetsgeschiedenis levert een verschil in behandeling naar arbeidsduur slechts een onderscheid in de zin van artikel 125g van de AW op indien dit verschil tot benadeling leidt. Van benadeling is naar de bedoeling van de wetgever in het algemeen geen sprake indien de arbeidsvoorwaarde - bijvoorbeeld de bezoldiging of een toeslag als de vakantie-uitkering - evenredig is aan de omvang van de vastgestelde arbeidsduur. Uit de aard of de strekking van een arbeidsvoorwaarde kan voortvloeien dat die evenredigheid wel tot benadeling leidt. De memorie van toelichting noemt als voorbeelden: verlof voor gevallen waarin de werknemer wegens een bijzondere gebeurtenis verhinderd is om te werken, vergoeding van een in het kader van de werkzaamheden verplichte opleiding en vergoeding van onkosten die met het werk samenhangen.”¹⁶¹

In de andere aan het Hof van Justitie voorgelegde zaak, ging het om een werkneemster die, net als in de zaak Helmig, een deel van haar vrije tijd beschikbaar stelde in het belang van haar werk. Het Hof van Justitie oordeelde in deze zaak weer wel dat sprake is van indirecte discriminatie.¹⁶² Werkneemster is lid van de OR. Zij werkt 4 dagen per week. Eind 1990 heeft zij een cursus gevolgd in verband met het werk voor de OR, welke cursus deels plaatsvond op haar vrije dag. In tegenstelling tot de overige OR-leden, die voltijd werken, heeft werkneemster geen betaling ontvangen voor deze dag. Zij acht deze handelwijze discriminerend. Het Bundesarbeitsgericht deelt dit oordeel niet en is voorts van mening dat het lidmaatschap van de OR een ereambt is, waarvoor geen speciale compensatie dient te worden betaald.

Naar het oordeel van het Hof van Justitie valt een regeling als de onderhavige onder art. 119 EEG, nu dit artikel betrekking heeft op alle voordelen die door de werkgever, direct of indirect, uit hoofde van de dienstbetrekking worden toegekend. De regeling heeft tot gevolg dat deeltijdwerkers die lid zijn van de OR bij hetzelfde aantal gewerkte uren een lagere totale bezoldiging ontvangen dan voltijdwerknemers in dezelfde situatie. Nu het merendeel van de deeltijdwerkers vrouw is, is de regeling aldus in beginsel discriminerend. Het is aan de nationale rechter om te bepalen of de ongelijke behandeling op grond van objectieve factoren wordt gerechtvaardigd. Daarbij benadrukte het Hof van Justitie dat een

¹⁶⁰ Een uitgebreide verhandeling over dit verschil van inzicht in de casus tussen CGB en CRvB wordt gegeven in: E. Cremers, De behandeling van deeltijders en het verbod van onderscheid naar arbeidsduur, *PS Documenta*, 2000, nr. 7, p. 848-860.

¹⁶¹ Zie ook CRvB 25 november 1999, *AB* 2000, 53 (m.nt. Holtmaat); *JB* 1999, 307 (m.nt. Gerards); *USZ* 2000, 10 (m.nt. Wentholt)

¹⁶² HvJ EG, 6 februari 1996 nr. C-457/93, *JAR* 1996/45

regeling als in het geding vrouwen ontmoedigt om lid te worden van een OR of daarvoor de nodige kennis te verwerven, waardoor het moeilijker wordt hen in de OR te laten vertegenwoordigen.¹⁶³

In de volgende zaak oordeelt het Hof van Justitie ook dat sprake is van verboden onderscheid.¹⁶⁴ Om voor vrijstelling van het toegangsexamen tot het beroep van belastingadviseur in aanmerking te komen moeten ambtenaren van de Duitse belastingdienst ten minste vijftien jaar ervaring hebben. Een werkneemster werkt al vijftien jaar bij de dienst en dient een verzoek in om voor vrijstelling in aanmerking te komen. Haar verzoek wordt afgewezen, omdat ze in deeltijd heeft gewerkt. De termijn wordt naar evenredigheid verlengd. Om aan een even groot aantal gewerkte urenervaring te komen moet een deeltijder nu eenmaal gedurende langere tijd arbeid verrichten. Het Hof van Justitie oordeelt dat in dit geval geen sprake is van ongelijke beloning van mannen en vrouwen, omdat er geen sprake is van automatische bevordering na verloop van een bepaalde periode en dus niet met zekerheid kan worden gesteld dat verzoekster loon misloopt. Het geschil heeft derhalve geen betrekking op de bepalingen die ongelijke beloning verbieden van artikel 119 EG (oud, 141 EG nieuw) en richtlijn 75/117/EG. Wel is de regeling indirect discriminerend wegens strijd met richtlijn 76/207/EG, die onder meer betrekking heeft op gelijke behandeling ten aanzien van de promotiekansen, nu meer vrouwen dan mannen in hun promotiekansen worden beperkt. De groep die wordt getroffen bestaat voor 92,4% uit vrouwen. De zienswijze dat een bepaalde diensttijd vereist is omdat eerst dan een bepaald niveau van kennis of ervaring kan worden bereikt, is hiervoor onvoldoende rechtvaardiging. Uit een dergelijke generaliserende uitspraak kunnen geen objectieve criteria die los staan van discriminatie worden afgeleid. Het vereiste van een langere diensttijd bij deeltijdwerk is enkel gerechtvaardigd als de individuele omstandigheden van het geval en het verband tussen de aard van de functie en de daarmee na enige tijd opgedane ervaring een dergelijke diensttijd vergen. Ook de CGB oordeelde in een zaak die betrekking had op de rechterlijke macht, dat het beperkt meetellen van in deeltijd gewerkte jaren bij het bepalen van een rang bij een benoeming indirecte discriminatie oplevert.¹⁶⁵

Een aantal maal hebben het Hof van Justitie en de nationale rechter geoordeeld over de beperkte opbouw van pensioenrechten door het werken in deeltijd.¹⁶⁶ Zo was bijvoorbeeld werkneemster Dietz van 1972

¹⁶³ Zie ook Ktg. Groenlo 5 juli 1999, *JAR* 1999/165.

¹⁶⁴ Kording: HvJ EG 2 oktober 1997, C-100/95, *JAR* 1997/251, zie ook Nimz HvJ EG 7 februari 1991, *NJ* 1993, 171

¹⁶⁵ CGB 30 september 1993, *JAR* 1993/237

¹⁶⁶ 170/84, Bilka, *Jurispr.* 1986, p. 1607; (zaak C-57/93, Vroege, *Jurispr.* 1994, p. I-4541) Magorrian: Bedrijfspensioen, datum ingang

tot 1990 als deeltijd-bejaardenhelpster werkzaam. Zij had op grond van het feit dat zij in deeltijd had gewerkt geen recht op pensioen. In 1990 ging zij vrijwillig met de VUT. Haar werkgeefster was verplicht aangesloten bij een bedrijfspensioenfonds. Per 1 januari 1991 kregen ook deeltijders recht op pensioen omdat op dat moment moest worden voldaan aan EG verplichtingen met betrekking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Werkneemster stelde dat zij, had zij dit geweten, later met de VUT zou zijn gegaan om aanspraak op pensioen te kunnen maken. Het Hof van Justitie oordeelt dat ook de verplichte deelneming aan een pensioenfonds loon is in de zin van artikel 119 EG (nu 141 EG). Dat brengt met zich mee dat ongelijke behandeling van deeltijders ten aanzien van een pensioenvoorziening niet is toegestaan. Een werknemer dient wel premies te betalen als hij alsnog pensioen krijgt.¹⁶⁷

Bij deze uitspraken moet worden bedacht dat al deze zaken werden gewezen op een moment dat de EG-richtlijn over deeltijdarbeid nog niet was aangenomen door de Raad. De kwesties werden beoordeeld aan de hand van artikel 141 EG (119 EG oud) en de richtlijnen uit 1975 en 1976. Dat betekende dat steeds op grond van statistische gegevens moet worden aangetoond dat er sprake was van indirect onderscheid in de zin dat in de groep deeltijders vrouwen onevenredig oververtegenwoordigd waren. In de woorden van Gerritsen; deeltijd was ook in het Europese nog geen verdacht criterium.¹⁶⁸

2.2.4 Objectieve rechtvaardigingsgronden

Als de vraag of er sprake is van verboden onderscheid op grond van arbeidsduur bevestigend (met of zonder het leerstuk van de indirecte discriminatie) is beantwoord, moet nog worden onderzocht of er wellicht een objectieve rechtvaardigingsgrond is aan te wijzen. Voor de beantwoording van die vraag moet ook worden gekeken naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie, de Commissie Gelijke Behandeling en de nationale jurisprudentie.¹⁶⁹ Al vanaf de eerste arresten is het Hof van Justitie ertoe overgegaan criteria voor rechtvaardigingsgronden te formuleren. In het arrest Jenkins ontvingen deeltijders 10% minder loon, omdat de werkgever hen wilde stimuleren voltijds te gaan werken. Het Hof van Justitie aanvaardde deze rechtvaardigingsgrond niet.¹⁷⁰

Deutsche Telekom AG/Schroder: 10-2-2000, uitsluiting deeltijdwerkers van bedrijfspensioenregeling is indirect discriminerend ontslag vanaf Defrenne II, 43/75 8 april 1976)

¹⁶⁷ HvJ EG C-435/93, JAR 1997/25

¹⁶⁸ Arbeidsovereenkomst, aantekening 2 bij artikel 7:648 BW (A.M. Gerritsen).

¹⁶⁹ I.P. Asscher-Vonk, C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling regels en realiteit*, Sdu, 's Gravenhage 1999, p. 125.

¹⁷⁰ C-96/80 31 maart 1981

In het arrest Bilka-Weber formuleerde het Hof van Justitie een leidraad voor de toets of een objectieve rechtvaardigingsgrond stand houdt.¹⁷¹ Deeltijders kwamen alleen in aanmerking voor de pensioenregeling als ze over 20 jaar ten minste 15 jaar voltijds hadden gewerkt. Het Hof van Justitie stelde allereerst vast dat het verbod van indirecte discriminatie ook ziet op 'unintentional' discriminatie. Ten aanzien van een eventueel aanwezige objectieve rechtvaardigingsgrond oordeelt het Hof van Justitie dat daarvan slechts sprake kon zijn in geval:

- de gekozen middelen aan een werkelijke behoefte van de onderneming beantwoorden;
- geschikt zijn om het om het door haar beoogde doel te bereiken;
- en daarvoor ook noodzakelijk zijn.

In rechtstheoretische termen betekent dat, dat de gekozen middelen moeten voldoen aan eisen van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. Overigens oordeelde het Hof van Justitie dat daarvan in de zaak Bilka-Weber geen sprake was.

De norm kan ook op wetgeving worden toegepast, met dien verstande dat de term 'onderneming' in de zin achter het eerst gedachtestreepje hierboven moet worden vervangen door 'samenleving'. In de zaak Rinner-Kuhn waren in een wettelijke regeling deeltijders die minder dan 10 uur per week of 45 uur per maand werkten uitgesloten van loondoorbetaling tijdens ziekte. De Duitse regering voerde ter rechtvaardiging aan dat deze deeltijders niet in dezelfde mate als voltijders in het bedrijf zouden zijn geïntegreerd. Het Hof van Justitie wees die zienswijze af met het argument dat de overwegingen niet meer waren dan generaliserende uitspraken ten aanzien van bepaalde categorieën werknemers, waaraan geen objectieve criteria konden worden ontleend. Niet kon aannemelijk worden gemaakt dat een noodzakelijke doelstelling van sociaal beleid in het geding was.¹⁷² In Duitsland worden sommige dienstverbanden uitgesloten van wettelijke regelingen met betrekking tot pensioen en sociale zekerheidsregelingen. Deze dienstverbanden worden 'beperkt' genoemd. Het gaat daarbij om arbeid die, wanneer daarbij aan alle sociale regelgeving zou moeten worden voldaan, al gauw tot toename van illegale arbeid zou leiden. Het Hof van Justitie achtte de uitsluiting objectief gerechtvaardigd. De lidstaten genieten een ruime beoordelingsmarge bij het kiezen van maatregelen die geschikt zijn voor de verwezenlijking van hun doelstellingen van sociaal - en werkgelegenheidsbeleid en in dit geval had dat niets van doen met discriminatie naar geslacht.¹⁷³ Dat betekent overigens niet dat een werkgever die een werknemer in dienst heeft op grond van een beperkt dienstverband, ook is toegestaan deze werknemer anders te behandelen dan een voltijder. In Krüger oordeelde het Hof van

¹⁷¹ C-170/84, 13 mei 1986

¹⁷² C-171/88, 13 juli 1989, hierover Burri 2000, p. 328

¹⁷³ HvJ EG 14 december 1995, C-317/93 Nolte, zie ook HvJ EG 14 december 1995, C-444/93 Megner

Justitie dat de werknemer met een beperkt dienstverband evenals de andere werknemers recht had op een kerstgratificatie.¹⁷⁴

In de zaak Hill werkten de werknemers aanvankelijk in tweelingbanen, de ene week wel, de andere niet.¹⁷⁵ Toen zij voltijds gingen werken werden zij volgens het gekozen beloningssysteem lager ingeschaald dan voorheen omdat hun dienstjaren maar voor de helft werden meegeteld voor het vaststellen van de anciënniteit. Alle aangevoerde rechtvaardigingsgronden werden door het Hof van Justitie verworpen. Het argument dat dit een beloningssysteem was waarmee de motivatie de inzet en het moreel van het personeel op peil zou blijven werd als irrelevant terzijde geschoven. Wat de rechtvaardiging op economische gronden betreft, stelde het Hof van Justitie, dat een werkgever discriminatie die het gevolg is van een systeem van tweelingbanen, niet kan rechtvaardigen op de enkele grond dat het vermijden van die discriminatie hogere kosten voor hem zou meebrengen.

2.2.5 Sancties

De sanctie op overtreding van het verbod van onderscheid naar arbeidsduur moet als resultaat hebben dat de benadeling die is ontstaan ten aanzien van de deeltijder wordt opgeheven.

Het eerste lid van artikel 7:648 BW bepaalt dat een opzegging van een arbeidsovereenkomst in strijd met het verbod van onderscheid naar arbeidsduur vernietigbaar is. Hetzelfde geldt voor het geval een werknemer wordt opgezegd, omdat hij een beroep heeft gedaan op het artikel. Omdat artikel 7:647 tweede en derde lid BW analoog wordt toegepast, moet de werknemer de nietigheid binnen twee maanden na de opzegging inroepen en verloopt de rechtsvordering na zes maanden. Elk beding in strijd met het eerste lid van artikel 7:648 BW is nietig.

Door het inroepen van de nietigheid van een opzegging of een beding in een collectieve of individuele arbeidsovereenkomst hoeft geen oplossing voor de ongelijke behandeling te ontstaan. Er kan ook een vacuüm ontstaan. Over het algemeen zal het wel mogelijk zijn om de deeltijders gelijk aan voltijders te behandelen, om zo de ongelijkheid ongedaan te maken. Niet is direct duidelijk op welke wijze een schade die is ontstaan door ongelijke behandeling van deeltijders moet worden gecompenseerd. In zaken waar het niet direct om een financieel verlies gaat, maar bijvoorbeeld om een verslechtering van carrièreperspectieven, kan de norm van het Dekker-arrest worden aangehouden. Deze luidt dat de te treffen sanctie een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming dient te verzekeren en afschrikkende werking moet hebben.¹⁷⁶

¹⁷⁴ HvJ EG 9 september 1999, C-281/97, *JAR* 1999/215.

¹⁷⁵ *JAR* 1998/170, C-243/95

¹⁷⁶ C-177/88, HR 13 april 1991, *NJ* 1992, 225

2.3 Aanpassing arbeidsduur

2.3.1 Aanpassing arbeidsduur voor de WAA

Ook vóór juli 2000, de datum van inwerkingtreding van de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA), werden al verzoeken om aanpassing van de arbeidsduur tot de werkgever gericht. Daarbij ging het altijd om een verzoek tot vermindering van de arbeidsduur, meestal in verband met het feit dat een werkneemster een kind had gekregen en in verband met de opvoeding haar arbeidsduur en –tijden structureel wilde aanpassen. Zeker na de invoering van artikel 7:644 BW, waarin het wettelijk recht op ouderschapsverlof is geregeld, nam het aantal verzoeken toe. Wanneer de werkgever niet wilde instemmen met een door de werknemer voorgestelde wijziging van de arbeidsovereenkomst was een beroep op de rechter niet geheel kansloos, althans in de tweede helft van de jaren negentig. Het in het begin van de jaren negentig door onder meer Olbers en Wentholt bepleitte recht van op een deeltijdbetrekking in verband met zorgtaken kreeg enigszins gestalte, hoewel het steeds een gok bleef of de kantonrechter een verzoek zou honoreren.¹⁷⁷ De werknemer kon verschillende normen invoeren om het verzoek te ondersteunen. Als juridisch geschut konden dienen artikel 6:258 BW wijziging van de overeenkomst vanwege onvoorziene omstandigheden, ingevuld met de norm van goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW. Er ontstond een grillige lijn in de jurisprudentie, waarbij het verzoek tot aanpassing de ene keer wel en de andere keer weer niet werd gehonoreerd, zonder dat de overeenkomsten of verschillen in de omstandigheden van de casus daartoe aanleiding gaven.¹⁷⁸ Deze geschiedenis lijkt met de komst van de WAA een gepasseerd station, ware het niet dat de jurisprudentie nog een rol zou kunnen gaan spelen bij de vraag of sprake is van zodanig zwaarwegende belang dat de werkgever een verzoek om aanpassing mag weigeren. Ook werden in het verleden wel pogingen tot wijziging van de arbeidsduur ondernomen door de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk te ontbinden. Dit verzoek werd overigens vaak niet gehonoreerd omdat een flink aantal kantonsrechtters meende dat deze procedure niet was geëigend om de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen bij een overeenkomst vast te stellen.¹⁷⁹

¹⁷⁷ M.M. Olbers, Recht op een deelbetrekking in verband met zorgtaken voor kinderen, *SR* 1992-12, p. 332-336.

¹⁷⁸ Zie voor een (beperkt) overzicht van de jurisprudentie de brief die de staatssecretaris naar de Tweede Kamer stuurde ter illustratie van wat onder zwaarwegende belangen in artikel 2, lid 8 WAA zou moeten worden verstaan. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 358, nr. 25.

¹⁷⁹ M.M. Olbers, Recht op een deelbetrekking in verband met zorgtaken voor kinderen, *SR* 1992-12, p. 335.

2.3.2 Wet aanpassing arbeidsduur

De Wet aanpassing arbeidsduur kwam in als eerste aan de finish na een wetgevingsrace met vier deelnemers. In 1993 diende GroenLinks fractievoorzitter Rosenmüller bij de Tweede Kamer een initiatiefvoorstel in, waarin naast een wettelijke aanspraak voor deeltijdwerkers op gelijke behandeling ook een wettelijke aanspraak voor werknemers om de arbeidstijd te verminderen was opgenomen.¹⁸⁰ Dit voorstel werd in december 1997 in de Eerste Kamer verworpen. Rosenmüller liet het er niet bij zitten. Hij vond medestanders en diende februari 1998 een nieuw initiatiefvoorstel in.¹⁸¹ Dit voorstel voorzag in een nieuwe bepaling in de ATW. Niet alleen behelsde het een recht tot vermindering van de arbeidsduur maar ook een mogelijkheid tot vermeerdering. Bijna tegelijkertijd, in april 1998 diende het CDA Tweede Kamerlid Bijleveld-Schouten een initiatiefwetsvoorstel in dat onder meer ook het recht op deeltijdarbeid inhield.¹⁸² Zij wilde de kwestie in het BW regelen. Inmiddels was door al deze wetsvoorstellen gebleken dat het draagvlak voor een recht op aanpassing van de arbeidsduur groot was. Bij de verschillende initiatieven waren GroenLinks, de Partij van de Arbeid, D'66 en het CDA betrokken. Bij de kabinetsformatie voor Paars II werd dan ook het voornemen in het regeerakkoord opgenomen om dit onderwerp als onderdeel van een Wet arbeid en zorg (WAZ) te regelen.¹⁸³

Op 1 juli 2001 trad de Wet aanpassing arbeidsduur in werking.¹⁸⁴ Vanaf dat moment hebben de werknemer en de ambtenaar¹⁸⁵ die al minstens een jaar werkzaam zijn in een onderneming waar ten minste 10 werknemers in dienst zijn, het recht om éénmaal per twee jaar een verzoek om vermindering of vermeerdering van zijn arbeidsduur tot zijn werkgever te richten. De werkgever is in beginsel verplicht om dat verzoek in te willigen. Alleen als zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen ten aanzien van het tijdstip van ingang en de omvang van de aanpassing zich tegen aanpassing van de arbeidsduur verzetten, is hij gerechtigd het verzoek af te wijzen. De WAA scheidt als het ware voor de werknemer een permanent eenzijdig wijzigingsbeding met betrekking tot de arbeidsduur.

2.3.3 Werknemer en werkgever in de WAA

¹⁸⁰ *Kamerstukken II 1992/93*, 23 216.

¹⁸¹ Wet bevordering deeltijdarbeid en differentiatie van de arbeidsduur, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 902.

¹⁸² *Kamerstukken II 1997/98*, 26009, 23 april 1998.

¹⁸³ *Kamerstukken II 1997/98*, 26 358, zie voor de parlementaire geschiedenis Kuip & Verhulp 2000, p. XV-XVII.

¹⁸⁴ *Stb.* 2000, 114, Wet van 19 februari 2000, houdende regels inzake het recht op aanpassing arbeidsduur.

¹⁸⁵ M.u.v. de militair, voor wie krachtens art. 2, tweede lid WAA een speciale AMvB wordt opgesteld.

Onder werkgever wordt krachtens art. 1, onder a. WAA verstaan degene die een ander krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publieke aanstelling arbeid laat verrichten. Dat brengt met zich mee dat onder werknemer niet alleen degene die arbeid verricht op grond van een arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:610 BW wordt verstaan, maar ook de ambtenaar. De keuze voor een zelfstandige wet maakt het mogelijk om het recht voor zowel werknemers als ambtenaren op één plek te regelen. Tijdens de parlementaire behandeling van de wet werd meermalen naar voren gebracht dat men regeling in het Burgerlijk Wetboek wenselijk vond. Ook de Raad van State adviseerde dat.¹⁸⁶ Het kabinet gaf echter de voorkeur aan een zelfstandige wet, omdat het uiteindelijk de bedoeling is om alle materiele voorschriften over aanpassing van arbeidsduur en verlof onder te brengen in een (vooralsnog toekomstige) algemene wet Arbeid en Zorg (AWAZ). De doelgroep van de AWAZ is breed en bestaat uit werknemers en ambtenaren en ook, waar dat aan de orde is, uit zelfstandigen en uitkeringsgerechtigden.¹⁸⁷

Voor rijksambtenaren gold reeds vóór 1 juli 2000 art. 21b ARAR dat bepaalt dat de ambtenaar het recht heeft om, op zijn verzoek, in deeltijd te gaan werken, tenzij hieruit bezwaren voor de dienst voortvloeien. Deze bepaling, die slechts vermindering van de arbeidsduur behelst, is ingehaald door het recht op aanpassing van de arbeidsduur van de WAA. Voor militairen geldt krachtens art. 2, tweede lid WAA dat het recht op aanpassing van de arbeidsduur wordt geregeld bij AMVB, dat materieel dezelfde voorschriften zal kennen als de WAA.¹⁸⁸

Vas Nunes merkt terecht op dat het recht op aanpassing van de arbeidsduur niet alleen toekomt aan 'gewone' werknemers doch evenzeer aan flexwerkers, zoals stukloners, oproepkrachten en uitzendkrachten.¹⁸⁹ In dit verband kan worden gesteld dat het begrip 'gewone' werknemer in elk geval voor wat betreft de arbeidsduur niet langer kan worden gehanteerd. De wet erkent dat het 'gewoon' is geworden dat de (gewenste) arbeidsduur van een werknemer in de loop van zijn arbeidsleven van tijd tot tijd verschilt.

Kleine werkgevers zijn uitgesloten van de WAA in de zin dat de werknemers van deze werkgever geen beroep op deze wet kunnen doen. Artikel 2, twaalfde lid WAA bepaalt dat dit artikel niet van toepassing is op een werkgever die minder dan 10 werknemers in dienst heeft. Daarbij is de omvang van de onderneming bepalend, niet van een vestiging.¹⁹⁰ Deze

¹⁸⁶ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 358, nr. A

¹⁸⁷ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 358, nr. 5, (nota n.a.v. het verslag) p. 2-3.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 358, nr. 5 (nota n.a.v. het verslag) p. 29-30.

¹⁸⁹ P.C. Vas Nunes, *De WAA: gedachten van een werkgeversadvocaat*, SMA 2000/1, p. 11.

¹⁹⁰ Ktg. Breda 30 maart 2001, *JAR* 2001/85.

werkgever dient een eigen regeling te treffen met betrekking tot het recht van de werknemers op aanpassing van de arbeidsduur. De wet voorziet niet in een sanctie op het niet naleven van deze verplichting, wat natuurlijk niet uitsluit dat de rechter dit de werkgever zal aanrekenen op het moment dat de werknemer een vordering instelt.¹⁹¹

Ook voor kleine werkgevers geldt overigens artikel 3, dat bepaalt dat de werkgever de arbeidsverhouding niet kan beëindigen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte heeft verzocht om aanpassing van de arbeidsduur. [*zie verder: opzegverbod*]

2.3.4 Moment van aanvraag

De werknemer kan de werkgever verzoeken om aanpassing van zijn arbeidsduur, indien de werknemer ten minste een jaar voorafgaand aan het beoogde tijdstip van ingang van die aanpassing in dienst is bij die werkgever (art. 2, derde lid WAA). Dat wil dus zeggen dat hij zijn verzoek al kan doen op de eerste dag dat hij in dienst is, maar dat de feitelijke aanpassing dan kan ingaan op het moment dat de werknemer een jaar in dienst is. Deze termijn van een jaar is gekozen omdat wordt verondersteld dat vanaf dat moment een zekere binding van de werknemer met de werkgever is ontstaan. Wanneer de werknemer binnen een jaar een verzoek tot de werkgever voor aanpassing van zijn arbeidsduur richt, dan valt dit verzoek niet onder de WAA, maar onder de werking van artikel 6:258 BW. In dat geval moet de werknemer een verzoek baseren op wijziging van de omstandigheden. Het beginsel van goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW zal moeten dienen als toetssteen.

De periode van een jaar kan ook worden volbracht met voorgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die door toepassing van artikel 7:668a BW zijn omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor de berekening van de termijn van een jaar van artikel 2, eerste lid WAA worden namelijk perioden waarin arbeid worden verricht samengeteld, mits die elkaar opvolgen met een onderbreking van niet meer dan drie maanden. Alleen de perioden waarin feitelijk arbeid wordt verricht dienen te worden opgeteld en samen een jaar te bedragen, dus niet ook de tussenliggende perioden zoals in artikel 7:668a, eerste lid BW.¹⁹² De regeling is van toepassing op perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een werknemer eerst de arbeid enige tijd als uitzendkracht heeft verricht en vervolgens in dienst is getreden bij de inlenende werkgever.

Volgens de laatste volzin van het derde lid van artikel 2 WAA kan de werknemer ten hoogste eenmaal per twee jaren nadat de werkgever een

¹⁹¹ Kuip & Verhulp 2000, p. 202.

¹⁹² Kuip & Verhulp 2000, p. 88.

verzoek om aanpassing van de arbeidsduur heeft ingewilligd of afgewezen, opnieuw een verzoek indienen.¹⁹³ De keuze voor twee jaar is gemaakt opdat de werknemer met enige regelmaat een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur kan doen, zonder dat dit leidt tot een frequente inbreuk op de continuïteit van de bedrijfsvoering.¹⁹⁴ Nadrukkelijk is de termijn gekoppeld aan een besluit van de werkgever. Als de aanpassing van de arbeidsduur van rechtswege is ingetreden door toepassing van het tiende lid van artikel 2 WAA, dan begint de termijn van twee jaar dus niet te lopen. De termijn van twee jaar is, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, niet erg hard.

De vraag is wat moet gebeuren wanneer binnen de termijn van twee jaar de omstandigheden van de werknemer zodanig veranderen, dat het op grond van de norm van goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW niet redelijk en billijk zou zijn om op een verzoek van de werknemer tot aanpassing van zijn arbeidstijd niet in te gaan, of het af te wijzen. De toets die over het algemeen in het kader van de toepassing van artikel 7:611 BW wordt toegepast is echter een heel andere dan die van de WAA. In het kader van de WAA is de reden waarom de werknemer aanpassing van zijn arbeidsduur wenst niet van belang. Wanneer de werknemer vermindering van zijn arbeiduren wenst, maakt het niet uit of hij in de vrijgekomen tijd wil gaan vissen of zijn kind verzorgen. Bij de toepassing van de norm van redelijkheid en billijkheid van artikel 7:611 BW wordt over het algemeen wel een afweging gemaakt tussen het belang van de werknemer en dat van de werkgever. In een zodanig geval zal de werknemer zijn belang zorgvuldig moeten formuleren en motiveren, hetgeen niet van hem wordt vereist in het kader van de WAA. Hij zal de gewijzigde omstandigheden moeten staven met feiten. Wanneer de werkgever het verzoek wil afwijzen, dan zal hij daarvoor een zwaarwegender belang moeten hebben dan de werknemer heeft bij inwilliging.

Ook kan het zo zijn dat zwaarwegende bedrijfsbelangen die de werkgever terecht heeft aangevoerd om zijn afwijzing van een verzoek te motiveren, binnen de termijn van 2 jaar vervallen. Wanneer de werkgever bijvoorbeeld een verzoek heeft afgewezen vanwege ernstige problemen van roostertechnische aard, dan kan het zo zijn dat door een wijziging van de roosterbepalingen in de collectieve arbeidsovereenkomst, dit zwaarwegende belang niet langer geldt. Ook in dat geval kan, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, de werknemer opnieuw ook binnen twee jaar na de afwijzing, een verzoek om aanpassing doen. In dat geval is sprake van een 'bijzonder geval', waarbij op grond van de beginselen van goed

¹⁹³ Een eerder verzoek dat is gedaan voor 1 juli 2000, op welk moment de WAA in werking trad, telt niet mee voor deze termijn. Ktg. Maastricht, 2 februari 2001, *JAR* 2001/49.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 15.

werkgeverschap de overige bepalingen van de WAA wel gewoon van toepassing zijn.¹⁹⁵

2.3.5 Het verzoek en het overleg

Het verzoek om aanpassing van de arbeidsduur wordt ten minste vier maanden voor het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing schriftelijk bij de werkgever ingediend onder opgave van het tijdstip van ingang, de omvang van de aanpassing van de arbeidsduur per week of, als de arbeidsduur over een ander tijdvak is overeengekomen, over dat tijdvak, en de gewenste spreiding van de uren over de week of het anderszins overeengekomen tijdvak (artikel 2, derde lid WAA). Met andere woorden, een verzoek moet tenminste de volgende drie elementen omvatten: ingangstijdstip, omvang en spreiding.¹⁹⁶

De voorwaarde dat het verzoek ten minste vier maanden voor het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing moet worden gedaan, geeft de werkgever een redelijke termijn waarbinnen hij de inrichting en de organisatie van het werk kan afstemmen op de wijziging. Die termijn is belangrijk omdat het tiende lid van artikel 2 WAA bepaalt dat de arbeidsduur wordt aangepast overeenkomstig het verzoek, indien de werkgever niet een maand voor het beoogde tijdstip van ingang op het verzoek heeft beslist. De werkgever heeft dus feitelijk drie maanden om te beslissen.

In praktijk zal al snel het probleem kunnen ontstaan dat twee of meer werknemers tegelijkertijd een verzoek om aanpassing van hun arbeidsduur indienen. In beginsel moeten verzoeken in volgorde van binnenkomst worden behandeld. Een werkgever zal in praktijk de best functionerende werknemer de uitbreiding van het aantal uren willen gunnen. Het beginsel van goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW zal in de toekomst waarschijnlijk moeten worden ingeroepen om voor dit soort kwesties een redelijke oplossing te vinden.

Het schriftelijkheidsvereiste spreekt voor zich, een mondeling verzoek heeft niet de rechtsgevolgen van de WAA. De werknemer hoeft zijn verzoek niet te motiveren, hij hoeft niet de reden te geven waarom hij vermindering of vermeerdering van zijn arbeidsduur wenst. De werknemer hoeft ook niet aan te geven op welke wijze hij zijn arbeid zou willen wijzigen, welke taken hij wil laten vervallen, c.q. op zich zal nemen. Die onderwerpen komen aan de orde in het overleg dat de werkgever krachtens artikel 2, vierde lid WAA met de werknemer dient te voeren.

¹⁹⁵ *Hand.* I 1999/00, p. 614, hierover Kuip & Verhulp 2000, p. 105.

¹⁹⁶ Een verzoek dat slechts ziet op wijziging van de spreiding van de uren over de week, zonder dat om aanpassing van de arbeidsduur wordt verzocht valt buiten het bereik van de WAA. Een zodanig verzoek zal kunnen worden getoetst aan artikel 7:611 BW of artikel 4:1, eerste lid ATW. Ktg. Amsterdam 2 mei 2001, *JAR* 2001/113.

Ook de door de werknemer gewenste spreiding van de uren over de week hoeft door hem niet te worden gemotiveerd. In praktijk zal het onverstandig zijn om een motivering na te laten. Dat kan worden opgemaakt uit het feit dat de werkgever krachtens het zesde lid van artikel 2 WAA de gewenste spreiding van de uren kan wijzigen, indien hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Naar de letterlijke tekst van de wet gaat het niet om een belangenafweging, maar om de afweging tussen een wens en een belang. Toch lijkt het verstandig voor de werknemer bij het indienen van het verzoek rekening te houden met deze belangenafweging.

Een zodanige belangenafweging vindt niet plaats met betrekking tot het tijdstip van ingang en de omvang van de aanpassing. Op deze punten dient het verzoek te worden toegewezen, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten. Het is goed voorstelbaar dat een werknemer een aanpassing van de omvang van de arbeidsduur alleen maar wenst onder de voorwaarde van een bepaalde spreiding van de uren. Een werknemer kan een verzoek indienen om minder te gaan werken omdat dat zijn kind op vierjarige leeftijd naar school gaat en hij zijn werktijden aan de schooltijden wil aanpassen. De werknemer kan een daarmee overeenstemmende spreiding van zijn werktijden als voorwaarde opnemen in zijn verzoek, met de mogelijkheid om na de beslissing van de werkgever om de aanpassing toe te staan met uitzondering van de gewenste spreiding van de uren, alsnog af te zien van de aanpassing.¹⁹⁷

Op grond van artikel 2, vierde lid WAA moet de werkgever met de werknemer overleg voeren over diens verzoek. Als de werkgever het verzoek op al zijn onderdelen wil inwilligen, dan kan dat overleg natuurlijk erg kort duren. Wat zou het onderwerp van overleg kunnen zijn? Allereerst de drie elementen van het derde lid van artikel 2 WAA; tijdstip van ingang, omvang en spreiding van de uren. Denkbaar is ook dat in dit overleg aan de orde komt welke taken de werknemer na een voor hem gunstige beslissing (nog) zal gaan vervullen. Overleg heeft alleen maar zin als het doel ervan is tot overeenstemming te komen. Voor de werknemer heeft het overleg alleen maar zin als hij op de hoogte is geraakt van het feit dat er sprake is van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang ten aanzien van de datum van ingang en de omvang van de wijziging van de arbeidsduur. Wanneer daar immers geen sprake van is, dan dient het verzoek te worden ingewilligd en hoeft alleen over de spreiding van de uren nog overleg te volgen. Wanneer er wel een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang bestaat is het juist voor de werknemer van belang om in overleg te treden. Wanneer zijn verzoek wordt afgewezen, moet hij immers op grond van artikel 2, derde lid WAA twee jaar wachten voordat hij opnieuw een verzoek kan indienen. Een alternatief voor zijn verzoek, dat in overleg tot stand komt kan dan veel

¹⁹⁷ Arbeidsovereenkomst, commentaar bij de WAA, aantekening 9, (M.M. Olbers)

aantrekkelijker zijn. Aan de andere kant kan het belang dat de werkgever aandraagt naar mening van de werknemer niet voldoende zwaarwegend zijn. Als hij akkoord gaat met het alternatief, zal dat echter niet meer worden getoetst.

De werkgever moet ook overleg voeren over het verzoek als hij er van overtuigd is dat er een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang zich tegen de inwilliging ervan verzet. Wanneer hij daartoe niet overgaat laat hij de mogelijkheid voorbijgaan dat er in het overleg een alternatief voor het verzoek wordt gevonden, waar beide partijen mee kunnen leven. Omdat de verplichting om overleg te voeren op zijn schouders rust, zal het hem ook worden aangerekend dat de mogelijke alternatieven niet zijn overwogen.

Wonderlijk genoeg is het niet zo dat de werkgever in zijn besluit een bepaling moet opnemen over de taken die de werknemer nog zal uitvoeren of, bij vermeerdering van de arbeidsduur, zal gaan uitvoeren. Waarschijnlijk zal daarover voor een groot deel het overleg gaan.

2.3.6 Het besluit van de werkgever

De beslissing op het verzoek om aanpassing van de arbeidsduur dient krachtens het zevende lid van artikel 2 WAA door de werkgever schriftelijk aan de werknemer te worden meegedeeld. De werkgever moet de beslissing ten minste een maand voor het beoogde tijdstip van ingang nemen en aan de werknemer meedelen. Doet hij dat niet, dan wordt de arbeidsduur van rechtswege aangepast overeenkomstig de wens van de werknemer (artikel 2, tiende lid). De letterlijke tekst van deze artikelen lijkt toe te staan dat de werkgever het besluit in het kader van het tiende lid op tijd neemt en eventueel mondeling meedeelt, dat wil zeggen tenminste een maand voorafgaand aan de beoogde ingangsdatum, maar dat hij dat de werknemer in de maand voor de beoogde ingangsdatum pas schriftelijk laat weten. Die werkgever neemt daarmee echter onnodig risico. De wetsgeschiedenis laat zien dat een mondeling besluit op welk moment dan ook gedaan geen enkele rechtskracht bezit. Wanneer

Alleen een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang mag ten grondslag liggen aan de weigering om de arbeidsduur aan te passen, voor zover het betreft de datum van ingang en de omvang van de aanpassing. Wat moet daaronder worden verstaan? In artikel 2, achtste lid WAA wordt dit nader bepaald voor zover het een verzoek om vermindering van de arbeidsduur betreft. Daarvan zal in ieder geval sprake zijn indien die vermindering leidt tot ernstige problemen:

- a. voor de bedrijfsvoering bij de herbezetting van de vrijgekomen uren;
- b. op het gebied van de veiligheid;
- c. van roostertechnische aard.

Een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur kan krachtens lid 9 van artikel 2 WAA worden afgewezen als de wijziging zou leiden tot ernstige problemen:

- a. van financiële of organisatorische aard;
- b. wegens het niet voorhanden zijn van voldoende werk, of;
- c. omdat de vastgestelde formatieruimte of personeelsbegroting daartoe ontoereikend is.

De tekst van de bepalingen maakt duidelijk dat het geen limitatieve opsommingen betreft. De werkgever die een verzoek afwijst op grond van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang dient zijn afwijzing te motiveren en te staven met concrete cijfers en gegevens over mogelijke alternatieven, etc.¹⁹⁸ De jurisprudentie zal in de loop van de jaren duidelijkheid moeten gaan verschaffen over de invulling van deze normen. Gedurende de parlementaire geschiedenis kwamen vele voorbeelden aan de orde, zonder dat daaraan richtinggevende normen kunnen worden ontleend. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk of reeds sprake is van een ernstig probleem met betrekking van herbezetting wanneer de werkgever niet in staat is om in zijn eigen onderneming een vervanger te vinden, of dat daarvan slechts sprake is op het moment dat de arbeidsmarkt krap blijkt voor de betreffende functie. Vervolgens kan de vraag worden gesteld of van de werkgever mag worden verwacht dat hij (erg veel) kosten maakt om te onderzoeken of herbezetting mogelijk is. De enkele opmerking van de (detacherings)werkgever dat in zijn onderneming alle werknemers voltijds werken omdat al zijn opdrachtgevers een voltijds gedetacheerde wensen, werd door de kantonrechter te Groningen verworpen als onvoldoende zwaarwegend. De werkgever zal zijn acquisitie op het werken in deeltijd moeten gaan richten. Eerst als blijkt dat een bepaalde inzet niet haalbaar is, kan een zwaarwegend belang aanwezig worden geacht.¹⁹⁹ In praktijk zal een termijn van drie maanden waarbinnen de werkgever moet beslissen veelal te kort zijn om een andere werknemer te werven. De werkgever zal dus in vele gevallen een inschatting moeten maken en deze moeten motiveren.

Wanneer een werkgever een verzoek tot vermindering weigert, dan dient hij te motiveren welk zwaarwegend belang bedrijfs- of dienstbelang in zijn onderneming aan toekenning in de weg staat. Als de werknemer niet overtuigd is van de reden die de werkgever aandraagt, dan kan hij de vraag of er sprake van een zwaarwegend belang bedrijfs- of dienstbelang aan de kantonrechter voorleggen. In verband met de tijdsdruk kan hij een voorlopige voorziening vragen. Een werknemer die erg zeker is van zijn zaak, zou kunnen overwegen om vanaf het door hem gewenste tijdstip minder te gaan werken, wanneer zijn verzoek tot vermindering van de arbeidsduur is afgewezen. Dat zal echter al snel tot verslechtering van de

¹⁹⁸ *Hand. II* 1998/99, p. 5836.

¹⁹⁹ Ktg. Groningen 23 maart 2001, *JAR* 2001/87.

arbeidsverhouding leiden. Voor zover de werkgever het wegblijven van de werknemer als werkweigeren zal beschouwen en dat als dringende reden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst aanvoert, kan de werknemer zich beroepen op het opzegverbod van artikel 3 WAA.

Als een werkgever geen zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang kan inbrengen tegen het verzoek van de werknemer, dan rest hem geen keuze dan het verzoek in te willigen.²⁰⁰ Hij kan dan op grond van artikel 2, zesde lid WAA wel de door de werknemer gewenste spreiding van de te verminderen uren eenzijdig wijzigen, als hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Een standpunt ten aanzien van spreiding van de uren kan niet zomaar uit de lucht komen vallen. In een onderneming wordt al op grond van een bepaald arbeidspatroon gewerkt en zowel de werkgever als de werknemer kunnen daaraan argumenten ontleen. Op grond van artikel 4:1, eerste lid ATW dient de werkgever bij het voeren van zijn beleid terzake arbeids- en rusttijden, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van zijn werknemers. Tijdens de parlementaire behandeling van de WAA in de Eerste Kamer is de vraag aan de orde geweest of niet in meer algemene zin in de ATW een individueel afdwingbaar recht voor werknemers gecreëerd zou moeten worden met betrekking tot de spreiding van de uren.²⁰¹ Naar aanleiding van de evaluatie van de ATW merkte de minister hieromtrent op dat een zodanig individueel recht zijn inziens niet wenselijk zou zijn. De werkgever is op basis van het beginsel van goed werkgeverschap gehouden om de individuele wens en het collectieve belang tegen elkaar af te wegen op basis van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De werkgever behoort in beginsel positief te reageren op redelijke voorstellen van de werknemer, die verband houden met de (gewijzigde) privé-omstandigheden. Indien het individuele belang per definitie voorrang zou hebben boven het bedrijfsbelang zou dat al snel ten koste kunnen gaan van het bedrijfsbelang, waardoor het voor een werkgever onmogelijk wordt om een efficiënte en effectieve bedrijfsvoering te voeren.²⁰² De spreiding van de uren zal in praktijk een belangrijk onderwerp van het op grond van het vierde lid van artikel 2 WAA verplichte overleg zijn. Omdat ten aanzien van dit onderdeel geldt dat er wel degelijk een belangenafweging zal plaatsvinden, verdient het aanbeveling dat de werknemer ten aanzien van de spreiding van de uren zijn verzoek nadrukkelijk motiveert. Het besluit moet ook op dat punt op grond van het zevende lid weer door de werkgever schriftelijk worden gemotiveerd.

De meest voor de hand liggende zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang dat ten grondslag ligt aan een weigering om de arbeidsduur uit

²⁰⁰ Ktg. Haarlem 17 mei 2001, *JAR* 2001/117.

²⁰¹ *Hand. I*, 1999/00, nr. 16, p. 633-644.

²⁰² *Kamerstukken II* 2000/01, 27 865, nr. 1, p. 11.

te breiden, is dat de formatie niet bestaat. Een verzoek van een werknemer kan met name zin hebben als bijvoorbeeld een collega vertrekt, of op een bepaalde plek structureel oproep- of uitzendkrachten te werk worden gesteld.²⁰³ Daarbij moet worden opgemerkt dat het moet gaan om een uitbreiding van uren voor de eigen werkzaamheden. Wanneer het andere werkzaamheden betreft, dan gaat het om een interne sollicitatie, waarop zijn de regels van de WAA niet van toepassing zijn.

De juridische betekenis van het besluit van het zevende lid van artikel 2 WAA is groot. Als het verzoek (gedeeltelijk) wordt ingewilligd, dan wijzigt op het moment dat de werkgever het besluit neemt de arbeidsovereenkomst. Dat wil niet zeggen dat de feitelijke wijziging ook op dat moment ingaat, dat kan best tegen een latere datum.

Wat moet de werknemer doen die meent dat zijn verzoek ten onrechte is afgewezen? Het besluit kan verschillende mankementen vertonen;

1. Het is mondeling gegeven,
 2. Het is niet volledig, of lijdt aan een motiveringsgebrek,
 3. Ten onrechte heeft de werkgever een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang aangevoerd,
 4. Ten onrechte heeft de werkgever ten aanzien van de spreiding van de uren zijn belang laten prevaleren boven de wens van de werknemer,
 5. Het in overleg overeengekomen alternatief wordt niet uitgevoerd.
-
1. Als een besluit mondeling wordt gegeven, dan is het in de zin van de wet niet gegeven en treedt artikel 2, tiende lid WAA in werking. Dat wil zeggen dat als de werkgever niet alsnog schriftelijk beslist tot een maand voor de datum van ingang van de beoogde wijziging, de arbeidsduur wordt aangepast overeenkomstig het verzoek van de werknemer. Als de werknemer de gewenste spreiding van de uren heeft aangegeven in zijn verzoek, dan zal hij die kunnen toepassen. De werknemer zal in dat geval zelf moeten bepalen of, en hoe hij zijn takenpakket aanpast. Wanneer dat tot een conflict leidt, dan zal de werknemer de werkgever terecht kunnen tegenwerpen dat het ontstaan daarvan de werkgever is toe te rekenen. Voor een werknemer die een verzoek heeft ingediend tot vermeerdering van de arbeidsduur ligt de zaak wat ingewikkelder. Voor hem zullen wellicht geen taken beschikbaar zijn, of hij zal niet zijn ingeroosterd. De arbeidsovereenkomst wordt van rechtswege door toepassing van het tiende lid van artikel 2 WAA gewijzigd. Kuip en Verhulp zijn van mening dat de werknemer in dat geval naar de kantonrechter moet om de wijziging af te dwingen, omdat er geen wilsovereenstemming is ontstaan en een wijziging van de arbeidsovereenkomst alleen op

²⁰³ Ktg. Maastricht 2 februari 2001, *JAR* 2001/49.

die wijze tot stand kan komen.²⁰⁴ Met Vas Nunes ben ik van mening dat de werknemer, als hij zich beschikbaar houdt voor de te verrichten arbeid, op grond van artikel 7:628 BW een loonvordering kan instellen.²⁰⁵ Het niet-werken is voor risico van de werkgever.

2. Wanneer een besluit onvolledig is zou het in veel gevallen onrechtvaardig kunnen zijn om dezelfde 'sanctie' toe te passen als bij het volledig ontbreken van een schriftelijk besluit. De ernst van de tekortkoming zal ter beoordeling zijn aan de rechter.
3. De werknemer die meent dat zijn werkgever zijn verzoek ten onrechte heeft afgewezen zal het aangevoerde bedrijfs- of dienstbelang door de kantonrechter moeten laten toetsen. Hij zal dan vaststelling van de arbeidsduur conform zijn verzoek kunnen vorderen. Ook kan hij schadevergoeding vorderen voor het feit dat de aanpassing van de arbeidsduur later ingaat dan door hem was gewenst. Zijn schade zal dan bestaan uit het verschil tussen het loon dat hij voor zijn arbeid heeft ontvangen en het loon dat hij zou hebben ontvangen, als de werkgever zou hebben besloten de arbeidsduur aan te passen op grond van het verzoek van de werknemer. Hij kan geen loonvordering instellen op grond van toepassing van het tiende lid van artikel 2 WAA. Die bepaling geldt slechts indien de werkgever een maand voor het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing nog niet heeft beslist.²⁰⁶ Hoewel de vordering door de werknemer wordt ingesteld, kan er van worden uitgegaan dat de werkgever in die procedure dient te bewijzen dat zijn besluit wel steunt op een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Hij stelt immers dat daarvan sprake is. De rechter moet een integrale toets toepassen.²⁰⁷
4. De werkgever kan het verzoek van de werknemer wel inwilligen met betrekking tot de omvang en aanvang van de wijziging, maar niet ten aanzien van de spreiding van de uren. Ook in dat geval heeft de werknemer de mogelijkheid om vaststelling van de arbeidsduur en de spreiding van zijn uren conform zijn verzoek te vorderen. De werkgever heeft echter meer beleidsvrijheid ten aanzien van dit onderdeel van een verzoek van een werknemer. Hij hoeft bijvoorbeeld niet hele andere roosters te gaan hanteren, omdat één werknemer niet alleen meer of minder, maar ook op andere tijden wil gaan werken. De rechter zal het besluit van de werkgever ten aanzien van de spreiding van de uren toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. Hierboven werd al opgemerkt dat het

²⁰⁴ Kuip & Verhulp 2000, p. 143

²⁰⁵ P.C. Vas Nunes, De WAA: gedachten van een werkgeversadvocaat, *SMA* 2000/1, p. 11.

²⁰⁶ , Arbeidsovereenkomst, aantekening 2 bij art. 2 WAA (M.M. Olbers)

²⁰⁷ *Kamerstukken I* 1999/00, 26 358, nr. 52c, p. 15.

voor de werknemer verstandig is om ten aanzien van de spreiding van de uren zijn verzoek te motiveren. In dat geval zal er een aanknopingspunt zijn voor de belangenafweging.²⁰⁸

5. Wanneer uit het overleg dat partijen dienen te voeren is gebleken dat het verzoek van de werknemer wordt getroffen door een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang, kan het zo zijn dat de werknemer zelf een alternatief voorstelt, of dat hij ingaat op een alternatief dat door de werkgever wordt voorgesteld. Het is niet erg aannemelijk dat de werknemer in praktijk het alternatief (van wie dan ook afkomstig) dan als een nieuw verzoek tot de werkgever zal richten. Bovendien kan het alternatief buiten de werkingssfeer van de WAA vallen. Bijvoorbeeld als partijen een alternatief overeenkomen dat een inhoudelijke wijziging van de bedongen arbeid inhoudt. De werkgever dient echter toch het oorspronkelijke verzoek volgens de juiste procedure af te wijzen, op straffe van de toepassing van artikel 2, lid 10 WAA. De werknemer kan het besluit van de werkgever overigens nog steeds laten toetsen door de rechter. Ten aanzien van het alternatieve voorstel zouden zij de overeenkomst met wederzijds goedvinden kunnen wijzigen.

Aan de feitelijke invulling van de gewijzigde arbeidsduur zijn gedurende de parlementaire behandeling van de WAA niet erg veel woorden besteed. In praktijk zal overleg over die feitelijke invulling toch vaak wel nodig zijn. Vermindering of vermeerdering heeft alleen geen gevolgen voor de inhoud van de functie van de werknemer als hij arbeid verricht die steeds hetzelfde is. Het is echter bepaald niet ondenkbaar dat de werknemer en werkgever er in het (voor de werkgever verplichte) overleg van het vierde lid van artikel 2 WAA niet goed uitkomen welke taken zullen vervallen bij vermindering van de arbeidsduur. Een werkgever kan voorstellen dat hij akkoord zal gaan met de vermindering, onder voorwaarde dat bepaalde werkzaamheden vervallen of aan een collega zullen worden opgedragen. De werknemer kan dat juist niet in zijn belang vinden, bijvoorbeeld in verband met carrièreperspectieven. De werkgever is niet gerechtigd het verzoek in te willigen onder voorwaarde dat de werknemer akkoord gaat met een demotie. In dat geval wordt het verzoek ofwel getroffen door een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang, of het wordt ingewilligd.²⁰⁹ Bij vermeerdering van de arbeidsduur ligt het helemaal voor de hand om te overleggen over de feitelijke invulling ervan. In beginsel dient de vermeerdering de eigen werkzaamheden te betreffen. Als het gaat om een andere functie, ook al is deze op hetzelfde niveau, dan gaat het niet om vermeerdering van de arbeidsduur, maar om een interne sollicitatie.²¹⁰

²⁰⁸ Ktg. Zwolle 12 oktober 2000, *JAR* 2000/231.

²⁰⁹ Ktg. Breda 30 maart 2001, *JAR* 2001/85.

²¹⁰ Kuip & Verhulp 2000, p. 84

2.3.7 Rechtskarakter

Het elfde lid van artikel 2 WAA bepaalt dat alleen ten aanzien van vermeerdering van de arbeidsduur ten nadele van de werknemer van de bepalingen van het artikel kan worden afgeweken. Voor wat betreft vermindering is de WAA dus dwingend recht. Met betrekking tot vermeerdering kan bij collectieve arbeidsovereenkomst, of bij een regeling namens een daartoe bevoegd orgaan, van artikel 2 of van onderdelen daarvan worden afgeweken. Indien er geen collectieve arbeidsovereenkomst of regeling van toepassing is, of als deze terzake geen bepaling bevat, dan kan de werkgever ook een schriftelijke overeenkomst sluiten met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Een werkgever kan zoedoende het recht op vermeerdering van de arbeidsduur geheel wegcontracteren. Over het algemeen wordt aangenomen dat een zodanige overeenkomst niet doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst. Kneppers-Heynert veronderstelt daarom dan ook dat de individuele werknemer zich nog steeds rechtstreeks op de wet kan beroepen.²¹¹ Kuip en Verhulp stellen dat in dit geval er wel van moet worden uitgegaan dat een schriftelijke overeenkomst met het medezeggenschapsorgaan doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst, omdat de wetgever deze bevoegdheid bewust aan de werkgever en zijn ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging heeft willen geven.²¹² Dat zou dan echter een noviteit betekenen, die bovendien niet goed is doordacht, terwijl dit onderwerp uit en ten treure in zijn algemeenheid is besproken bij de totstandkoming van de Wet op de Ondernemingsraden 1998. In dat geval werd doorwerking van overeenkomsten tussen medezeggenschapsorganen en de werkgever in de individuele arbeidsovereenkomsten nadrukkelijk niet in de wet opgenomen. Terecht wijst De Wolff ook op een vergelijkbare maar grondiger gevoerde discussie die plaatsvond voor de totstandkoming van de Arbeidstijdenwet 1996.²¹³ Uiteindelijk werd in die wet in artikel 1:4 een regeling opgenomen die lijkt op de bepaling van artikel 2, elfde lid WAA, met dien verstande dat werd vastgehouden aan het juridische uitgangspunt dat afspraken over arbeidstijden met het medezeggenschapsorgaan niet rechtstreeks doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst.²¹⁴ De werkgever kan afspraken maken met zijn medezeggenschapsorgaan, maar dat leidt niet tot een juridische binding tussen hem en elk van zijn werknemers. Uit de in april 2001 uitgevoerde evaluatie van diezelfde Arbeidstijdenwet blijkt echter dat de actoren op het niveau van de onderneming, werkgever,

²¹¹ E.M Kneppers-Heynert, De wet aanpassing arbeidsduur: over dromen en daden, wetten en praktische bezwaren, *SR*, 2000-5, p. 130

²¹² Kuip & Verhulp 2000, p. 194

²¹³ D.J.B. de Wolff, Wet aanpassing arbeidsduur: nodeloos ingewikkeld, maar wel noodzakelijk, *SR*, 2000-9, p. 255

²¹⁴ *Hand.* II 1994/95, p. 4361.

werknemer en medezeggenschapsorgaan, niet goed kunnen omgaan met deze juridische complexiteit.²¹⁵ Dat kan er toe leiden dat het onderwerp wordt overgelaten aan de cao-partijen, maar het kan ook betekenen dat individuele werknemers denken hun wettelijk recht op vermeerdering van de werktijd kwijt te zijn, terwijl dat strikt juridisch niet het geval is.

In praktijk is het bovendien lastig dat afspraken met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, anders dan collectieve arbeidsovereenkomsten, over het algemeen geen bepaalde duur hebben.

2.3.8 Opzegverbod

De werkgever kan de arbeidsverhouding van een werknemer niet beëindigen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte om aanpassing van de arbeidsduur heeft verzocht. Hoewel dat niet in de regeling is opgenomen, kan ervan worden uitgegaan dat het opzegverbod ook toeziet op het niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst of aanstelling. Deze bepaling van artikel 3 WAA moet de werknemer beschermen tegen een zogenaamd victimisatieontslag. Wat gebeurt er als een werkgever dat wel doet? De sanctie op overtreding van de ander opzegverboden in de artikelen 6 BBA, 7:646 t/m 648, 7:670, 7:670a en artikel 8 AWGB is steeds vernietigbaarheid, binnen een bepaalde termijn. In deze bepaling is daarvoor niet gekozen en moet worden aangenomen dat de bepaling van artikel 3:40 BW van toepassing is. Een opzegging of niet-verlenging in strijd met artikel 3 WAA is van rechtswege nietig en de verjaringstermijn is krachtens artikel 3:52 BW drie jaar.

3. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

3.1. Inleiding

3.1.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als flexibele arbeidsrelatie

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt als een flexibele arbeidsrelatie, omdat die in beginsel louter door het verstrijken van de overeengekomen termijn van rechtswege ten einde komt. Dit kenmerk is al terug te vinden in de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907. Voor beëindiging van deze overeenkomst was, anders dan voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, geen opzegging vereist en hoefden dus ook geen voor opzegging geldende bepalingen in acht genomen te worden. Toch was aanvankelijk het praktische verschil tussen

²¹⁵ J.W.M. Mevissen, R. Knecht, W.S. Zwinkels e.a.; *Arbeidstijden in overleg? Evaluatie van de Arbeidstijdenwet, Eindrapport*, 2001, Elsevier, Doetinchem, p. 228.

een beëindiging van rechtswege en een beëindiging door opzegging niet groot omdat voor opzegging alleen maar een veelal korte opzegtermijn in acht moest worden genomen.

Naarmate echter na de Tweede Wereldoorlog de voor opzegging geldende bepalingen in aantal en betekenis toenamen groeide de belangstelling van werkgevers voor de tijdelijke arbeidsovereenkomst. Met de invoering van de preventieve ontslagtoetsing (BBA), de bijzondere ontslagverboden, de kennelijk onredelijkheidsnorm en de verlenging van de opzegtermijnen nam voor de praktijk het verschil tussen een beëindiging van rechtswege en een beëindiging door opzegging in belang toe.

In de jaren negentig groeide de behoefte aan een flexibeler ontslagrecht. Deze behoefte vond tenslotte zijn neerslag in een herziening van het ontslagrecht met de Wet flexibiliteit en zekerheid.²¹⁶ In deze wet heeft de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die sedert 1907 in essentie onveranderd was gebleven,²¹⁷ een ingrijpende wijziging ondergaan. De kern van deze wijziging is dat de mogelijkheden voor het gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten zijn toegenomen. De gewenste flexibilisering van het ontslagrecht kreeg juist in de nieuwe regeling van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gestalte. Overigens heeft de minister uitgesproken de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als de "hoofdweg" van de arbeidsrechtelijke contracten te beschouwen.²¹⁸

3.1.2 Naar de huidige wettelijke regeling van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De Wet flexibiliteit en zekerheid

Het praktische gemak van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd door werkgevers maar als matig beoordeeld. Het opzeggingsvereiste voor de beëindiging van voortgezette tijdelijke contracten deed sterk afbreuk aan de bruikbaarheid van deze contractvorm, terwijl zij juist in toenemende mate behoefte kregen aan arbeidsrelaties, die gemakkelijk beëindigd konden worden. Deze behoefte had al 1989 een politieke vertaling gekregen in een wetsvoorstel,²¹⁹ waarin de preventieve ontslagtoetsing werd afgeschaft. Dit wetsvoorstel strandde in de Eerste Kamer.

Eind 1995 verscheen van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de nota Flexibiliteit en Zekerheid,²²⁰ waarin de preventieve ontslagtoetsing werd gehandhaafd, maar waarin suggesties

²¹⁶ *Stb.* 1998, 330

²¹⁷ Bij de herziening van het ontslagrecht in 1953 werd voor voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wel een opzeggingsvereiste ingevoerd.

²¹⁸ Nota Flexibiliteit en Zekerheid, *Kamerstukken II 1995/96*, 24 543, onder punt 2

²¹⁹ *Kamerstukken II 1989/90*, 21 479

²²⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 543, nr. 1.

werden gedaan voor een flexibeler ontslagrecht. In april 1996 werden deze suggesties unaniem overgenomen door de Stichting van de Arbeid²²¹ en in meer concrete voorstellen uitgewerkt. De wetgever heeft deze voorstellen verwerkt in het wetsontwerp Flexibiliteit en Zekerheid,²²² dat in mei 1998 is aangenomen met de toezegging van de minister dat nog enkele wijzigingen zouden worden aangebracht. Deze wijzigingen zijn in de zogenoemde Reparatiewet²²³ tot stand gebracht en verwerkt in de Wet flexibiliteit en zekerheid. Op 1 januari 1999 trad die wet in werking.

Met de Wet flexibiliteit en zekerheid werd de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd fundamenteel herzien.

Over de bedoeling van deze herziening schreef de minister:²²⁴

"Met verwijzing naar de kabinetsnota inzake flexibiliteit en zekerheid en het advies hierover van de Stichting van de Arbeid menen wij dat de voorgestelde verruiming van het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd noodzakelijkerwijs tegemoet komt aan de behoefte van werkgevers om onder meer de factor arbeid snel en tegen zo gering mogelijke kosten aan te passen aan veranderingen op de markt. Deze economische behoefte is een autonome ontwikkeling waaraan de arbeidsmarkt zich aanpast. De hierdoor noodzakelijke flexibiliteit in de bedrijfsvoering vereist dat in toenemende mate gebruik kan worden gemaakt van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met name voor die gevallen waarin er sprake is van tijdelijke arbeid, dan wel als niet kan worden voorzien of de arbeid een (meer) permanent karakter zal krijgen. Bij het ontbreken van de voorgestelde verruimde mogelijkheid om opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde aan te gaan die zonder opzegging kunnen worden beëindigd, zullen werkgevers hun toevlucht proberen te zoeken tot allerlei flexibele arbeidsrelaties waarbij de betrokken werknemers elke vorm van arbeidsrechtelijke bescherming veelal ontberen, zoals de zgn. free lance-contracten en self employment-relaties. De voorstellen beogen hierin voor met name de werknemers die langduriger op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam zijn, wezenlijk verbetering te brengen. Anders dan in het huidige recht zal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op een zeker moment (na drie schakels, dan wel bij verlenging in een periode langer dan 36 maanden) van rechtswege worden geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De voorstellen komen naar ons oordeel tegemoet aan de algemene economische behoefte van werkgevers aan meer mogelijkheid van flexibiliteit in (kortdurende) arbeidsrelaties en – op termijn – aan meer arbeidsrechtelijke zekerheid voor flexibele werknemers."

De huidige wettelijke regeling met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is opgenomen in de art. 7:667, 668

²²¹ Publicatienummer 2/96

²²² *Kamerstukken II 1996/97*, 252 63

²²³ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257

²²⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 6, p. 10

en 668a BW. Globaal beschouwd geeft art. 7:667 BW een aanduiding van verschillende typen arbeidsovereenkomsten, (voor bepaalde tijd, voor onbepaalde tijd, voortgezette arbeidsovereenkomst en arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarden) en een gedeeltelijke regeling van de wijze waarop die arbeidsovereenkomsten ten einde komen (leden 1 tot en met 5). In dit artikel wordt voorts onderscheid gemaakt tussen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en voor onbepaalde tijd (lid 6). Ook verwijst dit artikel naar de mogelijkheid dat een arbeidsovereenkomst onder een ontbindende voorwaarde wordt gesloten. In de leden 7 en 8 worden in dit verband enkele verboden voorwaarden geformuleerd. Hierna zal in hoofdstuk 3.7 de arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde aan de orde komen.

Art. 7:668 BW bepaalt dat een tijdelijke arbeidsovereenkomst onder bepaalde omstandigheden van rechtswege wordt voortgezet met wederom een tijdelijke arbeidsovereenkomst, in beginsel voor dezelfde duur en op dezelfde voorwaarden.

In art. 7:668a BW wordt aangegeven onder welke voorwaarden een tijdelijke arbeidsovereenkomst van rechtswege transformeert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en hoe voor de beëindiging daarvan de opzegtermijn moet worden berekend. Afwijking van de wettelijke regeling bij CAO is mogelijk gemaakt.

3.1.3 Toepassing van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Doordat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel van rechtswege ten einde komt is deze contractsvorm met name voor werkgevers aantrekkelijk. Een voorzichtige schatting leert dat tenminste 5% van de werknemers werkzaam is op basis van een tijdelijk contract.²²⁵ Het spreekt voor zich dat een tijdelijke overeenkomst bij uitstek geschikt voor tijdelijke werkzaamheden. Daarbij valt te denken aan seizoensgebonden bedrijvigheid, bijvoorbeeld bij de omroep, theaterproducties, in de horeca en landbouw. Ontwikkelingen in de markt en de economische conjunctuur kunnen evenzeer een tijdelijk verhoogde productie wenselijk maken. Daarnaast zijn tijdelijke contracten zeer geschikt voor de waarneming van functies, die tijdelijk vacant zijn geraakt, bijvoorbeeld door ziekte, zwangerschap of verlof. Ook kunnen zich werkzaamheden aandienen, die tijdelijk van aard zijn en waarvan onzeker of ze een vast onderdeel blijven van de bedrijfsactiviteit. Hierbij valt te denken aan opdrachten voor onderzoek, proefprojecten, acties en campagnes. Tenslotte worden tijdelijke contracten op grote schaal gebruikt om nieuw personeel te beoordelen. Valt de beoordeling positief uit dan

²²⁵ *Kamerstukken II 1999/00, 27 661, nr. 3, p. 12, waar gewezen wordt op het Trendrapport Vraag naar Arbeid 1998 van de Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek (OSA).*

wordt een tijdelijke aanstelling vaak omgezet in een dienstverband voor onbepaalde tijd, ook wel een vast dienstverband genoemd.

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd brengt voor werknemers onzekerheid met zich. Doorgaans bestaat er voor werkgevers geen verplichting de arbeidsrelatie na afloop van het tijdelijke contract voort te zetten. Ook niet wanneer de functie blijft bestaan en door de werknemer naar behoren is vervuld. Bij een krappe arbeidsmarkt levert die onzekerheid uiteraard minder maatschappelijk risico op dan in een tijd van structurele werkloosheid. Uit onderzoek blijkt dat veruit de meeste werknemers een sterke voorkeur hebben voor een vast dienstverband boven een tijdelijk contract.²²⁶ Niettemin mag worden aangenomen dat tijdelijke arbeidsovereenkomsten voorzien in de behoefte aan tijdelijke inkomensvorming bij scholieren, studenten en anderen met een tijdelijke beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt.

Het verschil tussen een tijdelijke en vast dienstverband is niet alleen gelegen in de contractduur en de daarmee samenhangende onzekerheid. In enkele gevallen deelt de arbeidsrechtelijke wetgeving pas na verloop van een zekere contractduur rechten aan werknemers toe. In dit verband valt te wijzen op de aanspraak op ouderschapsverlof, die krachtens art. 7: 644 lid 3 BW pas geldend gemaakt kan worden wanneer het dienstverband tenminste een jaar heeft bestaan. Ook het actief en passief kiesrecht in het kader van de Wet op de ondernemingsraden is gekoppeld aan de duur van het dienstverband. In deze gevallen wordt weliswaar geen direct onderscheid gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd, maar toch zullen juist werknemers met een tijdelijk contract vaak niet aan deze rechten kunnen toekomen.

Ook in CAO's treffen we nog wel eens bepalingen aan die tijdelijke werknemers indirect (wegens de doorgaans korte duur van hun dienstverband) en soms direct van aantrekkelijke rechten uitsluiten.

Tenslotte valt te wijzen op de praktijk dat werknemers met een tijdelijk arbeidscontract minder loon plegen te ontvangen dan werknemers met dezelfde functie in vaste dienst. Waarschijnlijk houdt dit verband met de zwakke onderhandelingspositie van de tijdelijk aangestelde werknemer. Deze minpositie draagt er ook toe bij dat tijdelijke werknemers tijdens de looptijd van hun contract vaak niet optimaal in staat zijn, althans niet zonder verhoogd risico dat hun dienstverband niet verlengd zal, weerstand te bieden tegen marginalisering, uitholling of zelfs schending van hun rechtspositie.²²⁷

3.2. Totstandkoming en duur van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

3.2.1 Totstandkoming

²²⁶ De Wolff 1999, p. 6

²²⁷ Vgl. De Wolff 1999, p. 11 en 105 e.v.

Voor het aangaan van een rechtsgeldig tijdelijk arbeidscontract zijn uiteraard de algemene regels voor de totstandkoming van overeenkomsten van toepassing. Meer specifiek verbiedt art. 7: 646 BW de werkgever om bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst direct of indirect onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen. Het betreft hier een op de privaatrechtelijke werkgever toegesneden verbod dat krachtens de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen²²⁸ en de Algemene wet gelijke behandeling²²⁹ in bredere zin in arbeidsverhoudingen en het maatschappelijk verkeer van kracht is.

Een tijdelijk arbeidscontract kan vormvrij worden gesloten. Voor deze contractsvorm geldt geen schriftelijkheidsvereiste. Wel geldt dit vereiste voor bepaalde bedingen, die in het tijdelijke contract kunnen worden opgenomen, zoals een proeftijd (art. 7:652 lid 2 BW), een concurrentiebeding (art. 7:653 lid 1 BW), een opzeggingsbeding (art. 7:667 lid 1 sub a BW) of een beding van tussentijdse opzegging (art. 7:667 lid 3 BW). Voorts is de werkgever krachtens art. 7:655 lid 1 sub e BW verplicht de werknemer schriftelijk te informeren over de duur van het tijdelijke arbeidscontract. In CAO's wordt vrij veelvuldig de bepaling aangetroffen dat arbeidsovereenkomsten, dus ook tijdelijke, schriftelijk moeten worden aangegaan.

De wet stelt geen specifieke beperkingen aan de keuze voor een tijdelijke arbeidsovereenkomst.²³⁰ Dat betekent dat de werkgever niet alleen mag opteren voor het tijdelijke contract wanneer het bedoeld is voor tijdelijke werkzaamheden of ter vervulling van een tijdelijke vacature, maar ook met het oog op de benoeming in een vaste functie, dus eigenlijk in het kader van een grondige proefneming en een zorgvuldige selectie. In het ambtenarenrecht zijn voor het verlenen van een ambtelijke aanstelling in tijdelijke dienst wel beperkende gronden gesteld.²³¹ Ook in CAO's worden beperkingen gesteld aan het sluiten van tijdelijke contracten.²³²

3.2.2 De duur van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft een zekere duur. Deze duur wordt gewoonlijk door partijen overeengekomen, maar kan ook door de wet of het gebruik worden bepaald. Het gebruik dat een dienstbetrekking ten einde komt wanneer de leeftijd van 65 jaar wordt bereikt doet denken

²²⁸ *Stb.* 80, 86, in werking getreden op 15 maart 1980 en laatstelijk gewijzigd *Stb.* 1998, 742

²²⁹ *Stb.* 1994, 230, in werking getreden op 1 september 1994, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 1999, 30.

²³⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 10.

²³¹ Zie art. 6 ARAR.

²³² De Wolff 1999, p. 64.

aan een maximum-einddatum, die door het gebruik aan elke arbeidsovereenkomst is gesteld. Gebruikelijk is dat de overeengekomen duur kalendermatig is bepaald. Met een dergelijke aanduiding staat het einde van het tijdelijke contract duidelijk van tevoren vast. Daardoor is dit einde voor de werknemer voorzienbaar en is hij in staat zich daarop voor te bereiden.

Anders ligt dat wanneer partijen de overeengekomen duur afhankelijk stellen van de voltooiing van een bepaald werk, onderzoek, project of van een andere gebeurtenis zoals het herstel van een zieke werknemer of de werkhervatting van een bevallen werkneemster. Art. 7:667 BW noemt deze vorm van een tijdelijk contract niet, maar sluit hem ook niet uit. In art. 7: 652 lid 5 BW, dat over de duur van de proeftijd gaat, wordt wel naar deze vorm van tijdelijkheid verwezen. Deze variant wordt in de literatuur ook wel aangeduid als een arbeidsovereenkomst voor "betrekkelijk bepaalde duur".²³³ Bij dit type tijdelijk contract is het tijdstip, waarop het eindigt weliswaar objectief bepaalbaar, maar wel onzeker en soms onvoorzienbaar.²³⁴ Een op deze basis in dienst getreden werknemer kan geheel onverhoeds en onvoorbereid geconfronteerd worden met het einde van zijn tijdelijke arbeidscontract. Om die reden is deze tijdelijke contractsvorm in de literatuur m.i. op goede gronden bekritiseerd.²³⁵ De einddatum van een arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde tijd kan zo onzeker zijn dat een vereiste van aanzegging (van het aanstaande einde) met inachtneming van een termijn de voorkeur zou verdienen. In sommige CAO's treffen we het hier bedoelde aanzeggingsvereiste aan.²³⁶

De einddatum van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet objectief bepaalbaar zijn en mag niet afhankelijk zijn van de subjectieve wil van partijen. Aan dit vereiste worden in de rechtspraak nog steeds vrij strenge eisen gesteld. In dit verband is in 1952 door de Hoge Raad de toon gezet in het Stenencampagne-arrest.²³⁷ In deze zaak ging het om de vraag of opzegging nodig was voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst 'voor de duur de stenencampagne'. De Hoge Raad overwoog dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd "indien partijen weliswaar de duur van de arbeidsverhouding tot een, in zekere speelruimte latende termen omschreven, periode hebben beperkt zonder nochtans te bepalen op welk concreet tijdstip die periode haar einde zal vinden, met gevolg dat alsnog een van de werkgever of van de

²³³ Arbeidsovereenkomst, aantekening 6 bij art. 7:667 BW (A.M. Luttmer-Kat)

²³⁴ De HR heeft dit type contract gebillijkt, onder meer in HR 12 november 1936, *NJ* 1937, 247 en HR 8 januari 1952, *NJ* 1952, 243.

²³⁵ Met name door L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Kluwer, Deventer 1983, p. 136, en *Tussen vrijheid en bescherming*, Kluwer, Deventer 1988, p. 22.

²³⁶ De Wolff 1999, p. 169.

²³⁷ HR 8 januari 1952, *NJ* 1952, 243.

werknemer uitgaande verklaring wordt geëist, strekkende tot vaststelling van de datum waarop het dienstverband zal aflopen en alzo tot 'beëindiging' van de arbeidsverhoudingen." Hiermee bevestigde de Hoge Raad de uitspraak van de lagere rechter die geen concreet tijdstip van de beëindiging aanwezig achtte "indien dit tijdstip afhankelijk is van de weersomstandigheden of van de vordering der werkzaamheden". De verklaring die door de Hoge Raad werd vereist valt te beschouwen als een beëindigingshandeling (opzegging), waarvoor toestemming van de RDA als bedoeld in het BBA nodig is.

Dezelfde redenering zien we in meer recente rechtspraak toegepast.²³⁸ Een indringend voorbeeld²³⁹ betrof een touringcarchauffeur die voor het (zomer)seizoen was aangesteld. In de toepasselijke CAO was aangegeven dat dit seizoen gewoonlijk loopt van mei tot oktober, maar dat de exacte einddatum afhangt van de hoeveelheid werk. Medio september kreeg de chauffeur van zijn werkgever het bericht dat zijn tijdelijke arbeidsovereenkomst per 1 november zou eindigen. De Kantonrechter oordeelde dat de door de werkgever gestelde einddatum met zoveel subjectieve oordeelsvorming was doortrokken dat van een objectief vastgestelde einddatum niet gesproken kon worden, en dat dus door de mededeling van de werkgever geen einde van rechtswege aan het tijdelijke contract was gekomen.

De wet stelt geen beperkingen aan de duur van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Wel vermeldt artikel 7:684 BW dat in geval van een langdurig tijdelijk contract de werknemer na vijf jaar de arbeidsovereenkomst kan opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden. Dit wetsartikel leert dus eigenlijk dat een langdurige tijdelijke arbeidsovereenkomst na vijf jaar tussentijds opzegbaar is, en relateert daarmee de notie van artikel 7:667 lid 3 BW, waarin staat dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen tussentijds kan worden opgezegd wanneer het recht daartoe schriftelijk is overeengekomen.

3.3 Het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

3.3.1 Einde van rechtswege en door opzegging

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd komt door het verstrijken van de overeengekomen termijn van rechtswege ten einde. Deze beëindiging van rechtswege impliceert dat geen opzegging nodig is om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op het moment dat de overeengekomen termijn verstreken is te bewerkstelligen. Doordat geen opzegging nodig is komt aan de voor opzegging geldende bepalingen ook

²³⁸ Vgl. Rb. Amsterdam 9 april 1986, *NJ* 1987, 335, Ktg. Zwolle 4 december 1992, *JAR* 1993/4 en Ktg. Almelo 24 juli 1996, *Prg.* 1996, nr. 4638.

²³⁹ Ktg. Alphen aan de Rijn 2 december 1997, *JAR* 1998/43.

geen effectieve betekenis toe. Dat betekent onder meer dat geen toestemming van de RDA nodig is, een opzegtermijn niet in acht hoeft te worden genomen, de bijzondere ontslagverboden, het discriminatieverbod en de kennelijke onredelijkheidsnorm niet van toepassing zijn.

In art. 7:667 lid 2 BW is een tweetal uitzonderingen geformuleerd. Opzegging is wèl vereist wanneer:

- zulks bij schriftelijk aangegane overeenkomst is bepaald òf:
- volgens de wet of het gebruik opzegging dient plaats te vinden en daarvan niet, waar zulks geoorloofd is, bij schriftelijk aangegane overeenkomst is afgeweken.

Opzegging is dus nodig wanneer partijen dat schriftelijk hebben afgesproken. Aan het vereiste van schriftelijkheid is voldaan wanneer een toepasselijke CAO opzegging voorschrijft. Dat geldt ook wanneer de CAO met juistbedoeld opzeggingsvereiste pas tot stand komt nadat partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn aangegaan. Wanneer een arbeidsovereenkomst mondeling is gesloten zal het opzeggingsvereiste toch tenminste schriftelijk moeten zijn overeengekomen. Het verdient aanbeveling om het opzeggingsvereiste duidelijk te formuleren. Louter een verwijzing naar een opzegtermijn impliceert niet automatisch een opzeggingsvereiste. De rechtspraak laat hiervan voorbeelden zien.²⁴⁰

Ook kan op grond van de wet of het gebruik opzegging vereist zijn, tenzij partijen ook weer schriftelijk van dit vereiste zijn afgeweken. Wettelijke of gewoonterechtelijke verplichtingen tot opzegging zijn mij niet bekend.

3.3.2 Opzegging en de voor opzegging geldende bepalingen

Art. 7:667 lid 6 BW leert dat voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voorafgaande opzegging nodig is. In de vorige paragraaf is er al op gewezen dat voor de beëindiging van tijdelijke arbeidsovereenkomsten ook opzegging nodig kan zijn. Opzegging is een eenzijdige rechtshandeling gericht op de beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Het eenzijdige karakter van de opzegging impliceert dat daarvoor niet de instemming van de wederpartij vereist is. Wel verbindt het arbeidsrecht een aantal voorschriften aan de opzegging. In de eerste plaats is op grond van het art. 6 lid 1 BBA voor opzegging in beginsel een ontslagvergunning van de RDA nodig. Dit vereiste wordt ook wel aangeduid als het algemeen ontslagverbod. De toestemming moet tijdig verkregen zijn, want een niet tijdige opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft op grond van art. 7:668 lid 2 BW tot gevolg dat het aanvankelijk gesloten tijdelijke contract van rechtswege wordt voortgezet door een nieuw tijdelijk contract voor dezelfde duur en op dezelfde voorwaarden. Wanneer deze situatie dreigt

²⁴⁰ Rb. 's-Hertogenbosch 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 484 en HR 20 maart 1987, *NJ* 1988, 4, p. 163

heeft het geen zin om tijdig zonder toestemming op te zeggen, want zo'n opzegging is op grond van art. 9 lid 1 BBA vernietigbaar. Een beroep daarop maakt de opzegging nietig en dus zonder effect.

Een opzegging mag voorts niet in strijd zijn met de bijzondere ontslagverboden van de artikelen 7:670 en 670a BW en art. 3 WAA. Deze bijzondere ontslagverboden maken een rechtsgeldige opzegging onder omstandigheden onmogelijk. In dat geval zal een ontbindingsverzoek aan de kantonrechter op grond van art. 7:685 BW uitkomst moeten bieden. Bij opzegging moet een opzegtermijn in acht genomen worden. De wettelijke duur daarvan wordt door art. 7:672 leden 2 en 4 BW gegeven, maar afwijkingen daarvan zijn mogelijk bij schriftelijke partijbeding of CAO. In de praktijk is veelvuldig een langere opzegtermijn van toepassing dan de wettelijke. Schending van de juiste opzegtermijn maakt schadelijk, maar de opzegging niet vernietigbaar.

Een opzegging mag blijkens art. 7:681 lid 1 BW niet kennelijk onredelijk zijn. In lid 2 wordt indicatief aangegeven wanneer een opzegging kennelijk onredelijk is. In de praktijk zijn een gebrek aan de reden van opzegging en de afwezigheid of ontoereikendheid van een ontslagvergoeding de meest voorkomende oorzaken van kennelijk onredelijkheid.

Tenslotte mag een opzegging niet discriminatoir zijn, zie art. 7:646 lid 1 BW en art. 7:648 lid 1 BW. Schending van deze norm maakt de opzegging vernietigbaar, zie art. 647 lid 1 BW en art. 8 lid 1 AWGB.

3.3.3 Opzegging op grond van een opzeggingsbeding

Normaliter eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door het verstrijken van de overeengekomen termijn. Krachtens art. 7:667 lid 2 sub a BW kan schriftelijk overeengekomen worden dat voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op de overeengekomen einddatum opzegging noodzakelijk is. Indien een dergelijk beding is overeengekomen zijn de voor opzegging geldende bepalingen eveneens van toepassing. Dat betekent dat de werkgever voor opzegging toestemming nodig heeft van de RDA, de bijzondere ontslagverboden van de art. 7:670 en 670a BW moet respecteren en ook niet kennelijk onredelijk mag opzeggen. Ook mag de werkgever niet in strijd komen met de anti-discrimatievoorschriften van de art. 7:646 en 647 BW, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen en de Algemene wet gelijke behandeling. In de praktijk komt een opzeggingsbeding overigens zelden voor.

Niet ongebruikelijk is echter dat op de werkgever krachtens een toepasselijke CAO of grond van een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst de verplichting rust om enige tijd voor het verstrijken van de overeengekomen termijn de werknemer te laten weten of hij de arbeidsovereenkomst op enigerlei wijze wil voortzetten of de aanstaande beëindiging van de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk wil laten intreden. Een dergelijke aanzegverplichting kan niet gelden als een

opzegverplichting.²⁴¹ Voor aanzegging gelden de voor opzegging geldende bepalingen niet.

Soms maakt een tekst van een arbeidscontract niet duidelijk of nu sprake is van een aanzegverplichting of opzegverplichting. Verwarring kan bijvoorbeeld ontstaan wanneer is bepaald dat voor beëindiging "een termijn" in acht genomen moet worden. Theoretisch kan het woordje "termijn" verwijzen naar een aanzegverplichting, naar een opzegverplichting en zelfs naar een recht van tussentijds opzegging. Het verdient aanbeveling om in een arbeidscontract terzake maximale duidelijkheid te bieden.

3.3.4 Het beding van tussentijdse opzegging

Art. 7:667 lid 3 BW bevat de mogelijkheid schriftelijk het recht van tussentijdse opzegging te bedingen. Een dergelijk beding is alleen geldig wanneer het recht van tussentijdse opzegging aan beide partijen is verleend. Ook op deze opzegging zijn bovengenoemde voor opzegging geldende bepalingen van toepassing. Een beding van tussentijdse opzegging mag ook tijdens de looptijd van het contract worden overeengekomen.²⁴² In de praktijk zien we dit beding van tussentijdse opzegging regelmatig in arbeidscontracten voor bepaalde tijd opgenomen. In de literatuur is opgemerkt dat een beding van tussentijdse opzegging slecht past bij het karakter van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dat in beginsel zekerheid beoogt te bieden tijdens de looptijd van het contract, terwijl aan het einde van deze looptijd juist geen enkele rechtsbescherming aanwezig is. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met het recht van tussentijdse opzegging is in zijn juridische gevolgen eigenlijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een maximum duur: tijdens de looptijd van de overeenkomst wijkt de overeenkomst voor een bepaalde tijd niet af van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, en aan het einde van de overeengekomen termijn volgt een beëindiging van rechtswege. Of anders gezegd: een beding van tussentijdse opzegging verandert het wezen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst fundamenteel.

3.3.5 Codificatie van de Ragetlie-regel

In 1986, onder het oude recht, heeft de Hoge Raad²⁴³ bepaald dat in het geval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is geëindigd en onmiddellijk is voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voor de beëindiging van laatstbedoelde overeenkomst opzegging vereist is. Dit oordeel is nadien bekend geworden als de Ragetlie-regel, ontleend aan de naam van de eiser tot cassatie. Na een buitengewoon verwarrend

²⁴¹ HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 60

²⁴² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 5, p. 40

²⁴³ HR 4 april 1986, *NJ* 1987, 678

parlementair debat is deze regel gedeeltelijk gecodificeerd in art. 7:667 lid 4 BW. Gedeeltelijk, omdat de Hoge Raad in zijn uitspraak voor het opzeggingsvereiste geen voorwaarden heeft gesteld aan de wijze waarop de aanvankelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ten einde is gekomen. In art. 7:667 lid 4 BW wordt wel de beperking gesteld dat deze voorafgaande overeenkomst (voor onbepaalde tijd) "anders dan door rechtsgeldige opzegging of door ontbinding door de rechter is geëindigd". Een amendement waarin werd voorgesteld deze beperking te schrappen werd verworpen.²⁴⁴

Uit het Ragetlie-arrest volgt tevens dat de voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst met betrekking tot functie, werkzaamheden en arbeidsvoorwaarden identiek moet zijn aan de voorgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Is dat niet het geval dan is van "voortzetting" als bedoeld in art. 7:667 lid 4 BW geen sprake. In dat geval is het opvolgende tijdelijke contract geen voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar een nieuw tijdelijk contract dat van rechtswege ten einde komt. Het is duidelijk dat het vereiste van identiteitsbehoud zich leent voor misbruik en aanleiding kan geven voor geschillen. In art. 7:667 lid 5 BW wordt de Ragetlie-regel beschermd tegen ontduiking door draaideur-constructies, zie hierna onder paragraaf 3.6.

Ten slotte valt hier reeds te wijzen op art. 7:668a lid 1 BW. Op grond van art. 7:667 lid 4 BW kan een keten van tijdelijke arbeidscontracten ontstaan waaruit op enig moment op grond van art. 7:668a lid 1 BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Door deze conversie komt aan de rechtswerving van art. 7:667 lid 4 BW een einde. In die zin gaat art. 7:668a lid 1 BW voor art. 7:667 lid 4 BW.

3.4 Voortzetting van rechtswege van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Onder omstandigheden wordt een tijdelijk arbeidscontract na afloop van de overeengekomen termijn op grond van art. 7:668 BW van rechtswege opgevolgd door wederom een tijdelijk contract, voor dezelfde duur, doch ten hoogste voor een jaar en op dezelfde voorwaarden. Die voortzetting van rechtswege vindt plaats wanneer het oorspronkelijk tijdelijke contract na het verstrijken van de overeengekomen tijd feitelijk zonder tegenspraak is voortgezet (lid 1) en in het geval dat een tijdelijk contract met opzeggingsbeding niet tijdig, dus helemaal niet of met een te korte opzegtermijn, is opgezegd (lid 2).

²⁴⁴ Amendement-Balkenende, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, nr. 10. Met dit amendement werd in feite beoogd codificatie te krijgen van het Thialf-arrest, HR 26 juni 1992, *NJ 1992*, 654, waarin werd geoordeeld dat de Ragetlie-regel ook van toepassing is in het geval de voorgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op regelmatige wijze is beëindigd door opzegging met RDA-vergunning.

Wat precies de betekenis is van een voortzetting zonder tegenspraak is niet altijd even duidelijk. In ieder geval moet er feitelijk sprake zijn van een voortzetting. Die feitelijke voortzetting wordt door de wetgever geduid als een wederzijdse instemming met een nieuw tijdelijk contract. Maar ook een feitelijke voortzetting van slechts enkele dagen, waarbij een partij na de aanvang van de feitelijke voortzetting te kennen geeft geen nieuw tijdelijk contract te willen aangaan, kan een voortzetting van rechtswege opleveren.²⁴⁵ Als wel voor het verstrijken van de aanvankelijk overeengekomen termijn te kennen wordt gegeven dat het contract niet wordt voortgezet, dan moet er rekening mee gehouden worden dat een feitelijke voortzetting van enkele dagen niet van rechtswege tot een nieuw tijdelijk contract leidt.²⁴⁶

Wanneer opzegging vereist is dienen de voor opzegging geldende bepalingen in acht genomen te worden. Denkbaar is dat de RDA-toestemming te laat komt zodat alleen met een te korte opzegtermijn kan worden opgezegd. Wat is het rechtsgevolg van een onregelmatige opzegging? Daarop in art. 7:668 BW het antwoord:

Indien niet tijdig rechtsgeldig is opgezegd wordt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor dezelfde duur. Dit rechtsgevolg van rechtswege treedt in op het moment dat er niet meer regelmatig opgezegd kan worden, dus op het moment dat de uiterste datum van opzegging verstreken is. Wanneer na die datum wordt opgezegd is de arbeidsovereenkomst reeds voortgezet en kan de opzegging als een onregelmatige opzegging worden beschouwd. De werkgever wordt schadelijkt.²⁴⁷ In dat geval zal de door de werkgever verschuldigde gefixeerde schadevergoeding zo groot zijn als het loon over de niet afgemaakte termijn van het voortgezette dienstverband. Als dus een tijdelijk contract van 1 jaar een dag te laat is opgezegd, maar tegen overeengekomen einddatum kan een gefixeerde schadevergoeding verschuldigd worden ten belope van een jaarsalaris. Deze schadevergoeding kan overigens wel gematigd worden op grond van art. 7: 680 lid 5. In de literatuur is er voor gepleit de gefixeerde schadevergoeding te relateren aan de termijn die niet in acht is genomen, in casu een dag. Dit voorstel zou wel een wetswijziging behoeven. Voor de hier bedoelde opzegging zijn alle bijzondere ontslagverboden van toepassing. Vóór 1 januari 1999 werden in art. 7:670 lid 6 BW de meeste opzeggingsverboden niet van toepassing verklaard bij opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit lid is sedert 1 januari 1999 vervallen zodat thans geldt dat alle bijzondere ontslagverboden van kracht zijn.

²⁴⁵ Ktg. Rotterdam 15 april 1993, *JAR* 1993/142, Ktg. Rotterdam 16 december 1992, *JAR* 1993/24 en Rb. Amsterdam 11 november 1992, *JAR* 1992/129.

²⁴⁶ Ktg. Gouda 4 april 1996, *JAR* 1996/106.

²⁴⁷ HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 725.

Theoretisch is nog de vraag of partijen een opzeggingsvereiste kunnen overeenkomen met uitsluiting van één of meer bijzondere opzegverboden. Waar de hoofdregel luidt dat voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd géén opzeggingsvereiste geldt, is het niet onredelijk te veronderstellen dat het voor partijen mogelijk moet zijn om een verzacht opzeggingsvereiste overeen te komen. In het licht van de hoofdregel zou deze mogelijkheid niet misstaan. In het licht echter van het dwingend rechtelijke karakter van de ontslagverboden kan echter betwijfeld worden of de wet ruimte laat voor een verzacht opzeggingsvereiste.²⁴⁸

De wet stelt de voortzettingstermijn op dezelfde periode als de eerste termijn met een maximum van één jaar. Voor de herziening van het ontslagrecht in 1953 gold er geen maximum. In het ingetrokken wetsvoorstel Herziening Ontslagrecht van 1989²⁴⁹ werd voorgesteld dat een stilzwijgende voortzetting van een contract voor bepaalde tijd van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou opleveren. In de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is aan deze mogelijkheid geen aandacht besteed. De Hoge Raad²⁵⁰ heeft in 1978 geoordeeld dat art. 7:668 lid 1 BW geen dwingend recht is en dat bij CAO mag worden bepaald dat een voortgezette dienstbetrekking geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zal zijn maar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat is thans niet anders.

Aan een voortzetting zonder tegenspraak verbindt de wet het rechtsgevolg dat voor de voortgezette arbeidsovereenkomst dezelfde arbeidsvoorwaarden zullen gelden. Wellicht is de bedoeling van de wetgever wel duidelijk, maar strikt genomen komt dit wettelijke rechtsgevolg in strijd met andere letterlijke bepalingen. In de eerste plaats kan slechts sprake zijn van voortzetting voor de duur van maximaal één jaar. De eerder gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan een veel langere duur hebben gehad. In de tweede plaats kan krachtens art. 7:668a BW een voortgezette arbeidsovereenkomst overgaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat doet zich voor wanneer oorspronkelijk een arbeidsovereenkomst voor de duur van bijvoorbeeld tweeënehalf jaar is gesloten. Bij voortzetting wordt deze arbeidsovereenkomst gevolgd door een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. Echter, na in totaal drie jaar gaat de voortgezette arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar over in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook zal een proeftijdbeding in de voortgezette tijdelijke arbeidsovereenkomst niet terugkomen. Wèl lijkt het redelijk dat bedingen die oorspronkelijk schriftelijk bedongen moeten worden, zoals bijvoorbeeld het concurrentiebeding en het boetebeding wèl in de voortgezette arbeidsovereenkomst zullen gelden en derhalve niet

²⁴⁸ Zie ook De Wolff 1999, p. 168.

²⁴⁹ *Kamerstukken II 1989/90*, 21479.

²⁵⁰ HR 20 oktober 1978, *NJ 1979/80*.

opnieuw schriftelijk bedongen hoeven te worden. Krachtens de parlementaire behandeling moet het ervoor gehouden worden dat een beding tot afwijking van art. 7:628 lid 1 BW niet terugkomt in een voortgezette dienstbetrekking.²⁵¹

3.5 Conversie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Art. 7:668a lid 1 BW maakt mogelijk dat een keten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zich ontwikkelt tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Nauwkeuriger gezegd: in een keten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd geldt op enig moment de laatst gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze conversie van rechtswege treedt in twee gevallen op:

- a. wanneer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en de duur van deze arbeidsovereenkomsten tezamen meer dan zesendertig maanden heeft bedragen, de tussenpozen inbegrepen (lid 1 sub a);
- b. wanneer meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden (lid 1 sub b).

De termijn van zesendertig maanden begint te lopen op het moment dat de eerste arbeidsovereenkomst feitelijk aanvangt. In de termijn van zesendertig maanden zijn voorts eventuele onderbrekingen van maximaal drie maanden begrepen. De mutatie gaat in op het moment dat de totale termijn van zesendertig maanden wordt gepasseerd of op het moment dat het vierde contract wordt aangegaan. De conversie heeft niet tot gevolg dat de arbeidsrelatie vanaf de aanvang aan al geacht wordt voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan. In dit laatste geval zouden met terugwerkende kracht verplichtingen kunnen gaan gelden hetgeen de wetgever niet wenselijk heeft geoordeeld. Bijvoorbeeld de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds of andere rechten danwel verplichtingen die verbonden zijn aan een aanstelling voor onbepaalde tijd en niet gelden bij een aanstelling voor een bepaalde tijd.

Na de conversie geldt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als een voor onbepaalde tijd. Voor beëindiging is opzegging vereist. In tegenstelling tot de regeling in art. 7:667 lid 4 BW hoeven de opvolgende arbeidsovereenkomsten niet hetzelfde werk, functie of arbeidsvoorwaarden te betreffen. Van 'voortzetting' in de zin van art. 7:667 lid 4 BW hoeft geen sprake te zijn. In art. 7:668a lid 2 BW wordt de conversieregel beschermd tegen misbruik door draaideur-constructies, zie hierna onder paragraaf 3.6.

²⁵¹ Amendement Nieuwenhoven, *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 38, p. 1.

Op de conversieregel sub a geldt op grond van art. 7:668a lid 3 BW de uitzondering dat wanneer een arbeidsovereenkomst voor de duur van zesendertig maanden gevolgd mocht worden door een arbeidsovereenkomst voor de duur van maximaal drie maanden, deze laatste arbeidsovereenkomst niet geldt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (door conversie). Over de bedoeling van deze uitzondering schreef de minister:²⁵²

"In de praktijk komt het veelvuldig voor dat tijdelijke arbeidscontracten worden afgesloten ten behoeve van de realisering van een meerjarig project. Dergelijke projecten lopen aan het eind vaak uit, waardoor het wenselijk is de voor het project aangenomen tijdelijke werknemers nog enige tijd aan te houden. Voor deze situatie is voorgesteld een verlenging van het tijdelijke arbeidscontract tot een maximum van drie maanden mogelijk te maken, zonder dat deze verlenging consequenties heeft voor de status van de arbeidsrelatie in de zin van het eerste lid van artikel 668a BW."

Een andere belangrijke uitzondering op de wettelijke regeling vormt de mogelijkheid dat bij CAO ten nadele van de werknemer wordt afgeweken (lid 5). Onderling kunnen een werkgever en werknemer een dergelijke uitzondering niet rechtsgeldig tot stand brengen. Onder het oude recht heeft de Hoge Raad²⁵³ bepaald dat zo'n afwijking ten nadele van de werknemer "duidelijk en boven twijfel verheven" uit de tekst van de CAO moet blijken.

Ook van de conversieregel sub b kan per CAO worden afgeweken. Een dergelijke afwijking is onder meer aangebracht in de Raamovereenkomst Primair Onderwijs, om te voorkomen dat inval-leerkrachten bij ziekte (vaak moeders van leerlingen) al na drie verschillende invaldagen voor onbepaalde tijd in dienst zouden komen van de onderwijsinstelling.

Een tijdelijke arbeidsovereenkomst eindigt door het verstrijken van de overeengekomen termijn. Dat is de hoofdregel. Na beëindiging kan deze arbeidsovereenkomst stilzwijgend worden voortgezet, maar ook op basis van een nieuw overeengekomen contract. In beginsel bestaat er geen recht op voortzetting. Een recht op voortzetting kan echter tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst ontstaan, bijvoorbeeld door toezeggingen of, zij het minder uitdrukkelijk, door opgewekte verwachtingen, of zelfs onder omstandigheden op basis van de beginselen van de redelijkheid en de billijkheid. In de rechtspraak wordt een recht op voortzetting een enkele maal gehonoreerd.²⁵⁴ De antimisbruik-bedoeling van de onderbrekingstermijn van maximaal 3 maanden (lid 1 sub a en b) en de

²⁵² *Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, nr. 132b, bijlage p. 13.

²⁵³ HR 20 juni 1986, *NJ* 1986, 811.

²⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Ktg. Wageningen 15 juni 1994, *JAR* 1994/172, Hof Amsterdam 12 november 1992, *JAR* 1993/30, Ktg. Utrecht 13 mei 1993 en 23 september 1993, *Prg.* 1994, nr. 4024 en Rb. Zutphen 11 mei 1995, *JAR* 1995/136. Zie ook Rb. Amsterdam 28 april 1993, *JAR* 1993/116.

regeling van het opvolgend werkgeverschap (lid 2) kan ontgaan worden door tussen twee opvolgende contracten een periode van meer dan 3 maanden te laten vallen. De minister zei daarover:²⁵⁵

"Als jaar in, jaar uit contracten voor bepaalde tijd worden afgesloten met steeds een onderbreking van drie maanden, kan op enig moment sprake zijn van misbruik van recht om ontslagbescherming van de werknemer tegen te gaan. Ik moet constateren dat het aan de rechter is om in een dergelijke situatie een oordeel te vellen."

Na de conversie ingevolge art. 7:668a lid 1 BW ontstaat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor opzegging daarvan moet een opzegtermijn in achtgenomen worden. Voor de berekening van de wettelijke opzegtermijn wordt gerekend vanaf het tijdstip waarop het eerste tijdelijke contract is aangevangen, en dus niet vanaf het moment van conversie. Het lijkt redelijk²⁵⁶ om ook de anciënniteit vanaf dat tijdstip te berekenen. Deze anciënniteit is in het ontslagrecht voor de volgorde van ontslag van belang, zie art. 4:2 lid 1 van het Ontslagbesluit.²⁵⁷

3.6 Opvolgende werkgevers: anti-draaideurconstructie

Art. 7:667 lid 5 BW en art. 7:668a lid 2 BW²⁵⁸ spreken over "verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn". Deze bepalingen beogen ontduiking van een specifieke wettelijke regel tegen te gaan door te bepalen dat formeel verschillende werkgevers onder omstandigheden als één en dezelfde werkgever kunnen worden beschouwd. De wetgever trekt hiermee ten strijde tegen de draaideurconstructie, die wegens haar misbruik-karakter al eerder in de rechtspraak (onder het oude recht) onklaar was gemaakt.²⁵⁹

Kern van een draaideur-constructie dat door een werknemer ten behoeve van dezelfde (rechts)persoon hetzelfde werk verricht blijft worden, maar afwisselend in dienst van verschillende werkgevers. Door deze wisseling van formele werkgever zou aan de toepasselijkheid van een (bezwarende) wettelijke regeling ontkomen worden. Een algemeen voorbeeld: een werknemer heeft een arbeidsovereenkomst (..) met een werkgever. Na het einde van deze arbeidsovereenkomst blijft deze werknemer hetzelfde werk doen, maar nu in dienst van een uitzendbureau, op basis van een uitzendovereenkomst van 6 maanden. Na afloop van deze uitzendovereenkomst treedt de werknemer weer voor 6 maanden in dienst van de oorspronkelijk werkgever, waarna weer een uitzendovereenkomst met het uitzendbureau volgt. Deze cyclus zou zich eindelijk kunnen

²⁵⁵ *Hand.* I 1997/1998, p. 1514. Zie ook F.C Boel, *Arbeidsrecht* 1998, nr. 10, p. 25.

²⁵⁶ Enzo Verhulst 2001, p. 193

²⁵⁷ *Stcr.* 1998, nr. 12, p. 12

²⁵⁸ Ook art. 7:691 lid 5 BW

²⁵⁹ HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707

herhalen. In dit voorbeeld zijn de oorspronkelijke werkgever en het uitzendbureau beschouwen als "elkaar opvolgende werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid".

Art. 7:667 lid 5 BW en 7:668a lid 2 BW bevatten een anti-draaideurconstructie, teneinde de toepasselijkheid van art. 7: 667 lid 4 BW(Ragetlie-regel) en art. 7: 668 a lid 1 BW(conversieregel) tegen ontduiking te beschermen. Naast deze overeenkomst is er ook verschil tussen beide constructies.

De anti-draaideurconstructie van art. 7:667 lid 5 BW is alleen van toepassing als een oorspronkelijk arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd "is geëindigd anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter", zie lid 4, en door een opvolgend werkgever (bijvoorbeeld een uitzendbureau) voor bepaalde tijd is "voortgezet". Van voortzetting is alleen sprake wanneer het werk, de functie en de arbeidsvoorwaarden van de werknemer zich bij de wisseling van formele werkgever niet of nauwelijks wijzigen. Als er wel sprake is van een aanmerkelijke wijziging, dan is lid 4 niet van toepassing en is er geen behoefte aan bescherming van lid 5.

De anti-misbruikconstructie van art. 7:668a lid 2 BW beoogt de toepasselijkheid van de conversieregels van lid 1 tegen ontduiking te beschermen. In lid 1 sub a en b wordt gesproken over "opgevolgd" en niet over "voortgezet". Met opvolging in dit lid wordt bedoeld dat de verschillende arbeidsovereenkomsten van de keten geen "voortzetting" van elkaar hoeven te zijn, maar t.a.v. van werk, functie en arbeidsvoorwaarden geheel verschillend van karakter mogen zijn. Beslissend is dat er meerdere tijdelijke arbeidsovereenkomsten (binnen een periode 3 maanden) tussen dezelfde partijen zijn gesloten. Deze arbeidsovereenkomsten hoeven niet dezelfde identiteit te hebben. Ook is niet belang hoe de verschillende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd ten einde zijn gekomen: van rechtswege, door opzegging of met wederzijds goedvinden.

De conversieregels van lid 1 sub a en b hebben betrekking op meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Op enig moment ontstaat daaruit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In lid 2 wordt het opvolgende werkgeverschap niet beperkt tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, Van opvolgend werkgeverschap kan ook sprake zijn wanneer in de keten van meerdere arbeidsovereenkomsten zich arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bevinden. De minister heeft dit verschil als volgt toegelicht:²⁶⁰
"Het tweede lid van artikel 668a beoogt duiking van de regeling van opvolgende contracten via draaideur-constructies tegen te gaan. Contracten voor bepaalde tijd kunnen – gelet op het oogmerk van bestrijding van misbruik – hier niet uitgezonderd worden".

²⁶⁰ *Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 5*

Het feit dat lid 2 betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd heeft een merkwaardig gevolg, waarin de minister echter geen probleem ziet. De minister meldt:²⁶¹ "De anti-draaideurregel keert terug in artikel 668a lid 2. Artikel 668a lid 2 geldt zowel voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Om die reden zijn bij de eerste nota van wijziging²⁶² de woorden 'aangegaan voor bepaalde tijd' geschrapt. Wanneer derhalve een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt beëindigd en wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij een andere werkgever die moet worden beschouwd als een opvolger van de eerste werkgever, wordt die eerste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gerekend tot de keten, bedoeld in artikel 668a lid 1. Uit artikel 668a lid 4 volgt dat de betreffende arbeidsovereenkomst moet worden meegeteld voor het berekenen van de opzegtermijn. Voor de goede orde zij opgemerkt, dat artikel 668a lid 1 niet van toepassing is op de situatie dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen. Dit betekent dus dat in dat geval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet wordt meegeteld voor de berekening van de keten in artikel 668a lid 1, noch voor de berekening van de opzegtermijn".

Terecht heeft Luttmer-Kat²⁶³ er op gewezen dat deze uitleg tot een merkwaardig verschil in uitwerking leidt tussen de leden 1 en 2. Voorbeeld: Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt tussen dezelfde partijen driemaal opgevolgd door een tijdelijke arbeidsovereenkomst. Op grond van lid 1 telt de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet mee voor de ketenopbouw van lid 1. Uit bovengenoemde keten is nog geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Pas het vierde opvolgende arbeidscontract voor bepaalde tijd geldt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Wanneer op het voorbeeld lid 2 toepasselijk is en zich dus in de keten van arbeidsovereenkomsten opvolgende werkgevers voordoen, dan telt de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel mee voor de ketenopbouw van lid 1. In dat geval geldt de derde voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dezelfde casus treedt, in het geval lid 2 daarop van toepassing is, conversie eerder in dan in het geval in die casus niet van opvolgend werkgeverschap sprake is. Met Luttmer-Kat valt in te stemmen dat de schakeling tussen lid 1 en 2 onhoudbaar is.²⁶⁴ Een wetswijziging lijkt geboden. Voor een oplossing van deze ongerijmdheid bestaan twee mogelijkheden voor correctie:

²⁶¹ *Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 10*

²⁶² *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 7*

²⁶³ *SR 1998, p. 338*

²⁶⁴ Tijdens de parlementaire behandeling is op die onhoudbaarheid ook gewezen. Zie bijvoorbeeld *Hand. I 1997/1998, p. 1493*.

- a. In lid 2 wordt toegevoegd dat het in dat artikellid gaat om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.²⁶⁵
- b. De toepasselijkheid van de conversie-regel van lid 1 wordt uitgebreid tot een keten van arbeidsovereenkomsten waarin zich ook een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mag bevinden.²⁶⁶ Men denke bijvoorbeeld aan een keten als bedoeld in art. 7:667 lid 4 BW. In die situatie lijkt het toch zeker redelijk om de conversie te laten intreden bij het derde voortgezette contract voor bepaalde tijd.

3.7 Arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde

Een ontbindende voorwaarde is een toekomstige onzekere gebeurtenis door wier intrede een overeenkomst van rechtswege ten einde komt. Art. 7:667 BW verklaart in de leden 7 en 8 nietig het beding dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens huwelijk of het aangaan van een geregistreerd partnerschap en wegens zwangerschap of bevalling.²⁶⁷ Arbeidsovereenkomsten met een dergelijk beding zijn arbeidsovereenkomsten met een ontbindende voorwaarde. Daarom zou het wellicht zuiverder zijn geweest deze bepaling in een apart wetsartikel op te nemen. Het verschil tussen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde is immers vrij fundamenteel. Een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Onzeker is of de ontbindende voorwaarde ooit zal intreden. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is een tijdelijke arbeidsovereenkomst, waarvan de einddatum kalendermatig vaststaat of waarvan in de optiek van partijen de einddatum met zekerheid zal komen vast te staan. De wetgever heeft bovenbedoelde verbodsbepaling kennelijk in art. 7:667 BW opgenomen omdat het verschil tussen beide arbeidsovereenkomsten ook aangeduid kan worden met een klein verschil in omschrijving: een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd komt ten einde door het intreden van een zekere toekomstige gebeurtenis en een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde kan ten einde komen door een toekomstige onzekere gebeurtenis. Ook het verschil tussen een arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde tijd en een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde lijkt gering. Bij een arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde tijd is het tijdstip wanneer de arbeidsovereenkomst door het intreden van de toekomstige gebeurtenis eindigt onzeker en bij een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde is onzeker of de arbeidsovereenkomst door een toekomstige

²⁶⁵ Zoals bepleit door Luttmer-Kat, *SR* 1998, p. 339

²⁶⁶ Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, *Kettingrelaties: de nieuwe regeling voor het repeterend gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd*, *SMA* 1999, p. 8

²⁶⁷ In art. 7:690 lid 2 BW wordt een ontbindende voorwaarde expliciet toelaatbaar geacht.

gebeurtenis eindigt. In de literatuur is ook wel verdedigd dat een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet worden beschouwd. Het belang van de vraag of een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd moet worden beschouwd, betreft onder meer de vraag hoe lang maximaal een overeengekomen proeftijd mag duren en ook de vraag of een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde zonder uitdrukkelijk beding door opzegging beëindigd mag worden. Dit recht van opzegging is echter boven elke twijfel verheven, hetgeen impliceert dat een arbeidsovereenkomst met ontbindende voorwaarde niet als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden beschouwd. De bedoeling van de ontbindende voorwaarde is dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt door het intreden van de ontbindende voorwaarde. De mogelijkheid van een dergelijke beëindiging houdt in dat de werknemer bij het intreden van de voorwaarde geen enkele ontslagrechtelijke bescherming geniet. Anders dan in bovengenoemde bepalingen, zwijgt de wet over de arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde. Dit ongenoemd laten van deze rechtsfiguur kan geïnterpreteerd worden als een argument voor de toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde. Anderzijds kan ook het standpunt worden gehuldigd dat de wet op de arbeidsovereenkomst een bijzondere en omvattende regeling geeft met betrekking tot het eindigen van arbeidsovereenkomsten en dat het zwijgen van de wetgever uitgelegd moet worden als een verbod van de ontbindende voorwaarde. De Hoge Raad²⁶⁸ heeft dit vraagpunt beslecht door in 1992 te beslissen dat een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst in beginsel is toegestaan, maar dat in een concreet geval de rechtsgeldigheid van de ontbindende voorwaarde afhankelijk is van de vraag of de betreffende ontbindende voorwaarde en de omstandigheden waaronder daarop een beroep wordt gedaan passen in het (gesloten) stelsel van het ontslagrecht. Voorts moet het intreden van de voorwaarde objectief bepaalbaar zijn en niet afhankelijk van de wil of subjectieve waardering van een belanghebbende partij zijn. Per saldo impliceert dit oordeel dat niet elk beroep op een ingetreden ontbindende voorwaarde kan slagen. In latere uitspraken²⁶⁹ heeft de Hoge Raad dit oordeel nog aangescherpt. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat door de Hoge Raad de ruimte die het ontslagrecht voor de ontbindende voorwaarden biedt, klein wordt gehouden.²⁷⁰

²⁶⁸ HR 6 maart 1992, *JAR* 1992/10.

²⁶⁹ HR 24 mei 1996, *JAR* 1996/141 en HR 13 februari 1988, *JAR* 1988/72

²⁷⁰ Vgl. H.L.A. Ko, De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst, *Arbeidsrecht* 2001/2, nr. 6, p. 3.

In de lagere rechtspraak²⁷¹ zien we het beroep op een ontbindende voorwaarde een enkele maal slagen. Normaal gesproken zal een beroep op een ontbindende voorwaarde slechts kunnen slagen wanneer het ingetreden feitencomplex in het algemeen grond zal opleveren voor een rechtsgeldige beëindiging door opzegging. Wanneer hetzelfde feitencomplex geen grond voor beëindiging zou kunnen opleveren dan moet worden aangenomen dat het betreffende feitencomplex ook niet als ontbindende voorwaarde kan gelden. Maar met deze samenvatting is de vraag of een beroep op een ontbindende voorwaarde zou kunnen slagen nog niet geheel tot helderheid gebracht. Denkbaar is dat een bepaald feitencomplex wel grond geeft voor rechtsgeldige opzegging maar dat op grond van mogelijke kennelijke onredelijkheid der opzegging aan de beëindiging een vergoeding verbonden zou moeten worden. In hoeverre in een concreet geval deze vergoedingsplicht een verhindering oplevert om een beroep op een ontbindende voorwaarde te laten slagen is in de rechtspraak onbeantwoord gebleven. Mij dunkt dat een beroep op een ontbindende voorwaarde niet kan slagen wanneer daarmee een vergoedingsplicht ex. art. 7:681 BW wordt ontgaan.²⁷²

3.8 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en bijzondere bedingen

3.8.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en artikel 7:628 BW

De werkgever en werknemer kunnen krachtens art. 7:628 lid 5 BW schriftelijk de loondoorbetalingsverplichting ex. art. 7:628 lid 1 BW gedurende maximaal zes maanden uitsluiten. De vraag is of dit beding terugkomt in de tijdelijke arbeidsovereenkomst die in het geval van art. 7:667 lid 4 BW en op grond van art. 7:668 BW volgt op een eerder gesloten tijdelijke arbeidsovereenkomst. Gezien art. 7:628 lid 6 BW kan verdedigd worden dat dit uitsluitingsbeding niet terugkomt als de maximale uitsluitingstermijn van zes maanden al verstreken is. Argumenten voor deze opvatting zijn de ratio van het wetsartikel (beperking van de uitsluitingstermijn) en ook het feit dat een ex art. 7:668 BW voorgezette tijdelijke arbeidsovereenkomst onderdeel kan gaan uitmaken van de keten van arbeidsovereenkomsten die in artikel 7:668a lid 1 BW is bedoeld.²⁷³ In art. 7:628 lid 6 BW is uitdrukkelijk neergelegd dat de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting in juistbedoelde keten niet langer dan zes maanden mag bedragen.

²⁷¹ Ktg. Utrecht 3 maart 1999, *JAR* 1999/152 en Ktg. Haarlem 14 december 1994, *JAR* 1995/81

²⁷² Vgl. Ktg. Brielle 26 juli 1994, *JAR* 1994/205

²⁷³ Anders: J.M. van Sloten, Het recht op loondoorbetaling van flexwerkers, *Arbeidsrecht* 1998/10, nr. 54.

Ook doet zich de vraag voor of het uitsluitingsbeding van art. 7:628 lid 5 opnieuw kan worden opgenomen wanneer werkgever en werknemer een tijdelijke arbeidsovereenkomst na een onderbreking van meer dan drie maanden opnieuw voortzetten met een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Op grond van de wettekst lijkt dit toelaatbaar.²⁷⁴ Die toelaatbaarheid wordt nog waarschijnlijker wanneer het opvolgende tijdelijke contract geen betrekking heeft op dezelfde functie of hetzelfde werk.

3.8.2 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en proeftijd

Art. 7:652 lid 4 BW maakt expliciet duidelijk dat in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een proeftijd overeengekomen kan worden. Met betrekking van de maximale duur van een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geeft art. 7:652 BW een gedifferentieerde regeling. In een tijdelijk overeenkomst van korter dan twee jaren bedraagt de maximale duur van de proeftijd één maand. In tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor langer dan twee jaar kan een proeftijd van maximaal twee maanden worden overeengekomen. In een tijdelijke arbeidsovereenkomst waarbij de einddatum niet op een kalenderdatum is gesteld, mag de proeftijd maximaal één maand duren. Deze dwingendrechtelijke duurbeperving van de proeftijd brengt met zich dat in een voortgezette dienstbetrekking als bedoeld in art. 7:667 lid 4 BW en art. 7:668 BW (dus in gevallen waarin geen sprake is van gewijzigde werkzaamheden) de proeftijd niet kan terugkomen, als de maximaal toegestane duur daarvan al tijdens de looptijd van de voorafgaande tijdelijke arbeidsovereenkomst is verstreken. Ook de aard van het proeftijdbeding verzet zich tegen een herhaling van het proeftijdbeding. Een tijdelijk arbeidsovereenkomst kan ook worden voortgezet doordat partijen met betrekking tot de voortzetting een uitdrukkelijke overeenkomst sluiten. In dat geval geldt de herhaaldelijk door de Hoge Raad²⁷⁵ uitgesproken opvatting dat in een opvolgende arbeidsovereenkomst opnieuw een proeftijd bedongen kan worden wanneer 'de nieuwe overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden eist, maar over de ervaringen gedurende de vorige arbeidsovereenkomst geen voldoende inzicht hebben gegeven'.

Later bracht de Hoge Raad²⁷⁶ nog de verduidelijking aan dat andere arbeidsvoorwaarden in een opvolgende arbeidsovereenkomst geen invloed hebben op de vraag of een nieuwe proeftijd toelaatbaar is. Dus alleen de aard van de werkzaamheden waarop de opvolgende arbeidsovereenkomst betrekking heeft is beslissend.

²⁷⁴ Anders: Smitskam, *Flexibele Arbeidsrelaties*, C-1531.

²⁷⁵ HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 244, HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 230 en HR 2 oktober 1987, *NJ* 1988, 233.

²⁷⁶ HR 23 april 1993, *JAR* 1993/120.

Ook lijkt het er niet toe te doen hoeveel tijd er verlopen is tussen het einde van de vorige arbeidsovereenkomst en het aangaan van de nieuwe. Een onderbreking van bijvoorbeeld meer dan drie maanden heeft niet automatisch tot gevolg dat opnieuw een proeftijd tussen dezelfde partijen mag worden overeengekomen wanneer de nieuwe arbeidsovereenkomst betrekking heeft op dezelfde werkzaamheden. Overigens is niet uitgesloten dat een onderbreking van jaren wél van invloed is op de vraag of een nieuwe proeftijd tussen dezelfde partijen toelaatbaar is. In dat geval kan mogelijk geoordeeld worden dat de aard der werkzaamheden gewijzigd is, terwijl ook de geschiktheid van de werknemer om die werkzaamheden te verrichten gedurende de lange onderbreking een verandering kan hebben ondergaan. Denkbaar is ook dat een half-time tijdelijke arbeidsovereenkomst fulltime wordt voortgezet. In twee uitspraken²⁷⁷ oordeelde de Hoge Raad dat een fulltime dienstverband andere kwaliteiten vergt dan een parttime dienstverband en dat derhalve een nieuw proeftijdbeding geoorloofd was.

3.8.3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en concurrentiebeding

De wettelijke regeling met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noch die van het concurrentiebeding in art. 7:653 BW bevat een belemmering om in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concurrentiebeding op te nemen.²⁷⁸ Dit concurrentiebeding blijft, dunkt mij, in beginsel in stand in geval van een voortzetting als bedoeld in art. 7:667 lid 4 BW en art. 7:668 BW en in geval van een conversie ex art. 7:668a lid 1 BW van een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Wel dient ermee rekening gehouden te worden dat beëindiging van rechtswege of door opzegging van een tijdelijke arbeidsovereenkomst grond kan opleveren voor gehele of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding "op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld", zie art. 7:653 lid 2 BW. De onbillijkheid kan schuilen in de duur van het concurrentiebeding in verhouding tot de duur van de tijdelijke arbeidsovereenkomst. Ook is denkbaar dat de werknemer tijdens zijn tijdelijke arbeidsovereenkomst geen informatie over het bedrijf van zijn werkgever heeft verkregen die het redelijk maakt dat misbruik daarvan wordt tegengegaan door een concurrentiebeding. Een

²⁷⁷ HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 230 en HR 13 juni 1996, *NJ* 1986, 715.

²⁷⁸ In het kader van het project Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit heeft een werkgroep o.l.v. I.P. Asscher-Vonk een verbod voorgesteld om in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concurrentiebeding op te nemen, zie *Kamerstukken II* 1995/95, 24 036, nr. 58. De regering heeft zich achter dit voorstel gesteld en heeft een daarop toegesneden wetswijziging in het vooruitzicht gesteld.

concurrentiebeding is immers in de eerste plaats bedoeld om de respectabele belangen van de werkgever te beschermen en niet om een werknemer te beperken in zijn vrijheid van arbeidskeuze.

Onder de werking van het oude recht is enkele keren de vraag aan de orde geweest of een rechtsgeldig overeengekomen concurrentiebeding zijn werking behoudt wanneer een overeenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend is voortgezet zonder dat daarbij het concurrentiebeding schriftelijk is bevestigd. De rechtspraak blijkt verdeeld.²⁷⁹ Van de verdeeldheid is ook sprake m.b.t. de vraag of een oorspronkelijk overeengekomen concurrentiebeding geldig blijft wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁸⁰ In deze gevallen zal het Brabant/Van Uffelen-criterium²⁸¹ beslissend zijn. Bij dit criterium wordt beoordeeld of in de laatste arbeidsovereenkomst het concurrentiebeding zwaarder op de werknemer is gaan drukken. Zo dit het geval is, verliest het oorspronkelijke concurrentiebeding zijn geldigheid tenzij het in de laatste overeenkomst opnieuw schriftelijk is overeengekomen.

3.9 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en overig arbeidsrecht

3.9.1 Art. 7:668a BW en uitzendovereenkomst

Sinds in de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 geldt de uitzendovereenkomst als een arbeidsovereenkomst. De uitzendovereenkomst kan voor onbepaalde tijd gelden, maar in de praktijk van het uitzendwezen wordt een uitzendrelatie tussen uitzendbureau en uitzendkracht aangevangen met een uitzend-arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Op deze uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd is blijkens art. 7:691 lid 1 BW art. 7:668a BW niet onmiddellijk van toepassing, maar pas nadat 26 weken arbeid is verricht. Na deze 26 weken neemt de ketenwerking van art. 7:668a BW een aanvang. In de parlementaire behandeling werd de volgende vraag aan de orde gesteld:²⁸²

²⁷⁹ Ktg. Emmen 11 september 1996, *JAR* 1996/209, oordeelde dat het concurrentiebeding in zo'n geval niet meer geldig is. Anders echter: Ktg. Zevenbergen 23 februari 1995, *Prg.* 1995, nr. 4275 en Ktg. Alphen aan den Rijn 7 juli 1998, *JAR* 1998/204

²⁸⁰ Niet meer geldig: Ktg. Schiedam 15 maart 1994, *Prg.* 1994, nr. 4145 en Hof Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1998/125. Wel geldig: Ktg. Eindhoven 17 juli 1997, *JAR* 1997/178.

²⁸¹ HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 476

²⁸² *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, nr. 132c, p. 11

"Een uitzendkracht treedt per 1-10-1998 in dienst van het uitzendbureau en werkt als volgt:

- van 1-10-98 tot 1-1-99 voor inlener A
- van 1-1-99 tot 1-3-99 voor inlener B
- van 1-3-99 tot 1-4-99 voor inlener A
- van 1-4-99 tot 1-6-99 voor inlener C

Is nu de vierde uitlening (1-4 tot 1-6-99) de vierde of de eerste schakel in de ketting van artikel 668a?"

Het antwoord van de minister luidde dat in dit voorbeeld de uitzendovereenkomst die op 1-4-1999 aanvangt de eerste schakel is in de ketting van artikel 668a lid 1 BW.²⁸³ Zie hierover verder hoofdstuk 6.

3.9.2 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en WOR

Een ondernemingsraad (OR) wordt door verkiezing samengesteld uit personen die in de onderneming werkzaam zijn, zie art. 6 WOR. Zowel voor het actief als passief kiesrecht wordt geen onderscheid gemaakt tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Kiesgerechtigd zijn werknemers die tenminste zes maanden in de onderneming werkzaam zijn geweest en verkiesbaar tot lid van de ondernemingsraad zijn werknemers die gedurende tenminste één jaar in de onderneming werkzaam zijn geweest. Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn echter geen aantrekkelijke kandidaten voor de ondernemingsraad omdat hun arbeidsovereenkomst tijdens de zittingsperiode van de OR zal kunnen aflopen.

De OR heeft krachtens art. 27 WOR een instemmingsrecht met betrekking tot het aanstellingsbeleid van de ondernemer. Denkbaar is dat de OR het aanstellen van werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wil beperken. In dat geval kan de OR proberen op dit punt met de ondernemer tot een beperkende regeling te komen.

3.9.3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en CAO

De Wolff heeft in haar in 1999 verschenen proefschrift "De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd" negentig CAO's onderzocht op specifieke bepalingen m.b.t. de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Aan haar bevindingen is het navolgende ontleend.

De wettelijke regeling m.b.t. de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is grotendeels dwingend recht. Dit betekent dat daarvan niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Alleen de eerste vier leden van art. 7:668a BW zijn blijkens lid 5 driekwartdwingend recht, waardoor afwijkingen, ook ten nadele van de werknemer, bij CAO toelaatbaar zijn. In sommige CAO's is van deze mogelijkheid gebruik

²⁸³ *Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 17*

gemaakt door te bepalen dat niet na drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten al een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

In CAO's worden veelvuldig bepalingen aangetroffen die het gebruik van tijdelijke arbeidscontracten beperken. Deze bepalingen schrijven voor dat alleen voor met name genoemde situaties een tijdelijk contract mag worden gesloten. Ook worden de duur van tijdelijke contracten en de mogelijkheden van verlenging vaak beperkt. In enkele CAO's wordt na zekere duur opzegging van een tijdelijk contract vereist, waar de wet bepaalt dat een einde van rechtswege zal intreden. Voor de arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde tijd (waarvan de einddatum niet kalendermatig vaststaat) is in een enkele CAO een aanzegverplichting opgenomen.

In meerdere CAO's wordt bepaald dat de CAO geheel of gedeeltelijk niet of pas na zekere tijd van toepassing is op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Voor de aanspraak op eindejaarsbonussen/winstuitkeringen wordt nog wel eens geëist dat de werknemer op 31 december in dienst is. In een prorata-winstuitkering, waarvan tijdelijk personeel profijt zou kunnen hebben, wordt vaak niet voorzien. Scholings- en opleidingsfaciliteiten worden aan tijdelijk personeel schaarser aangeboden dan aan vast personeel. Ook bovenwettelijke uitkeringen bij werkloosheid, ziekte en arbeidsongeschiktheid vallen minder snel aan tijdelijk personeel ten deel, of voor kortere duur. In een enkel geval is een Sociaal Plan niet op tijdelijk personeel van toepassing. Het bovenstaande wekt de indruk dat bij de toedeling van arbeidsvoorwaarden tijdelijk personeel minder ruim wordt bedeed dan vast personeel. Mogelijk zal in de toekomst de omvang van dit onderscheid in betekenis afnemen wanneer een aanhangig wetsontwerp wordt aangenomen, zie hieronder.

3.9.4 Wetsontwerp 27661 ter uitvoering van EG-richtlijn 1999/70/EG

Op 30 maart 2001 is een wetsvoorstel²⁸⁴ ingediend ter uitvoering de EG-richtlijn 1999/70/EG, die op 28 juni 1999 is vastgesteld door de Raad van de Europese Unie.²⁸⁵ Deze richtlijn is op verzoek van overkoepelende Europese werkgevers- en werknemersorganisaties tot stand gebracht op basis van een Raamovereenkomst die deze organisaties op 18 maart 1999 hebben gesloten inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De EG-lidstaten hadden tot 10 juli 2001 de tijd om hun wet- en regelgeving in overeenstemming met deze Raamovereenkomst te brengen. De genoemde Raamovereenkomst beoogt de kwaliteit van arbeid voor bepaalde tijd te verbeteren door toepassing van het non-discriminatiebeginsel te waarborgen en een kader vast te stellen om misbruik als gevolg van

²⁸⁴ *Kamerstukken II 1999/00, 27 661*

²⁸⁵ *PbEG 1999, L 175/43*

opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen. Naar het oordeel van de regering behoeft het merendeel van de clausules van de Raamovereenkomst geen implementatie.

De kern van het wetsontwerp voorziet in een tweetal nieuwe wetsartikelen.

Het eerste, art 7:649 BW zal gaan luiden:

‘De werkgever mag geen onderscheid maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

De opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het bepaalde in lid 1, is vernietigbaar. Artikel 647 leden 2 en 3 is van toepassing.

Een beding in strijd met 1 is nietig.

De Commissie gelijke behandeling, genoemd in artikel 11 van de Algemene wet gelijke behandeling, kan onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in lid 1. De artikelen 12,13,14,15, 20 tweede lid en 33 van de Algemene wet gelijke behandeling zijn van overeenkomstige toepassing.’

Het tweede, art. 7:657 BW, zal bepalen:

‘De werkgever is verplicht de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tijdig en duidelijk in kennis te stellen van een vacature terzake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.’

Het wetsontwerp is niet van toepassing op ambtenaren, doch, anders dan de Raamovereenkomst, wel op uitzendkrachten. De voorgenomen wetsartikelen worden overigens van overeenkomstige toepassing verklaard op arbeidsverhoudingen, waarin 'onder gezag' arbeid wordt verricht. Blijkens de MvT heeft een onderzoek van de Arbeidsinspectie aangetoond dat in 9 van de in totaal 40 onderzochte CAO's arbeidsvoorwaarden voorkomen die voor tijdelijk personeel niet of minder snel bereikbaar zijn dan voor vast personeel. Genoemd worden:

- Bovenwettelijke inkomensvervangende uitkeringen in aanvulling op WAO en WW;
- Bijzondere geldelijke voordelen zoals een werkgeversbijdrage aan een particuliere ziektekostenverzekering, het deel kunnen nemen aan een spaarloonregeling, premiespaarregeling, pensioenregeling of andere voordelen die niet direct samenhangen met het uitoefenen van het werk;
- Kinderopvang;
- Buitengewone verlofregelingen;
- Vergoedingsregelingen die beogen de werknemer te vrijwaren van onkosten die samenhangen met de uitoefening van het werk zoals verhuis- en reiskosten, studiekosten;
- Toeslagen voor werk op bijzondere uren.

Voor de uitzendsector, waarin de thans geldende uitzend-CAO

nogal wat fundamentele rechtspositionele verschillen in het leven roept tussen uitzendkrachten met een tijdelijk en vast dienstverband, zal van belang worden in hoeverre die verschillen als 'objectief gerechtvaardigd' kunnen worden beschouwd.

3.10. Slot

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt op ruime schaal toegepast. De huidige wettelijke regeling biedt voor dit veelvuldig gebruik flink wat ruimte. Voor optimale benutting van de wettelijke mogelijkheden is echter wel een nauwkeurig aanstellingsbeleid geboden.

In de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn, dunkt mij, de belangen van de werknemer niet uit het oog verloren. CAO-onderzoek leert echter dat vast personeel vaker en/of sneller dan tijdelijke personeel aanspraak heeft op faciliterende arbeidsvoorwaarden. Een tijdelijk arbeidscontract is voor de werkgever niet alleen gemakkelijker, maar vaak ook goedkoper dan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat verklaart waarom het tijdelijke arbeidscontract voor andere doelen wordt toegepast dan louter voor tijdelijke werkzaamheden. Een aanhangig wetsontwerp beoogt misbruik van de toepassing van tijdelijke contracten tegen te gaan.

4. De oproepovereenkomst

4.1 Inleiding

4.1.1 Oproepkrachten

Het begrip 'oproepkracht' komt niet in de wet voor. In de praktijk komen de meest kleurrijke termen voor om de arbeidskrachten aan te duiden, die op de werkplek verschijnen om arbeid te verrichten nadat ze tot het verrichten van die arbeid zijn opgeroepen. Zo worden oproepkrachten wel doza-werkers genoemd, als afkorting voor hen die alleen op donderdag en zaterdag worden opgeroepen, stand-by-krachten, vliegende keeps of nul-urencontractanten.

Hoewel ook een eenduidige definitie van het begrip oproepkracht ontbreekt, behoort daartoe in ieder geval dat de arbeidskracht geen vaste werktijden heeft, maar pas arbeid verricht na daartoe specifiek te zijn opgeroepen door de werkgever. Strikt genomen is een oproepkracht niet een werknemer met een zogenaamd min-max-contract. Dit laatste is een vorm van deeltijdarbeid, waarbij de precieze arbeidsomvang niet zonder meer duidelijk is.²⁸⁶ Daarentegen is een nul-uren-contract wel een oproepovereenkomst. Het verschil is dat voor een werknemer met een min-

²⁸⁶ In deze zin ook Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.1.1.

max-contract duidelijkheid bestaat over het aantal minimaal te werken uren, terwijl een oproepkracht geen zekerheid heeft of hij wordt opgeroepen, en zo ja, voor hoeveel uur. Over deze definiering van de oproepkracht wordt ook anders gedacht. Soms beschouwt men een werknemer niet langer als oproepkracht alleen als hem op voorhand duidelijk is hoelang en wanneer hij dient te werken.²⁸⁷ Voor de werknemer met een min-max-contract geldt dat hij weet hoe lang hij tenminste dient te werken, zodat deze werknemer soms niet als oproepkracht wordt beschouwd maar als een deeltijdwerker zonder vaste arbeidstijden. De positie van deze deeltijdwerkers wordt besproken in dit hoofdstuk, onder paragraaf 4. Daarbij is het van belang er op te wijzen dat de positie van de min-max-contractant in die zin anders is dan die van de oproepkracht, dat de eerste reeds beschikt over een arbeidsovereenkomst, waarvan de omvang variabel is, terwijl bij de oproepkracht soms geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De term 'oproepkracht' biedt geen duidelijkheid over de juridische duiding van het contract dat aan het werken als oproepkracht ten grondslag ligt. Meestal zal de oproepkracht in dienst van de werkgever arbeid verrichten. Noodzakelijk is dat niet: het is denkbaar dat na een oproep waaraan de oproepkracht gehoor geeft, een overeenkomst van opdracht tot stand komt omdat de opgeroepen arbeidsverrichter ook tijdens het verrichten van de arbeid niet ondergeschikt is aan de 'oproeper'.²⁸⁸ Bij het beantwoorden van de vraag of de oproeparbeid op basis van een arbeidsovereenkomst is of wordt verricht, speelt art. 7:610a BW een belangrijke rol. Indien de 'arbeidsverrichter' zich kan beroepen op het vermoeden dat de arbeid krachtens een arbeidsovereenkomst is verricht staat het de 'oproeper' vrij te pogen dat vermoeden te weerleggen. Voor de opdrachtovereenkomst wordt verwezen naar hoofdstuk 1.

4.1.2. Oproepovereenkomsten als maatschappelijk verschijnsel

Uit gegevens over het jaar 1999 blijkt dat toen ongeveer 2,3% van de werkzame beroepsbevolking werkzaam was als oproepkracht of invalkracht.²⁸⁹ Bij de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid zijn gegevens uit 1994 gehanteerd. Toen was ongeveer 3% van de beroepsbevolking als op- of afroepkracht werkzaam.²⁹⁰ Het gaat dan om ongeveer 150.000 personen. Uit een in 1996 verricht onderzoek blijkt dat slechts 57% van de oproepkrachten over een schriftelijke

²⁸⁷ In die zin I. Plets & D. de Wolff, De oproepovereenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, in F.J.L. Pennings, *Flexibilisering van het sociaal recht in Nederland en België*, Reeks VvA 27, Kluwer, Deventer 1998, p. 34

²⁸⁸ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.5.2.2.

²⁸⁹ CBS 1999, tabel 27, onder E.

²⁹⁰ Bijlage 2 bij de Nota Flexibiliteit en zekerheid, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 44 e.v.

arbeidsovereenkomst beschikt. Tevens blijkt dat oproepkrachten met name worden ingezet bij het opvangen van onvoorziene pieken in de productie of dienstverlening.²⁹¹ Smitskam wijst er daarnaast op dat oproeparbeid relatief goedkope arbeid is, soms omdat deze arbeid buiten de CAO valt, veelal omdat oproepkrachten nimmer overwerkvergoedingen betaald krijgen. Daarnaast wordt volgens haar het sluiten van een oproepovereenkomst aantrekkelijk gevonden omdat daarmee toepassing van de regels van het ontslagrecht wordt vermeden.²⁹²

De jurisprudentie heeft een bepaalde mate van bescherming van de oproepkracht bewerkstelligd. Over het algemeen wordt aangenomen dat een onduidelijke rechtsverhouding tussen partijen voor rekening van de werkgever dient te komen,²⁹³ terwijl ook overigens de rechter als uitgangspunt hanteert dat een oproepkracht zoveel als mogelijk is gelijk aan een werknemer in vaste dienst moet worden behandeld.²⁹⁴ Als de werkgever de oproepkracht met grote regelmaat oproept en inzet op een wijze die vergelijkbaar is met een werknemer in 'vaste' dienst, neemt de rechtspraak op enig moment aan dat het oproepkarakter van de overeenkomst is verdwenen.²⁹⁵

Vervolgens heeft ook de regering zich de relatief onbeschermdere positie van oproepkrachten aangetrokken en met de Nota Flexibiliteit en zekerheid wetgeving voorgesteld ter bescherming van de oproepkracht. De daarop volgende Wet flexibiliteit en zekerheid heeft geleid tot meer bescherming. Deze beschermende bepalingen hebben niet alleen tot bijval van de zijde van oproepkrachten geleid. In een groot aantal sectoren blijkt de lossere band die een oproepkracht met de werkgever heeft juist de werknemer, en in veel mindere mate de werkgever, te bekoren. Vooral in de zorgsector bleken veelal vrouwelijke oproepkrachten niet bereid te zijn een verplichting te aanvaarden tot het verrichten van arbeid, welke verplichting voortvloeit uit het omzetten van een 'oproepovereenkomst' in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁹⁶ Zij meenden dat een dergelijke verplichting niet zou passen bij de invulling van hun privé-leven.

4.1.3 De wetgever en de oproepovereenkomst

²⁹¹ K.G. Tijdens, *Zeggenschap over arbeidstijden. De samenhang tussen bedrijfstijden, arbeidstijden en flexibilisering van de personeelsbezetting*. Welboom, Den Haag 1998, hst. 6.2.4.

²⁹² Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.1.3.1 en D.1.3.2.

²⁹³ Zie bijv. Ktg. Middelburg 1 mei 2000, *Prg.* 2000, 5495

²⁹⁴ HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 (Agfa/Schoolderman)

²⁹⁵ I. Plets & D. de Wolff, De oproepovereenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, in F.J.L. Pennings, *Flexibilisering van het sociaal recht in Nederland en België*, Reeks VvA 27, Kluwer, Deventer 1998, p. 47.

²⁹⁶ Zie bijv. Trouw 16 februari 1999 (Flexwet bedreigt toekomst van gezelschappen). De Volkskrant 2 januari 1999 (gewoon even een contractje sluiten).

De oproepovereenkomst heeft geen specifieke regeling in de arbeidswetgeving. Over het algemeen worden twee verschillende vormen van oproepcontracten onderscheiden, te weten de voorovereenkomst en de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.²⁹⁷ In het eerste geval spreken werkgever en werknemer af dat de werkgever de werknemer kan oproepen om arbeid onder bepaalde voorwaarden te verrichten, en dat de werknemer niet verplicht is om aan de oproep om arbeid te komen verrichten, gehoor te geven. Alleen als de werknemer aan de oproep om te komen werken gehoor geeft, ontstaat tussen de werkgever en oproepkracht een overeenkomst die in het algemeen als tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. De voorovereenkomst ligt dus letterlijk voor de arbeidsovereenkomst. De tweede vorm is de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht (mup). Hierbij hebben partijen een gewone arbeidsovereenkomst met elkaar gesloten, maar hebben ze de loondoorbetalingsverplichting die geldt indien de werknemer niet kan werken om een reden die voor risico van de werkgever komt, contractueel uitgesloten. Op grond van de arbeidsovereenkomst mup is de werknemer verplicht gehoor te geven aan iedere oproep. De werknemer is immers 'in dienst' van de werkgever. Het bestaan van de verplichting om aan de oproep gehoor te geven is het onderscheidende element tussen de voorovereenkomst en de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.²⁹⁸ Op dit onderscheid kom ik later terug. Het gaat in beide gevallen om contractsvormen die de wetgever niet bij voorbaat heeft voorzien. De ruimte in de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst is door de praktijk zo benut dat daarin deze twee vormen van oproepovereenkomsten passen. De ontwikkeling daarvan is goed op gang gekomen in de zeventiger jaren.

Voor het eerst met de Wet flexibiliteit en zekerheid heeft de wetgever getracht in te grijpen in die maatschappelijke ontwikkeling door de oproepkracht een betere arbeidsrechtelijke bescherming te bieden. Die bescherming is gerealiseerd door het rechtsvermoeden van de omvang van de arbeidsovereenkomst in de wet vast te leggen, in art. 7:610b BW. Hier is bepaald dat indien de werknemer tenminste gedurende drie maanden wekelijks dan wel 20 uur per maand arbeid heeft verricht, de contractuele arbeidsomvang wordt vermoed te zijn het gemiddelde van de in drie maanden gewerkte uren. Met deze bepaling wordt de oproepkracht (in beginsel, want anders bewijzen is mogelijk) beschermd tegen langdurige onduidelijkheid over de arbeidsomvang. In art. 7:628a BW is bepaald dat – onder bepaalde voorwaarden – het gehoor geven aan een oproep om minder dan drie uur te komen werken leidt tot recht op betaling van ten minste het

²⁹⁷ Dit onderscheid is voor het eerst uiteengezet door P.A. Stein in de noot onder HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264 (Possemis-Hoogenboom) en heeft daarna algemeen ingang gevonden.

²⁹⁸ In die zin ook Ktg. Utrecht 7 maart 2001, *JAR* 2001/91

loon over drie uren. Art. 7:628 lid 5 BW beperkt de mogelijkheid om langdurig af te wijken van de loondoorbetalingsverplichting ingeval niet gewerkt kan worden om een reden die voor risico van de werkgever komt. Een dergelijke afwijking is voor maximaal zes maanden geldig. Tenslotte is art. 7:668a BW van belang waarin bepaald dat indien tussen dezelfde partijen na drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten, waartussen niet meer dan drie maanden is verstreken, binnen drie maanden een vierde wordt gesloten, deze vierde arbeidsovereenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd. Dat laatste geldt ook indien meerdere tijdelijke arbeidsovereenkomsten tussen partijen een periode van zesendertig maanden overschrijden. Al deze punten zullen later uitvoeriger besproken worden.

Dat de arbeidswetgever het verschijnsel “oproeparbeid” eerder dan bij de totstandkoming van de Flexwet wel heeft gesignaleerd kan worden afgeleid uit het bepaalde in art. 7:655 lid 6 BW. Daar wordt de op grond van art. 7:655 BW geldende informatieplicht ook van toepassing verklaard op een ‘overeenkomst die de voorwaarden regelt van een of meer arbeidsovereenkomsten die partijen zullen sluiten indien na oproep arbeid wordt verricht’. Dit deel van de bepaling heeft betrekking op de voorovereenkomst, waarbij dus een aan de arbeidsovereenkomst gelijke informatieplicht voor de werkgever is opgenomen. Ook in het wetsvoorstel inzake klachtrecht voor de individuele werknemer is de oproepkracht met een voorovereenkomst niet vergeten. In het voorgestelde art. 7:657 lid 8 BW wordt deze oproepkracht een beroep op het klachtrecht gegund.²⁹⁹

4.2 De voorovereenkomst

4.2.1 De aard van de voorovereenkomst

De voorovereenkomst legt de basis voor het doen van oproepen aan de oproepkracht om de arbeid te verrichten. In deze overeenkomst zijn de voorwaarden geregeld op grond waarvan de oproep plaats kan vinden en zijn de arbeidsvoorwaarden geregeld die van toepassing zijn als op grond van een oproep een arbeidsovereenkomst tot stand komt. Pas als de oproepkracht aan de oproep gehoor geeft, kan een arbeidsovereenkomst tot stand komen. In het algemeen wordt aangenomen dat de voorovereenkomst een overeenkomst is, zodat de rechtsrelatie tussen oproepkracht en werkgever wordt beheerst door de algemene beginselen van het contractenrecht. In de rechtsrelatie tussen werkgever en oproepkracht geldt dus ook de redelijkheid en billijkheid. Voor de beëindiging van de voorovereenkomst gelden geen specifiek wettelijke regelen. Uitgangspunt van de voorovereenkomst-constructie is dat de werkgever niet verplicht is de oproepkracht op te roepen, ook niet als hij wel werk ter beschikking heeft, en dat de werknemer niet verplicht is om aan de oproep gehoor te geven. In de voorovereenkomst kunnen nadere afspraken ter zake gemaakt

²⁹⁹ *Kamerstukken II 1999/00, 27 274, nrs. 1-2.*

worden. Zo kunnen werkgever en oproepkracht overeenkomen dat de oproepkracht een oproep alleen naast zich neer mag leggen indien zich naar de beoordeling van de oproepkracht bepaalde omstandigheden voordoen, of dat de werkgever de verplichting heeft de oproepkracht op te roepen indien hij bepaalde werkzaamheden beschikbaar heeft. Indien in de overeenkomst een verplichting van de oproepkracht wordt vastgelegd om aan iedere oproep gehoor te geven, of indien wordt vastgelegd dat de oproepkracht slechts onder nauwkeurig omschreven omstandigheden of (naar aanleiding van omstandigheden) ter beoordeling van de werkgever aan een oproep geen gehoor behoeft te geven, is er geen sprake meer van een voorovereenkomst. De oproepkracht is dan op grond van die overeenkomst beschikbaar voor de werkgever en verplicht aan een oproep gehoor te geven, op grond waarvan ondergeschiktheid van de oproepkracht aan de werkgever, en dus ook een arbeidsovereenkomst, aangenomen kan worden.

Het is mogelijk dat de voorovereenkomst leidt tot het verrichten an arbeid op een zodanige wijze dat in feite sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dat zal zich voordoen indien de oproepkracht zonder duidelijke oproep op een reguliere basis wordt ingezet om arbeid te verrichten. Er is dan geen oproep, laat staan een tijdelijke arbeidsovereenkomst, aan te wijzen op grond waarvan de werknemer werkzaam is. Indien aldus langer dan drie maanden arbeid wordt verricht kan de oproepkracht/werknemer zich in dergelijke gevallen beroepen op het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW. De werkgever dient dan te bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar van een voorovereenkomst.³⁰⁰

4.2.2 De oproep

Indien de werkgever arbeid beschikbaar heeft, kan hij voor het verrichten daarvan de oproepkracht oproepen. Bij de voorovereenkomst wordt, behoudens bijzondere omstandigheden zoals gewekte verwachtingen, niet aangenomen dat de werkgever verplicht is de oproepkracht op te roepen.

De wijze waarop de oproep plaatsvindt, zal over het algemeen zijn geregeld in de voorovereenkomst, maar dat hoeft niet. De oproep kan telefonisch plaatsvinden, maar ook kan de oproep plaatsvinden door de oproepkracht in kennis te stellen van een werkrooster, waaruit de oproepkracht kan afleiden dat hij is opgeroepen.³⁰¹

4.2.3 De arbeidsovereenkomst na de oproep

³⁰⁰ Zie voor een geval waarin de werkgever daarin (naar mijn mening ten onrechte, want er is sprake van een verplichting om aan een oproep gehoor te geven) slaagt: Ktg. Utrecht 7 maart 2001, *JAR* 2001/91.

³⁰¹ Zie bijv. Ktg. Amsterdam 11 februari 2000, *JAR* 2000/166

Indien de oproepkracht door de werkgever op basis van de voorovereenkomst wordt opgeroepen om te komen werken en daaraan gehoor geeft, komt (in beginsel) een arbeidsovereenkomst tot stand. Het betreft dan een gewone arbeidsovereenkomst, waaruit de gebruikelijke verplichtingen voortvloeien, zoals de verplichting aan de zijde van de werkgever om loon aan de oproepkracht voor zijn arbeid loon te betalen. De vraag is wanneer die arbeidsovereenkomst tot stand komt: bij het aanvaarden van de oproep door de oproepkracht, of bij het feitelijk aanvangen van de arbeid door de oproepkracht? Naar mijn mening komt de arbeidsovereenkomst in beginsel tot stand na de aanvaarding van de oproep door de oproepkracht en zijn toezegging de arbeid te komen verrichten. Er is dan sprake van een aanbod (tot het verrichten van arbeid) en de aanvaarding daarvan door de oproepkracht.³⁰² Dit is slechts anders indien de oproepkracht krachtens de voorovereenkomst tot op het moment van het feitelijk ter hand nemen van de arbeid en ondanks zijn toezegging die arbeid ter hand te zullen nemen, de oproep alsnog vrijelijk kan weigeren. Is een zo grote vrijheid bedongen, dan komt de arbeidsovereenkomst eerst tot stand nadat de oproepkracht de werkzaamheden in ondergeschiktheid is gaan verrichten. In tegenstelling tot Smitskam³⁰³ is naar mijn mening van een zo grote vrijheid in de oproepovereenkomst niet bijna per definitie sprake. De vrijheid om een aanvaard aanbod om te komen werken alsnog te weigeren is een afwijking van het algemene contractenrecht die in beginsel specifiek bedongen zal moeten zijn. Als na de oproep en de aanvaarding daarvan de oproepkracht arbeidsongeschikt wordt, heeft hij recht op doorbetaling van loon over de periode van de oproep, e.e.a. op grond van art. 7:629 BW. Als de oproepkracht na aanvaarding van de oproep tijdens de arbeidstijd een wettelijke plicht vervult, behoudt hij gedurende die tijd op grond van art. 7:629a BW recht op doorbetaling van het loon.

Een tweede vraag is wat de aard is van de na het gehoor geven aan een oproep tot stand gekomen arbeidsovereenkomst. In beginsel zal sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, te weten voor de duur van de oproep. In de voorovereenkomst of bij de oproep van de werknemer zal een duidelijk en objectief bepaalbaar einde van de arbeidsovereenkomst die is ontstaan door aanvaarding van de oproep zijn afgesproken. Zo komen oproepen voor voor een bepaalde periode (bijv. dit weekeinde) of voor een bepaalde vastomlijnde taak (het verwerken van de vis uit een bepaald schip). Met het einde van de periode of de taak eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege. Kern van de tijdelijke arbeidsovereenkomst is dat het einde van de gebeurtenis waaraan het einde van de bepaalde tijd is verbonden, onafhankelijk van de wil der partijen tot stand komt en objectief te bepalen is. Indien de oproepkracht opgeroepen wordt om arbeid te verrichten voor de periode dat de werkgever 'bedienend

³⁰² I.P. Asscher-Vonk & W.J.P.M. Fase, *Bakels. Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer, 2000, p. 63.

³⁰³ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D. 5.3.3.

personeel op het terras nodig heeft', leidt het gehoor geven aan de oproep niet tot een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Een dergelijke arbeidsovereenkomst heeft geen onafhankelijk van de wil van een der partijen te bepalen eindmoment en kan dus niet van rechtswege eindigen.³⁰⁴ Voor het einde van de arbeidsovereenkomst is dan opzegging vereist. In de praktijk komen dergelijke oproepen waarschijnlijk veelvuldig voor en realiseren partijen zich de gevolgen daarvan niet, of beroept de oproepkracht zich daarop niet.

Indien door de oproep een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot stand komt die van rechtswege eindigt, dienen partijen zich te realiseren dat tijdelijke arbeidsovereenkomsten niet onbeperkt kunnen worden gesloten. Art. 7:668a lid 1 BW bepaalt dat indien na drie opeenvolgende of binnen drie maanden na elkaar gesloten tijdelijke arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen aansluitend of binnen drie maanden een vierde tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt gesloten, deze vierde tijdelijke arbeidsovereenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd. Dit betekent dat de vierde oproep waaraan de oproepkracht gehoor geeft en welke binnen drie maanden na het einde van de vorige arbeidsovereenkomst leidt tot het aanvangen van de arbeid, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is.³⁰⁵ Het gegeven dat aan de tijdelijke arbeidsovereenkomsten een voorovereenkomst en een oproep ten grondslag liggen, verandert daaraan niets. Wel kan op grond van het vijfde lid bij CAO van de regeling van art. 7:668a BW worden afgeweken.

Indien de oproepkracht al reeds langere tijd op een bepaalde dag (al dan niet zonder duidelijke oproep) arbeid verricht, dan zal deze oproepkracht met een beroep op de rechtsvermoedens kunnen stellen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst met een omvang gelijk aan het gemiddelde van de in de afgelopen periode gewerkte uren. Als de CAO een andere regeling kent ter bepaling van de positie van oproepkrachten kan dat het beroep op een rechtsvermoeden beïnvloeden, omdat (zoals hierna, onder 2.5 uiteen te zetten) een dergelijke regeling zal worden beschouwd als een factor van belang bij de weerlegging van het rechtsvermoeden.

4.2.4 De omvang van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Hiervoor is uiteengezet dat na het gehoor geven aan een vierde oproep tussen werkgever en oproepkracht een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Dit is in overstemming met art. 7:668a BW. In die bepaling is niets geregeld met betrekking tot de omvang van de arbeidsovereenkomst. Moet worden aangenomen dat indien de vierde oproep (en dus de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd) betrekking had om op donderdagochtend 3 uur te komen werken, er een arbeidsovereenkomst met een gemiddelde omvang van 3 uur per week is

³⁰⁴ Zie voor de tijdelijke arbeidsovereenkomst verder hoofdstuk 3

³⁰⁵ In deze zin ook Ktg. Meppel 15 maart 2001, *JAR* 2001/73

ontstaan? Hoewel deze benadering in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever lijkt, is deze oplossing voor de praktijk niet eenvoudig toe te passen. Wat als de laatste oproep een periode van vier volledige werkweken betreft, terwijl de drie daaraan voorafgaande oproepen ieder een ochtendje betroffen? Dan zal krachtens de letter van de wet de arbeidsomvang op een volledige werkweek moeten worden gesteld. Maar wat als een vierde oproep slechts voor een volledige werkweek geldt? Moet de periode van een werkweek dan leiden tot de conclusie dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor de volledige arbeidsomvang per week, of moet die werkweek verdeeld worden over een maand of misschien zelfs een jaar? Is de aan de vierde oproep voorafgegane gemiddelde arbeidsduur helemaal niet meer van belang? Smitskam hanteert als uitgangspunt dat de omvang van de laatste tijdelijke arbeidsovereenkomst maatgevend is voor de omvang van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de laatste arbeidsomvang ook geconverteerd wordt naar de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor zover deze directe conversie leidt tot onevenredige benadeling van de werkgever of van de werknemer, zou ik er voor pleiten op grond van de redelijkheid een afwijkende arbeidsomvang vast te stellen.

Het uitgangspunt van Smitskam lijkt me juist, zij het dat het op grond van de redelijkheid en billijkheid na in arbeidsomvang sterk verschillende oproepen voor de hand ligt om bij de vaststelling van de omvang van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de gemiddelde arbeidsomvang over de vier oproepen te betrekken. Beargumenteerd zou kunnen worden dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap gehouden is op deze wijze de gemiddelde arbeidsomvang te bepalen, zoals de kantonrechter te Hilversum besliste.³⁰⁶ Voor deze berekeningswijze kan aansluiting worden gezocht bij het rechtsvermoeden omvang van de arbeidsovereenkomst, zoals vastgelegd in art. 7:610b BW. Voor zover de vierde tijdelijke arbeidsovereenkomst en dus de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd naar het oordeel van de werkgever een te grote arbeidsomvang kent, kan de werkgever trachten te bewijzen dat het gemiddelde anders berekend moet worden. Dat zal met name kans van slagen hebben als hij kan wijzen op een langere meer representatieve periode, op grond waarvan een beter beeld van de gemiddelde inzet van de oproepkracht verkregen kan worden.³⁰⁷ Uit de schaarse jurisprudentie over het 'rechtsvermoeden omvang' blijkt dat de rechter zich niet veel aantrekt van de in art. 7:610b BW genoemde termijn van drie maanden, en die termijn eenvoudig verlengt om tot een beter gemiddelde van de omvang te komen.³⁰⁸ Daarbij valt op dat ook indien door voortzetting van tijdelijke arbeidsovereenkomsten indien inmiddels een arbeidsovereenkomst voor

³⁰⁶ Ktg. Hilversum 15 maart 1999, *JAR* 1999/91.

³⁰⁷ *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 263, nr. 33, p. 3, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 318. Zie bijv. Ktg. Zierikzee 17 september en 17 december 1999, *JAR* 2000/23.

³⁰⁸ *Verhulp* 2001, p. 127.

onbepaalde tijd moet worden aangenomen, geen beroep op art. 7:668a BW, maar op art. 7:610b BW wordt gedaan.³⁰⁹

Het is de vraag of indien vier tijdelijke arbeidsovereenkomsten elkaar opvolgen in een periode van minder drie maanden, ook met een beroep op art. 7:610b BW de arbeidsomvang van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden bepaald, voor zover de omvang van die laatste arbeidsovereenkomst onevenredig is. Dat zal het geval kunnen zijn indien een werknemer gedurende zes weken drie keer een dag na oproep, op grond van een voorovereenkomst, arbeid heeft verricht en vervolgens wordt opgeroepen om gedurende een week arbeid te verrichten. Het rechtsvermoeden omvang heeft krachtens art. 7:610b BW alleen maar toepassing indien tenminste gedurende drie maanden arbeid is verricht. Ik meen dat in het gegeven voorbeeld gezocht moet worden naar een gemiddelde arbeidsduur als omvang voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, om zodoende onbillijke uitkomsten te voorkomen. Analoge toepassing van art. 7:610b BW ligt dan voor de hand.

4.2.5 Een regeling van de arbeidsomvang in de CAO

Bij de behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid is de vraag aan de orde geweest op welke wijze zich het 'rechtsvermoeden omvang' van art. 7:610b BW verhoudt tot een regeling in een CAO waarin ook -maar op een andere wijze- is geregeld hoe met een min of meer structureel andere dan de overeengekomen arbeidsduur moet worden omgegaan. Sommige CAO's kennen de bepaling dat indien een werknemer gedurende vier loonperioden meer uren heeft gewerkt dan is overeengekomen, de werkgever op verzoek van die werknemer verplicht is de arbeidsomvang tot het gemiddelde van de laatste vier loonperioden uit te breiden. De wettelijke regeling van de rechtsvermoedens zijn niet van drie-kwart dwingend recht, zodat afwijking bij CAO niet mogelijk is. Maar de wet bevat slechts rechtsvermoedens, die kunnen worden weerlegd met alle middelen rechtens. Om bij dergelijke vermoedens te regelen dat afwijking bij CAO mogelijk is, ligt niet voor de hand. Het gaat immers om de bewijspositie. In eerste instantie liet de minister weten dat het rechtsvermoeden omvang van art. 7:610b BW slechts een 'handvat' is, voor die situaties waarin het onduidelijk is hoe partijen met een andere arbeidsomvang dan is overeengekomen, dienen om te gaan.³¹⁰ Uit deze mededeling zou kunnen worden afgeleid dat een regeling in de CAO voor het 'rechtsvermoeden omvang' van art. 7:610b BW toegepast zou moeten worden. Later zwakte de minister dit standpunt af door er op te wijzen dat of een beroep van de werkgever op een bepaling uit de CAO, of een beroep van de werknemer op het rechtsvermoeden te ontcrachten, succes zal hebben, "afhankelijk is van alle feiten en omstandigheden van

³⁰⁹ Ktg. Dordrecht 11 januari 2001, *JAR* 2001/163.

³¹⁰ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, nr. 33, p. 3, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 318.

het geval en uiteindelijk geheel ter beoordeling aan de rechter."³¹¹
Waarschijnlijk heeft de werkgever die ter weerlegging van een beroep op het rechtsvermoeden van de werknemer, wijst op een regeling in de CAO, minstens een begin van tegenbewijs. Het gaat naar mijn mening evenwel in zijn algemeenheid te ver om de werknemer waarvoor een CAO geldt die een regeling kent waar de werknemer zich ter uitbreiding van zijn contract op kan beroepen, een beroep op het wettelijke rechtsvermoeden te ontzeggen.³¹²

4.2.6 Recht om opgeroepen te worden? Loondoorbetaling

In de voorovereenkomst is in beginsel een grote vrijheid van beide partijen opgenomen. De werkgever bedingt de vrijheid om de werknemer op te roepen wanneer het hem uitkomt, daarentegen bedingt de werknemer de vrijheid niet aan een oproep gehoor te hoeven geven. Dergelijk bedingen laten onverlet dat er situaties denkbaar zijn waarin de werkgever de oproepkracht zou moeten oproepen. Daarvan kan sprake zijn als de oproepkracht er op mag vertrouwen dat hij bij bepaalde omstandigheden zal worden opgeroepen. Indien die omstandigheden zich dan voordoen, staat het de werkgever niet vrij de oproepkracht niet op te roepen. Op grond van art. 3:35 BW dient een werkgever dan de verwachtingen van de oproepkracht te honoreren. Van gerechtvaardigd vertrouwen zal in de eerste plaats sprake zijn als in de voorovereenkomst de omstandigheden zijn opgesomd die tot een oproep moeten leiden. Indien is afgesproken dat de oproepkracht middels inroosting wordt opgeroepen en zijn naam komt op het rooster bij een bepaalde dag voor, dan mag de oproepkracht er op vertrouwen te zijn opgeroepen. Maakt de werkgever na bekendmaking van het rooster (en de aanvaarding door de oproepkracht van deze oproep) de inroosting van de oproepkracht ongedaan, dan laat dat het recht van de oproepkracht op loon en eventuele tewerkstelling onverlet. Er is dan immers een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen. Dit is anders indien uitdrukkelijk tussen partijen is overeengekomen dat de inroosting tot niets verplicht, en er geen wezenlijke andere praktijk tussen partijen is gegroeid.³¹³ Smitskam wijst er verder op dat het denkbaar is dat de werkgever op grond van de redelijkheid en billijkheid is gehouden de werknemer op te roepen. Dat kan indien er reeds gedurende lange tijd onder bepaalde omstandigheden een oproep heeft plaatsgevonden en daarvan zonder deugdelijke reden plotseling wordt afgezien. Vaak zal na langdurige opeenvolgende oproepen op grond van een voorovereenkomst reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn ontstaan. Dit is met name anders als in de van toepassing zijnde CAO art. 7:668a BW geheel of

³¹¹ *Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132b, bijlage, p. 8, Parl. Gesch. Flexwet, p. 325.*

³¹² Kennelijk anders: Ktg. Utrecht 7 maart 2001, *JAR* 2001/91

³¹³ Zie hierover uitvoerig: Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.10.2.2.

gedeeltelijk buiten toepassing is verklaard, en in die CAO niet is voorzien in een redelijke oplossing. Dan zou een beroep op de redelijkheid en billijkheid uitkomst kunnen bieden.

4.3 De arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht

4.3.1 De aard van de arbeidsovereenkomst m.u.p.

De arbeidsovereenkomst m.u.p. is vanaf het moment van sluiten een gewone arbeidsovereenkomst. Bij de beëindiging van de overeenkomst, voor zover aangegaan voor onbepaalde tijd, dient de werkgever te beschikken over de toestemming van de RDA krachtens art. 6 BBA op straffe van vernietigbaarheid van de opzegging. Dat de arbeidsovereenkomst m.u.p. een gewone arbeidsovereenkomst is, betekent dat de oproepkracht vanaf het moment van ingaan van de overeenkomst ondergeschikt is aan de werkgever. Deze ondergeschiktheid uit zich daarin, dat de werknemer verplicht is aan redelijke opdrachten van de werkgever gehoor te geven. Indien de werkgever de werknemer oproept om arbeid te komen verrichten, dient de werknemer dus aan die opdracht gehoor te geven.

Het bijzondere van de arbeidsovereenkomst m.u.p. is dat partijen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om de loondoorbetalingverplichting van de werkgever bij de arbeidsovereenkomst uit te sluiten. De hoofdregel van het arbeidsovereenkomstenrecht is dat de werknemer die niet werkt, geen recht heeft op loon. Deze hoofdregel is vastgelegd in art. 7:627 BW. In art. 7:628 lid 1 BW is als uitzondering op deze hoofdregel bepaald dat indien de werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, de werknemer recht behoudt op het naar tijdsruimte vastgestelde loon. Krachtens deze uitzondering dient de werkgever aan de verkoopster die haar arbeid niet kan verrichten omdat er geen klanten zijn, of aan de metselaar die niet verder kan werken omdat door een staking bij de steenfabriek geen stenen voorhanden zijn en daarom maar naar huis is gestuurd, toch het loon door te betalen. Van deze laatste verplichting kunnen werkgever en werknemer in de arbeidsovereenkomst afwijken. Het vijfde lid van art. 7:628 BW bepaalt dat expliciet, maar beperkt die mogelijkheid tot de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. De werkgever behoeft als van die mogelijkheid gebruik is gemaakt gedurende de eerste zes maanden slechts loon c.a. te betalen voor zover de werknemer feitelijk arbeid verricht: de loonbetaling, maar ook de arbeidsprestatie, is uitgesteld. Ondertussen is de werkgever ervan verzekerd dat de werknemer beschikbaar is om aan de oproep gehoor te geven: de werknemer is immers –ook als geen loon wordt betaald– ondergeschikt. De arbeidsovereenkomst m.u.p. is in die zin zeer nadelig voor de werknemer: het sluiten er van betekent dat de werknemer in afwachting van een oproep om arbeid te komen verrichten zich voor het

verrichten van die arbeid beschikbaar houdt, voor die beschikbaarstelling geen loon ontvangt en niet weet wanneer en of hij daadwerkelijk wordt opgeroepen om arbeid te verrichten. Uit het evaluatie-onderzoek van de Flexwet in 2000 blijkt dat door 10% van alle werkgevers gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid het recht op loondoorbetaling uit te sluiten. De sectoren bouw en zorg/welzijn scoren relatief hoog, met resp. 23 en 14%.³¹⁴

Met name de uit de arbeidsovereenkomst m.u.p. voortvloeiende gedachte dat de oproepkracht een oproep niet zal mogen weigeren is voor Rood reden zich tegen deze constructie te keren. De oproepkracht verwordt in de visie van Rood tot 'slaaf' van de werkgever, hetgeen hij in strijd acht met fundamentele rechten.³¹⁵ Nu de arbeidsovereenkomst m.u.p. wordt beheerst door art. 7:611 BW zal de werkgever niet zonder meer kunnen verlangen dat de werknemer dag en nacht klaarstaat om aan de oproep gehoor te geven. In de praktijk wordt de verplichting van de werknemer vaak nader beperkt door afspraken over de wijze en termijn van oproepen. De opvatting van Rood heeft (wellicht daarom) weinig steun ontvangen. Daarnaast is wel betoogd dat de arbeidsovereenkomst m.u.p. op gespannen voet staat met het bepaalde in art. 8 BBA, dat een eenzijdige verkorting van de arbeidsduur door de werkgever verbiedt.³¹⁶ Nu het hier niet gaat om een eenzijdige wijziging maar het gebruikmaken van een krachtens het BW toegestaan beding, is in de jurisprudentie dat betoog nimmer tot uitgangspunt genomen.

De arbeidsovereenkomst m.u.p. kan zowel voor bepaalde tijd als voor onbepaalde tijd worden aangegaan. Gelet op art. 7:628 lid 5 BW, dat bepaalt dat de loondoorbetalingsverplichting maximaal gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst kan worden uitgesloten, ligt het eerder voor de hand om een arbeidsovereenkomst m.u.p. voor de duur van maximaal zes maanden te sluiten. Noodzakelijk is dat uiteraard niet. Het beding is daarmee zeer geschikt voor seizoensarbeid.

4.3.2 De verplichting om aan een oproep gehoor te geven

De verplichting van de werknemer om aan een oproep gehoor te geven en arbeid te komen verrichten vloeit voort uit de ondergeschiktheid van de oproepkracht. Nu strekt die ondergeschiktheid niet zover dat de werkgever kan verlangen dat de oproepkracht dag en nacht klaarstaat. Een werkgever die dat wel verlangt en op die wijze de oproepkracht oproept en aan een

³¹⁴ P.M. de Klaver, D.J. Klein Hesselink, E.P. Miedema en C. Schlangen, *Ervaringen met en effecten van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Elsevier, 's Gravenhage, 2000, p. 36

³¹⁵ M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Deventer, Gouda Quint 2000, p. 52.

³¹⁶ Zie hierover Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.5.2.3., en Van Slooten 1999, p. 243 e.v.

weigering van de werknemer dan op te komen draven gevolgen verbindt, handelt in strijd met zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen. In het algemeen zal reeds in de arbeidsovereenkomst zelf zijn bepaald op welke termijn en binnen welke grenzen de oproepkracht kan worden opgeroepen, en binnen welke grenzen de oproepkracht aan de oproep gehoor moet geven. Is daarvan geen sprake dan kan naast het goede werkgeverschap ook het bepaalde in art. 4:2 lid 2 Arbeidstijdenwet van belang zijn. In dit laatste artikellid is bepaald dat de werkgever tenminste vier dagen van tevoren aan de werknemer bekend moet maken op welke tijdstippen hij arbeid moet verrichten. Afwijken van deze regeling is mogelijk uitsluitend met toestemming van de oproepkracht, welke toestemming hij iedere oproep weer dient te geven. In de praktijk zal hiervan blijken door aan de oproep gehoor te geven.³¹⁷

Is de verplichting om aan de oproep gehoor te geven niet al in de arbeidsovereenkomst opgenomen, dan kan dat, en daarmee het antwoord op de vraag of hier sprake is van een arbeidsovereenkomst m.u.p. of een voorovereenkomst, ook op een andere manier blijken. De werkgever kan, nadat de oproepkracht te kennen heeft gegeven aan een oproep geen gehoor te geven zonder daarmee in strijd met gewekte verwachtingen of gemaakte afspraken te handelen, de oproepkracht laat weten dat hij niet meer zal worden opgeroepen. Daarmee geeft de werkgever aan te rekenen op een permanente beschikbaarheid van de werknemer. Is daarvan sprake, dan moet in beginsel een arbeidsovereenkomst m.u.p. worden aangenomen.³¹⁸ Die mededeling is niets anders dan een opzegging van de arbeidsovereenkomst. De werknemer kan die opzegging vernietigen wegens het ontbreken van de toestemming van de RDA als bedoeld in art. 9 BBA.

In de arbeidsovereenkomst zal ook zijn opgenomen wat (de aard van) de arbeid is waarvoor de oproepkracht kan worden opgeroepen. Soms is die beschrijving zo ruim, dat de oproepkracht lijkt te kunnen worden opgeroepen voor alle voorkomende werkzaamheden. Ook bij het bepalen van de opgedragen werkzaamheden dient de werkgever zich te gedragen als een werkgever. Een werkgever die bekend is met de door de oproepkracht gewenste aard van de werkzaamheden en daarmee steeds rekening heeft gehouden, staat het niet vrij die oproepkracht zomaar voor geheel andere werkzaamheden op te roepen. De inhoud van de 'overeengekomen arbeid' hangt, zeker wanneer die niet eenduidig is overeengekomen, af van de redelijkheid en billijkheid en gerechtvaarde verwachtingen van beide partijen.

4.3.3 De verplichting van de werkgever om de oproepkracht op te roepen

³¹⁷ Zie hierover ook Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.5.4.1.

³¹⁸ Anders Ktg. Utrecht 7 maart 2001, *JAR* 2001/91

De werkgever is niet zonder meer vrij om de oproepkracht waarmee hij een arbeidsovereenkomst m.u.p. heeft gesloten, naar believen niet meer op te roepen. Voor zover de werkgever zich tot het oproepen van de oproepkracht niet reeds contractueel heeft verbonden, door in de arbeidsovereenkomst m.u.p. op te nemen onder welke omstandigheden de oproepkracht ingeschakeld zal worden, is de werkgever gehouden bij het oproepen van oproepkrachten zich te gedragen als een goed werkgever. Daarnaast wordt wel betoogd dat de aard van de arbeidsovereenkomst m.u.p. met zich brengt dat de werkgever de oproepkracht zo vaak als mogelijk dient op te roepen, gelet op de belangen van de oproepkracht.³¹⁹ Ook dit betoog betreft de verplichting voortvloeiend uit het 'goed werkgeverschap', zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad. Uit de in art. 7:611 BW vastgelegde verplichting volgt dat de werkgever, "hoezeer in beginsel bevoegd om Possimis (de oproepkracht, ev) enkel voor werkzaamheden op te roepen wanneer zij werk had waarvoor hij in aanmerking kwam, als zij zodanig werk had, ook gehouden was hem op te roepen".³²⁰

Uit de in art. 7:611 BW vastgelegde verplichting vloeit derhalve ook voort dat een werkgever gehouden is de beschikbare, in redelijkheid op te dragen arbeid naar evenredigheid over alle betrokken werknemers te verdelen en bestaande patronen voort te zetten, tenzij zulks dat in redelijkheid van de werkgever niet verwacht kan worden.³²¹ Dit betekent dat een werkgever het recht mist bij een tijdelijke vermindering van de arbeid slechts een oproepkracht uit een pool van oproepkrachten niet meer op te roepen. Deze werkgever dient de vermindering van uren over alle oproepkrachten te spreiden.³²²

4.3.4 De uitsluiting van de loondoorbetalingverplichting, art. 7:628 leden 5, 6 en 7 BW

De arbeidsovereenkomst m.u.p. betekent dat de werkgever het bedrijfsrisico kan afwentelen op de werknemer. De oorspronkelijke bedoeling van die mogelijkheid was om kortdurende fluctuaties in het werkaanbod, zoals onwerkbaar weer, op te vangen. In de Nota Flexibiliteit en zekerheid constateerde de regering dat werkgevers in toenemende mate er voor kozen alle risico's uit te sluiten, met als resultaat dat de werknemer geen loon ontvangt als er geen werk is om welke reden dan ook. Dit gebruik was door de wetgever niet beoogd. Vanuit het oogpunt van flexibiliteit koos de regering er voor de ratio achter de mogelijkheid de loondoorbetalingverplichting uit te sluiten te verbreden tot een algemene

³¹⁹ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.10.3.1.

³²⁰ HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264.

³²¹ Ktg. Hilversum 15 maart 1999, *JAR* 1999/91. Zie Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.5.6.4.

³²² Ktg. Apeldoorn 25 april 1997, *JAR* 1997/158.

risicodekking, zij het niet ongelimiteerd. Op dit aspect van de arbeidsrelatie diende naar de mening van de sociale partners en de regering de tijdsfactor een rol te spelen: naarmate de arbeidsrelatie langer duurt is er minder rechtvaardiging voor de eenzijdige afwenteling.³²³ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat de vraag voor wiens risico de reden van het niet verrichten van de arbeid komt niet van belang is voor de geldigheid van het 'wegcontracteren' van de loondoorbetalingverplichting. De minister vervolgde: "De praktijk zal uitwijzen of de rechter op basis van de redelijkheid en billijkheid beperkingen aanlegt wat betreft de aard van het weg te contracteren risico."³²⁴ Deze opvatting lijkt me juist in die zin dat er omstandigheden kunnen zijn, waarbij met een beroep op art. 6:23 BW moet worden vastgesteld dat de werkgever zich zo heeft gedragen dat het vervullen van de voorwaarde om geen loon te hoeven betalen (die voorwaarde is het niet werken van de oproepkracht) zozeer de werkgever is aan te rekenen, dat hem in redelijkheid geen beroep toekomt op het beding waarmee de loondoorbetaling is uitgesloten. Een dergelijke situatie doet zich voor bij een door de werkgever ten onrechte verleend ontslag op staande voet. Indien de werknemer deze opzegging van de arbeidsovereenkomst m.u.p. vernietigt en zich beschikbaar houdt voor het verrichten van de bedongen arbeid zou de werkgever zich tegen de uit het inroepen van de vernietiging voortvloeiende loonvordering kunnen verweren met de stelling dat de loondoorbetalingverplichting is uitgesloten. Naar mijn mening dient dit verweer in beginsel niet te worden gehonoreerd.³²⁵ Van Slooten deelt die mening en geeft de bedrijfsbeëindiging als gevolg waarvan het werk voor oproepkrachten verdwijnt als voorbeeld van een werkgever die opzettelijk een omstandigheid veroorzaakt waardoor de ontbindende voorwaarde tot betaling van loon intreedt. Redelijkheid en billijkheid zullen dan vorderen dat de voorwaarde als niet vervuld moet worden beschouwd.³²⁶ Een oproepkracht kan dus, indien hij ten onrechte niet is opgeroepen om arbeid te verrichten, betaling van loon over de uren waarvoor hij ten onrechte niet is opgeroepen, vorderen omdat de werkgever zelf heeft veroorzaakt dat de oproepkracht niet heeft kunnen werken. E.e.a. leidt tot de conclusie dat de werkgever niet ieder risico van loondoorbetaling kan afwentelen op de oproepkracht, maar met name die risico's die buiten de macht van de werkgever liggen.

³²³ STAR Nota Flexibiliteit en zekerheid, 3 april 1996, p. 26-27, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 334, overgenomen door de regering: *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 6, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 336.

³²⁴ Brief van 7 oktober 1997, kenmerk AV/RV/97/1553, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 341.

³²⁵ Zie hiervoor ook: Verhulp 2001, p. 135.

³²⁶ Van Slooten 1999, p. 238

Dit laat onverlet dat voor het slagen van een loonvordering de werknemer zich krachtens art. 7:628 lid 1 BW voor verrichten van de ‘overeengekomen arbeid’ beschikbaar moet houden. Indien die overeengekomen arbeid tussen partijen contractueel niet nader is gespecificeerd, kan die worden bepaald aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, en de bij partijen bestaande gerechtvaardigde verwachtingen omtrent de inhoud van de te verrichten arbeid. Ook de omvang van de overeengekomen arbeid kan –voor zover art. 7:610b BW niet reeds kan worden ingeroepen- op deze wijze worden bepaald. Anders gezegd: een loonvordering van een oproepkracht hoeft niet te stranden op het begrip ‘overeengekomen arbeid’. Naar mijn mening houdt Smitskam te veel vast aan het begrip ‘bedongen arbeid’ waar zij stelt dat wanneer de oproepkracht slechts incidenteel wordt ingeschakeld, hij niet kan aangeven wat de bedongen arbeid is en daarom waarschijnlijk geen recht op loondoorbetaling heeft.³²⁷

De uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting betekent dat indien de oproepkracht geen arbeid verricht, hij geen recht op loon heeft. Op die regel zijn uitzonderingen. Op grond van goed werkgeverschap moet worden aangenomen dat indien een oproepkracht zich op basis van een oproep zich bij de werkgever meldt, die vervolgens stelt dat de oproep op een vergissing berust, die werkgever toch loon verschuldigd is.³²⁸ Voor zover bij de oproep geen duidelijke omvang van de te verrichten arbeid is opgegeven of deze niet op andere wijze (bijv. gebruikelijke omvang) kan worden bepaald, kan de omvang van de arbeid aan de hand van het bepaalde in art. 7:628a BW op (minstens) 3 uur worden gesteld.

Krachtens lid 6 van art. 7:628 BW moet de periode van zes maanden als bedoeld in het vijfde lid, in geval er sprake is van elkaar opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten, worden berekend door de duur van die elkaar opvolgende arbeidsovereenkomst samen te tellen. Nu in het zesde lid wordt verwezen naar art. 7:668a BW, zal het dus mogelijk zijn om indien tussen twee tijdelijke arbeidsovereenkomsten meer dan drie maanden verstrijken, opnieuw voor een periode van zes maanden de loondoorbetalingsverplichting uit te sluiten. Overigens tellen onderbrekingen van minder dan drie maanden mee voor de berekening van de ‘zes maanden termijn’ van art. 7:628 lid 5 BW. Dat volgt uit de verwijzing in het zesde lid naar art. 7:668a lid 1 BW, waarin dat duidelijk (‘deze tussenpozen inbegrepen’) is bepaald.

Het zevende lid van art. 7:628 BW biedt de mogelijkheid om bij CAO te bepalen dat gedurende een langere periode de loondoorbetalingsverplichting van art. 7:628 lid 1 BW wordt uitgesloten. De tekst van het zevende lid is niet gelukkig. Hoewel het anders lijkt is daarmee niet bedoeld dat pas na zes maanden bij CAO van de loondoorbetalingsverplichting kan worden afgeweken. Bij CAO kan worden

³²⁷ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.15.4.6

³²⁸ Anders Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.15.4.7

bepaald dat bijv. gedurende het eerste jaar van de arbeidsrelatie de werkgever geen loon verschuldigd is indien de werknemer, om welke reden dan ook, geen arbeid verricht.³²⁹ Naar mijn mening kan een dergelijke bepaling opzij worden gezet door de redelijkheid en billijkheid. Uit een onderzoek dat betrekking heeft op 132 CAO's die zijn afgesloten voor 1 oktober 1999 blijkt dat maar twee CAO's een dergelijke verlenging kende. Na 1 oktober 1999 blijken er nog enkele CAO's te zijn gesloten waarin een verlenging van de 'art. 7:628 lid 5 BW-termijn' is opgenomen.³³⁰

4.3.5 Ziekte van de oproepkracht

De verhouding tussen de uitsluiting van de loonbetalingsverplichting krachtens art. 7:628 lid 5 BW en de verplichting van de werkgever om gedurende de arbeidsongeschiktheid van de werknemer het loon door te betalen krachtens art. 7:629 BW is niet eenvoudig. Art. 7:629 BW bepaalt dat de werknemer recht behoudt op doorbetaling van (70% van het) loon "indien hij de bedongen arbeid niet heeft verricht omdat hij daartoe door ziekte (..) verhinderd was." Van deze laatste verplichting kan slechts beperkt ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Alleen indien de oproepkracht wegens ziekte de arbeid niet kan verrichten heeft hij recht op loondoorbetaling. Dat recht heeft de zieke oproepkracht niet indien de werkgever geen werk voor hem beschikbaar heeft. In dat laatste geval is dew reden van het niet verrichten van de bedongen arbeid niet gelegen in de ziekte, maar in de niet beschikbaarheid van arbeid, en de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting heeft nu juist daarop betrekking. Het kan niet zo zijn dat de oproepkracht door de ziekmelding recht krijgt op doorbetaling van loon waar daarop zonder ziekte geen recht zou zijn.³³¹

Een en ander betekent dat indien de oproepkracht reeds is opgeroepen voor het verrichten van arbeid, of indien de oproepkracht kan wijzen op een vaste indeling of rooster waaruit blijkt wanneer hij arbeid zal gaan verrichten, en voor het verrichten van die arbeid wegens ziekte ongeschikt is, hij doorbetaling van (70% van) het loon kan vorderen op grond van art. 7:629 BW. Dit geldt ook indien de oproepkracht er recht op heeft opgeroepen te worden in verband met een gelijke verdeling van de beschikbare arbeid. De werkgever heeft niet het recht af te zien van het oproepen van een bepaalde oproepkracht uitsluitend wegens diens ziekte. In de praktijk zal het echter erg moeilijk zijn te bewijzen dat daarvan sprake is.³³²

³²⁹ De minister heeft dat uitdrukkelijk bevestigd: *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 7, p. 4, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 355

³³⁰ P.M. de Klaver, D.J. Klein Hesselink, E.P. Miedema en C. Schlangen, *Ervaringen met en effecten van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Elsevier, 's Gravenhage, 2000, p. 36.

³³¹ Zie hierover Van Slooten 1999, p. 295.

³³² Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.15.4.9.

4.3.6 Na het verstrijken van de termijn van art. 7:628 lid 5 BW, de loonvordering

Indien werkgever en oproepkracht na zes maanden de arbeidsrelatie (zonder onderbreking van meer dan drie maanden) voortzetten, verliest het beding van art. 7:628 lid 5 BW, behoudens een afwijkende regeling in de CAO, zijn werking. Dit betekent dat een oproepkracht zich dan op het standpunt kan stellen dat hij beschikbaar is de bedongen arbeid te verrichten en dat hij, hoewel de werkgever hem niet oproept tot het verrichten van die arbeid, recht heeft op doorbetaling van het loon. Bij deze loonvordering van de oproepkracht doemen twee problemen op: voor welke arbeid houdt de oproepkracht zich beschikbaar, en hoe moet de omvang van de arbeidsovereenkomst en dus de loonvordering, worden berekend.

Het eerste probleem zal zich voordoen indien in de arbeidsovereenkomst de door de oproepkracht te verrichten werkzaamheden niet duidelijk omschreven zijn. De inhoud van de overeengekomen arbeid in de zin van de arbeidsovereenkomst m.u.p. moet dan uit de door de oproepkracht feitelijk verrichte werkzaamheden worden afgeleid. Nu krachtens art. 7:655 BW op de werkgever de verplichting rust de werknemer omtrent de aard van de te verrichten werkzaamheden te informeren, zal, indien de werkgever dat niet heeft gedaan, het eerder op de weg van die werkgever liggen om duidelijk te maken wat 'de overeengekomen arbeid' omvat. Indien de oproepkracht gemotiveerd stelt dat een bij de werkgever beschikbare arbeid behoort tot de 'overeengekomen arbeid', terwijl de werkgever die stelling betwist, zal de rechter de werkgever kunnen opdragen de juistheid van die betwisting te bewijzen. Indien de oproepkracht kan wijzen naar bij de werkgever aanwezige passende arbeid, meen ik dat de werkgever in beginsel gehouden is ook die arbeid aan de oproepkracht aan te bieden. De werkgever is immers als goed werkgever gehouden de werknemer passende arbeid aan te bieden.³³³ Nu de arbeidsovereenkomst m.u.p. –zeker na het verstrijken van de periode van zes maanden waarin de loonbetaling is uitgesloten– moet worden beschouwd als een gewone arbeidsovereenkomst, is er geen rechtvaardiging voor een van de andere werknemers afwijkende behandeling. De oproepkracht kan dan ook voor zijn bereidheid passende arbeid te verrichten loonbetaling vorderen.³³⁴

Het tweede probleem betreft de omvang van de overeengekomen arbeid. Nu er geen specifieke arbeidsomvang tussen partijen is overeengekomen, bestaat daarover geen duidelijkheid. Bij de parlementaire behandeling van de Flexwet heeft de minister laten weten van mening te

³³³ Zie ook Verhulp 2001, p. 136

³³⁴ Zie voor de gebruikelijke behandeling G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 29, Kluwer, Deventer 1999, p. 119 e.v.

zijn dat dan aan de hand het rechtsvermoeden met betrekking tot de omvang van de arbeid moet worden vastgesteld wat de overeengekomen arbeid is.³³⁵ Uiteraard kan de werkgever (met name door te verwijzen naar een langere, meer representatieve periode) trachten anders te bewijzen dan rechtens wordt vermoed. In tegenstelling tot Smitskam³³⁶ meen ik dat het niet tot de mogelijkheden behoort dat de werkgever na het verstrijken van de zes maanden termijn bewijst dat het nul-urenkarakter van de arbeidsovereenkomst m.u.p. nog steeds van kracht is en zodoende een vordering van de werknemer tot betaling van loon naast zich neer kan leggen. De bedoeling van de wetgever is immers geweest om na de wettelijke periode een einde te maken aan de afwenteling van het werkgeversrisico op de werknemer/oproepkracht, welke bedoeling op deze wijze geheel zou kunnen worden ondergraven.

4.4. Minimum en min-max-contracten

Een min-max-contract bevat steeds een minimum-aantal uren per periode waarin arbeid verricht moet worden. Is alleen daarvan sprake, dan wordt wel gesproken van minimum-contracten. Soms bevatten deze contracten een bepaling over het aantal meer dan het overeengekomen minimum te werken uren. Dat aantal is dan weer gemaximeerd. Slechts indien ook een dergelijke bepaling is opgenomen is sprake van een min-max-contract. Er is bij deze contracten altijd sprake van een minimum arbeidsduur. De werknemer is verplicht voor het verrichten van arbeid voor dat aantal uren beschikbaar te houden, de werkgever is verplicht over dat minimum aantal uren het loon te betalen. Dit deel van de arbeidsovereenkomst is te beschouwen als een deeltijd-arbeidsovereenkomst. Voor de op dit deel van de arbeidsovereenkomst toepasselijke regels kan eenvoudig verwezen naar hoofdstuk 2.

Wat het contract bijzonder maakt is dat is overgekomen dat van de werknemer gevergd kan worden een aantal uren boven het minimum te werken, waarbij het niet van belang is of dat aantal uren is gemaximeerd. Terecht merkt Smitskam³³⁷ op dat bij het minimum- of min-max-contract sprake is van een 'gewoon' deeltijdcontract met een oproepclausule voor de uren boven het minimum. Indien is overeengekomen dat de werknemer verplicht is zich ook voor die meeruren beschikbaar te houden om aan een oproep gehoor te geven, geldt daarvoor hetzelfde als hiervoor is geschreven over de arbeidsovereenkomst m.u.p. Een dergelijke verplichting kan slechts gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst bestaan, op grond van art. 7:628 lid 5 BW. Indien de werknemer zich voor die meeruren niet verplicht beschikbaar houdt, geldt dat indien de werknemer ten minste gedurende een periode van langer dan drie maanden arbeid heeft

³³⁵ *Hand.I 1997-98*, p. 1515, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 351.

³³⁶ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.15.4.3.

³³⁷ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, E.5.4

verricht, zich kan beroepen op het rechtsvermoeden dat de arbeidsomvang ten minste gelijk is aan het aantal uren dat gemiddeld per maand is gewerkt. Het beroep op art. 7:610b BW van een min-max-contractant wordt niet anders beoordeeld dan dat van een oproepkracht.³³⁸

Indien een min-max-contractant gedurende langere tijd het maximum aantal uren heeft gewerkt kan een vermindering van de arbeidsomvang tot aan het minimum in strijd zijn met het verbod op eenzijdige werktijdvermindering van art. 8 BBA. Indien daarvan sprake is, is de vermindering van de arbeidsduur nietig.³³⁹

Wat is rechtens als er minder uren worden gewerkt dan is overeengekomen? De werkgever zal in ieder geval het loon over het minimum aantal overeengekomen uren, waarvoor de werknemer zich beschikbaar heeft gehouden, dienen te betalen. Mag de werkgever verlangen dat die later zonder betaling worden ingehaald? Naar mijn mening mag dat niet, behoudens bijzondere omstandigheden. De werknemer heeft immers recht op betaling van loon omdat hij zich beschikbaar heeft gehouden voor het verrichten van de bedongen arbeid. De werkgever is loon verschuldigd ter zake van de bedongen arbeid.³⁴⁰ Dat de werkgever van die beschikbaarheidstelling geen gebruik heeft gemaakt, komt voor risico van de werkgever. Dat kan voor een werkgever die gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst de loondoorbetalingsverplichting heeft uitgesloten anders zijn. Op grond van het zevende lid van art. 7:628 BW kan de periode van zes maanden alleen bij CAO worden verlengd. In sommige CAO's³⁴¹ komt een bepaling voor waarin is vastgelegd dat de werkgever van de werknemer kan verlangen dat hij over de reeds op grond van het minimum van een min-maxcontract uitbetaalde uren, waarover de werknemer feitelijk geen arbeid heeft verricht maar zich wel beschikbaar heeft gehouden, alsnog arbeid zonder betaling van loon boven het minimum kan verlangen. Hoewel een dergelijke bepaling op gespannen voet met de dwingendrechtelijke bepalingen inzake loonbetaling lijkt te staan, is die naar mijn mening wel geldig. Nu bij CAO (langdurig) mag worden afgeweken van de risicoverdeling van art. 7:628 BW, mag bij CAO evenzeer worden bepaald dat reeds betaald loon over niet gewerkte uren later –binnen redelijke termijnen- wordt aangemerkt als loon over alsnog gewerkte uren.

4.5. Enkele bijzondere aspecten van de 'oproepovereenkomst'

4.5.1 Samenloop van voorovereenkomsten en de arbeidsovereenkomst m.u.p.

³³⁸ In gelijke zin: Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, E.10.3.3 en E.15.3.2. Zie ook Van Slooten 1999, p. 243 e.v.

³³⁹ In die zin Ktg. Amsterdam 23 maart 1984, *Prg.* 1984, 2202.

³⁴⁰ Zie hierover uitvoerig Van Slooten 1999, p. 83.

³⁴¹ Zie bijv. art. 3.1 lid 4 van de CAO-Metalekro 2000-2002

Het komt met regelmaat voor dat in een oproepovereenkomst is opgenomen dat de werkgever en de oproepkracht vrij zijn op te roepen dan wel aan de oproep gehoor te geven, terwijl tegelijkertijd een eventuele loondoorbetaling op grond van art. 7:628 lid 5 BW is uitgesloten. Voor zover op grond van art. 7:668a BW of op grond van art. 7:610a BW deze voorovereenkomst als een arbeidsovereenkomst met een bepaalde arbeidsduur wordt beschouwd, en de oproepkracht zich voor dat aantal uren beschikbaar houdt om de bedongen arbeid te verrichten, zal de werkgever betaling van loon gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsrelatie kunnen weigeren op grond van het beding waarmee de loondoorbetaling is uitgesloten. Op zich is een dergelijke dubbele oproepconstructie toelaatbaar.

De werkgever dient zich te realiseren dat ook de periode die is gelegen tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (dus de periode tussen twee oproepen), voor zover die drie maanden of minder bedraagt, meetelt voor de bepaling van de zes maanden termijn. Dit is bepaald in art. 7:628 lid 6 BW, waarin wordt verwezen naar art. 7:668a lid 1 BW. Zie hierover verder hoofdstuk 3.

4.5.2 Gelijke behandeling van oproepkrachten

Aangenomen moet worden dat het niet toegestaan is oproepkrachten voor dezelfde arbeid minder loon per uur te betalen dan de andere werknemers, uiteraard behoudens een objectieve rechtvaardigingsgrond.³⁴² Dit uitgangspunt is gedeeltelijk af te leiden uit het bekende Agfa/Schoolderman-arrest.³⁴³ In dat arrest handelde het om een oproepkracht die reeds jarenlang werkzaam was als ‘tijdelijke kracht op uurloonbasis’. Zij verdiende een beduidend lager uurloon dan werknemers in vaste dienst. Haar vordering tot bijbetaling van het verschil werd toegewezen omdat volgens de rechtbank het karakter van de arbeidsovereenkomst –door de wijze waarop partijen daaraan in de praktijk uitvoering hebben gegeven- zodanig was veranderd dat de aanvankelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet doorslaggevend mochten zijn. De Hoge Raad onderschreef de beslissing van de rechtbank op grond van het “algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat.” Op grond van dit arrest concludeert Heerma van Voss dat in geval van structurele ongelijke beloning voor hetzelfde werk een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan worden gedaan.³⁴⁴ Voor overige

³⁴² Zie hoofdstuk 2 voor de werking van art. 7:648 BW

³⁴³ HR 8 april 1994, *JAR* 1994/94

³⁴⁴ G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 29, Deventer 1999, p. 70.

arbeidsvoorwaarden zal hetzelfde hebben te gelden. Soms wordt in een CAO of bij of krachtens een publiekrechtelijke regeling een andere beloningsregeling voor oproepkrachten vastgelegd.³⁴⁵ Ik zie geen reden hier anders mee om te gaan dan hiervoor is uiteengezet.

4.5.3 Vakantie

Art. 7:640 BW bepaalt dat de werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst geen afstand kan doen van zijn aanspraak op vakantie tegen schadevergoeding. Het veel voorkomende beding dat de vakantie wordt geacht te zijn verrekend met (een toeslag in) het uurloon is daarmee in strijd en daarom vernietigbaar op grond van art. 3:40 lid 2 BW. Krachtens art. 7:634 BW verkrijgt de werknemer over ieder jaar waarin hij gedurende de volledige overeengekomen arbeidsduur recht op loon heeft gehad, aanspraak op vakantie van tenminste vier maal de overeengekomen arbeidsduur per week. Uitgaande van 260 werkdagen per jaar (52 weken maal 5 werkdagen) en 20 vakantiedagen per jaar verkrijgt de oproepkracht aanspraak op een uur vakantie na 13 uur te hebben gewerkt, of nadat over een periode van 13 uur recht op loon heeft gestaan. Voor de oproepkracht met een arbeidsovereenkomst m.u.p. geldt dat opbouw slechts kan plaatsvinden als er recht is op loonbetaling. Dat blijkt uit art. 7:634 lid 1 BW. Kenmerk van de arbeidsovereenkomst m.u.p. is nu juist dat er geen recht is op loonbetaling. Art. 7:635 lid 1 onder d BW bepaalt wel dat de werknemer die tegen zijn wil niet in staat is om de overeengekomen arbeid te verrichten over dat tijdvak wel vakantiedagen verwerft. Deze uitzondering is evenwel niet bedoeld of geschreven of voor oproepkrachten, terwijl door het gebruik van het begrip 'overeengekomen arbeid' de toepassing van deze uitzondering op oproepkrachten problematisch is.³⁴⁶

Uitgangspunt van de wet is dat de oproepkracht de opgebouwde vakantie ook daadwerkelijk opneemt, waarbij op de werkgever de verplichting rust gedurende de vakantie het loon door te betalen. Slechts na het einde van de arbeidsovereenkomst mag de niet genoten vakantie worden uitbetaald. Voor de oproepkracht die wordt opgeroepen op grond van een voorovereenkomst doen zich dus geen specifieke problemen voor. Indien deze oproepkracht niet in staat is geweest tijdens de tijdelijke arbeidsovereenkomst de opgebouwde vakantie-uren op te nemen, dienen die uren te worden uitbetaald bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Art. 7:641 lid 1 BW regelt dit. Nu de arbeidsovereenkomst met de oproepkracht die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst m.u.p. na afloop van de oproep niet eindigt, maar doorloopt. Afkoop van vakantierechten is dan niet mogelijk, zodat de oproepkracht daadwerkelijk

³⁴⁵ Zie over een dergelijke beloningsregeling die overigens i.c. toepassing miste, Rb. Amsterdam 5 juli 2000, *JAR* 2000/160.

³⁴⁶ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.20.3.3.

tot het genieten van doorbetaalde vakantie(-uren) in de gelegenheid dient te worden gesteld. Zeker in het geval van arbeidsovereenkomsten m.u.p. waaruit een zeer geringe arbeidsomvang lvoigt, lijkt het niet onredelijk om een afkoop van een enkel vakantie-uur toe te staan.³⁴⁷ Deze oproepkrachten moeten dus in staat worden gesteld daadwerkelijk vakantie te genieten met behoud van loon.

4.5.4 Oproepkrachten en medezeggenschap

Krachtens art. 2 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, verplicht om ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen een ondernemingsraad in te stellen. Om als in de onderneming werkzaam persoon aangemerkt te worden dient de werknemer feitelijk in de onderneming werkzaam te zijn, krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer die de onderneming in stand houdt.³⁴⁸ Oproepkrachten die door de ondernemer kunnen worden opgeroepen op grond van een voorovereenkomst zijn, zolang ze niet zijn opgeroepen of feitelijk arbeid verrichten, niet op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam. Zij tellen dan niet mee voor de bepaling van het aantal in de onderneming werkzame personen. Dat wordt anders indien deze oproepkrachten met regelmaat binnen de onderneming werkzaam zijn: het is dan regel (als bedoeld in art. 2 lid 1 WOR) dat ook deze oproepkrachten binnen de onderneming werken. Een ondernemer kan dus niet aan de instelling van een ondernemingsraad ontkomen door 49 werknemers in vaste dienst te nemen en de twee openstaande vacatures niet structureel te laten bezetten, maar de aan die vacatures verbonden werkzaamheden door oproepkrachten die met regelmaat worden opgeroepen, te laten verrichten. Bij oproepkrachten die werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst m.u.p. doet zich de vraag voor of ze 'feitelijk werkzaam in de onderneming' zijn. Nu aangenomen wordt dat aan deze eis ook kan worden voldaan indien een werknemer langdurig feitelijk zijn werkzaamheden niet verricht, bijvoorbeeld wegens ziekte, lijkt er niets op tegen voor werknemers met een arbeidsovereenkomst m.u.p. aan te nemen dat ze feitelijk in de onderneming werkzaam zijn in de periode dat ze geen arbeid verrichten. Noodzakelijk daarvoor is wel dat ze met enige regelmaat worden opgeroepen.³⁴⁹

In art. 6 leden 2 en 3 WOR is het actief en passief kiesrecht geregeld. Beide rechten zijn gerelateerd aan de periode dat de werknemer in de onderneming werkzaam is geweest. De bepaling van deze periode voor

³⁴⁷ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.20.3.4.

³⁴⁸ Zie art. 1 lid 2 WOR en HR 30 december 1994, *JAR* 1995/18 (Weerwerk) en HR 30 december 1994 *JAR* 1995/19 (Erri)

³⁴⁹ In deze zin Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.70.3.1.

oproepkrachten die op grond van een arbeidsovereenkomst m.u.p. werkzaam zijn, is niet moeilijk. Indien deze oproepkrachten meetellen als 'in de onderneming werkzame persoon' betekent dat tevens dat de periodes waarin niet gewerkt is er niet aan de weg heeft gestaan om ze als feitelijk werkzaam te beschouwen. Dan dient ook de periode waarin zij niet zijn opgeroepen meegeteld te worden bij het bepalen van de periode van art. 6 leden 2 en 3 WOR. Heeft een dergelijke oproepkracht wegens de geringe feitelijke werkzaamheid onvoldoende band met de onderneming, dan wordt hij niet geacht feitelijk werkzaam binnen de onderneming te zijn en komen hem geen medezeggenschapsrechten toe, tenzij hij meer dan zes maanden (resp. twaalf maanden) feitelijk arbeid heeft verricht binnen de onderneming. Het één (feitelijk meer dan zes resp. twaalf maanden arbeid hebben verricht) zal het ander (onvoldoende band met de onderneming) vrijwel altijd uitsluiten.

Voor oproepkrachten die worden opgeroepen op basis van een voorovereenkomst is dit minder eenvoudig. Voor hen geldt dat indien er niet gewerkt is, er in beginsel ook geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Als uitgangspunt geldt dat deze oproepkrachten slechts passief en actief kiesrecht toekomt, indien ze feitelijk meer dan zes resp twaalf maanden arbeid binnen de onderneming hebben verricht.³⁵⁰ Smitskam gaat uitvoerig op de problematiek van de oproepkracht en zijn recht op participatie in medezeggenschap in. Hoewel onderzoek mij niet bekend is, heb ik niet de indruk dat veel oproepkrachten in medezeggenschapsorganen participeren.

4.6 Art. 7:628a BW

4.6.1 Minimumbetaling bij een oproep van minder dan 3 uur, art. 7:628a BW

In de Nota Flexibiliteit en zekerheid herhaalde de regering aan de toezegging om een minimumduur per oproep van 3 uur in wetgeving vast te leggen. Dat betekent dat indien een oproepkracht wordt opgeroepen om arbeid te verrichten voor minder dan drie uur en hij aan die oproep gehoor geeft, hij desalniettemin recht heeft op het loon over drie uur. Een gelijk minimum geldt ook in Duitsland en België. De Stichting van de Arbeid volgde dat voornemen, maar meende dat de voorgestelde regeling uitsluitend van toepassing zou moeten zijn op echte oproepsituaties. Vaste deeltijdcontracten waarbij op vaste tijdstippen wordt gewerkt, ook al houden deze in dat telkens op minder dan drie uur wordt gewerkt, vallen dus daarbuiten. In het Stichtingsadvies is ook opgenomen dat een regeling van een minimumoproep niet meer nodig is als partijen geen duidelijke werktijden hebben afgesproken maar wel een duidelijke minimum-omvang

³⁵⁰ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, D.70.3.1.

van de arbeidsovereenkomst hebben afgesproken, op grond waarvan de oproepkracht reeds verzekerd is van een behoorlijk inkomen. De Stichting meende dat de minimum-omvang van de arbeidsovereenkomst van 15 uur of meer per week voldoende is om die zekerheid te bieden, zodat bij een dergelijke arbeidsovereenkomst de omvang van de arbeidsovereenkomst voldoende zekerheid biedt om de onzekerheid over de werktijden te compenseren. Een en ander is ook de inhoud van de regeling van art. 7:628a BW geworden. De regering lichtte het wetsvoorstel toe met de mededeling dat het niet passend is “binnen de context van het goed werkgeverschap dat werknemers worden geconfronteerd met minimale oproepen, als dat bovendien met onzekerheid over de omvang van de arbeid en de werktijden gepaard gaat.”³⁵¹

De door de regering voorgestelde mogelijkheid om van dit minimum af te wijken bij CAO is door een amendement van Kamerlid Van Middelkoop komen te vervallen en vervangen door het huidige tweede lid van art. 7:628a BW. Afwijking ten nadele van de werknemer van het bepaalde in het eerste lid van art. 7:628a BW is niet mogelijk. De achterliggende gedachte is dat het duidelijk moet zijn dat het in het eerste lid geregelde minimum ook daadwerkelijk de bodem is.³⁵²

4.6.2 Geldt art. 7:628a BW voor de arbeidsovereenkomst die volgt uit de voorovereenkomst?

Art. 7:628a BW is van toepassing op iedere arbeidsovereenkomst waarbij de “omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgelegd”. Deze zinsnede geeft aanleiding tot onduidelijkheid. Dat art. 7:628a BW alleen van toepassing is op arbeidsovereenkomsten volgt uit de plaatsing in boek 7 titel 10 BW. Dit is van belang omdat de regel dus niet van toepassing is de voorovereenkomst zelf. Indien op grond van de voorovereenkomst een oproepkracht wordt opgeroepen om arbeid te verrichten, zal de oproepkracht het, als hij aan die oproep gehoor geeft, duidelijk zijn wat zijn arbeidstijden zijn of voor welke arbeidsduur de oproep geldt. De tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht zijn derhalve ‘vastgelegd’ bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Art. 7:628a BW kan dan geen toepassing hebben. Deze benadering is zonder meer niet in overeenstemming met de bedoeling van de regering. De regering is gevraagd of voldoende helder is dat art. 7:628a BW niet alleen voor arbeidsovereenkomsten m.u.p. geldt, maar ook voor de voorovereenkomst of het nul-urencontract. Het antwoord liet geen ruimte voor twijfel: “De

³⁵¹ Geciteerd uit de MvT, *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 5-6. Zie voor de eerdere gang van zaken de Nota Flexibiliteit en zekerheid (p. 37) en het Stichtingsadvies Flexibiliteit en zekerheid (p. 29-30), *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 362-363.

³⁵² *Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, nr. 21, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 368.

regel van artikel 628a geldt indien de werknemer wordt opgeroepen om arbeid te verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst, waarbij het irrelevant is welke benaming partijen aan die overeenkomst hebben gegeven.”³⁵³ Naar mijn mening is deze interpretatie niet alleen moeizaam met de tekst van de wet te verenigen, maar ook met de ratio van de bepaling. In beginsel is een oproepkracht die op grond van een voorovereenkomst wordt opgeroepen om arbeid te verrichten, vrij aan die oproep geen gehoor te geven. De noodzaak tot bescherming van een oproepkracht die aan de oproep wel gehoor geeft, lijkt me minder groot dan die van de oproepkracht die niet de vrijheid toekomt de oproep te weigeren. Dat zou anders kunnen zijn indien moet worden aangenomen dat de oproepkracht met een voorovereenkomst niet de vrijheid heeft om een kleine oproep te weigeren. Indien van een dergelijke onvrijheid sprake is, zal al snel een arbeidsovereenkomst m.u.p. moeten worden aangenomen, zodat art. 7:628a BW toegepast kan worden.

4.6.3 De eenduidige vastlegging van de arbeidsduur

Naar aanleiding van vragen van de Woonzorgfederatie heeft de regering de werking van art. 7:628a BW nader toegelicht. Indien een werkgever met een oproepkracht een arbeidsovereenkomst sluit waarin is overeengekomen dat de oproepkracht 500 uur per jaar zal werken, dan is het gemiddeld aantal te werken uren per week minder dan 15. Gegeven deze arbeidsomvang en de onzekerheid over de tijdstippen waarop arbeid moet worden verricht, heeft de oproepkracht recht op minstens drie uur loon per oproep.³⁵⁴ Indien het aantal te werken uren slechts per jaar is vastgelegd kan de berekening van het overeengekomen aantal te werken uren per week lastig zijn, omdat niet duidelijk is of weken waarin niet gewerkt wordt, meetellen. Naar mijn mening dient als uitgangspunt te gelden dat het aantal per jaar overeengekomen uren per jaar wordt gedeeld door het aantal kalenderweken per jaar. Slechts die weken waarin de oproepkracht (contractueel) niet kan worden opgeroepen omdat hij dan op vakantie is, zouden voor de berekening van het gemiddelde buiten beschouwing gelaten kunnen worden.³⁵⁵

Een andere onduidelijkheid betreft de vraag of de regel van toepassing is als de arbeidsomvang niet eenduidig is vastgelegd, maar wel meer dan minstens 15 uur per week arbeid is overeengekomen. Uit de hiervoor opgenomen advisering van de STAR blijkt al wat de bedoeling is. Naar de letter genomen zou ook de oproepkracht met een arbeidsovereenkomst van minstens 20 uur per week, zonder vaste

³⁵³ *Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 8, Parl. Gesch. Flexwet, p. 375.*

³⁵⁴ *Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132b, bijlage p. 7-8.*

³⁵⁵ *Verhulp 2001, p. 146.*

werktijden, die op een dag voor een uur wordt opgeroepen, zich op het standpunt kunnen stellen dat hij voor dat ene uur recht heeft op drie uur loon. Zijn arbeidsomvang is immers niet eenduidig vastgelegd. Dit is evenwel duidelijk niet de bedoeling van de regering geweest. Waar het om gaat is dat de regering heeft getracht vast te leggen dat indien de oproepkracht in onzekerheid over zowel zijn arbeidsomvang als zijn werktijden voor geringe arbeidsomvang wordt opgeroepen, de werkgever het niet toekomt betaling van minstens drie uur loon van deze oproepkracht te verwerpen onder verwijzing de toevalligheid dat die oproepkracht die week meer dan 15 uur heeft gewerkt. Naar mijn mening moet art. 7:628a BW ook in die zin worden toegepast.

4.6.4 Onderbrekingen van de arbeid

De regering heeft bij herhaling duidelijk gemaakt dat de regeling van de minimum-oproep een compensatie is voor onduidelijkheid over de te werken uren. Ook indien die te werken uren ongeveer vastliggen (bijvoorbeeld aanvang tussen 8.00 en 11.00 uur) is er sprake van onduidelijkheid en dus van toepasselijkheid van de regel. Daarentegen is geen sprake van de hier bedoelde onduidelijkheid indien de tijdstippen waarop de werknemer wordt geacht arbeid te verrichten tevoren op dezelfde wijze, dan wel even lang van tevoren zijn vastgesteld, als in de onderneming ook voor de overige (voltijds-)werknemers gebruikelijk is.³⁵⁶ Tevens heeft de regering duidelijk gemaakt dat indien de oproepwerknemer zowel 's morgens een paar uur en 's middags een paar uur wordt opgeroepen om arbeid te verrichten, waartussen een onderbreking ligt die voor betrokkenen niet als reguliere werkpauze kan worden aangemerkt, de minimaanspraak twee keer bestaat. Indien de arbeidstijd van de oproepkracht wordt onderbroken door een voor alle werknemers reguliere pauze, geldt die arbeidstijd voor de werking van art. 7:628a BW als ononderbroken.³⁵⁷

5 THUISWERK

5.1.1 Inleiding

Net als oproepkrachten en uitzendkrachten behoren thuiswerkers tot de categorie van personen die met de wat oneerbiedige term “gelegenheidskrachten” kunnen worden aangeduid: zij worden in het algemeen ingeschakeld om pieken en dalen in de bedrijfsdrukke op te vangen. Het ligt veelal niet in de bedoeling dergelijke krachten gedurende lange periode onafgebroken aan het werk te houden.

³⁵⁶ Zo blijkt uit het Stichtingsadvies, p. 29-30.

³⁵⁷ *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, bijlage p. 9, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 373-374.

Wetenschappelijk onderzoek naar het verschijnsel thuiswerk is mij onbekend. Ook het aantal thuiswerkers is niet eenvoudig te bepalen. Dit is anders bij bijvoorbeeld de uitzendrelatie: het uitzendwezen kent bepaalde administratieve voorschriften, zodat wij wat die relatie betreft over cijfers beschikken.³⁵⁸ Wel kan naar mijn mening gesteld worden dat het bij thuiswerkzaamheden voor een belangrijk deel om werkzaamheden gaat die geen bijzondere vooropleiding vereisen, met andere woorden: het gaat om “laaggeschoolde arbeid”³⁵⁹. Een greep uit advertenties uit verschillende (regionale) dagbladen bevestigt die indruk. Gevraagd worden: inpakkers, uienchillers, garnalenpellers, stickers van schoenen, stickers van bankbekleding, vouwers van taartendozen en vervaardigers van gordijnen. Hieruit blijkt dat thuiswerk in verschillende bedrijfstakken voorkomt: de dienstensector, de confectie- en textielindustrie, de grafische sector en de schoen- en leerindustrie. Daarnaast lijkt het erop dat thuiswerk vooral wordt verricht door vrouwen met kleine of schoolgaande kinderen, allochtone vrouwen en mannen met een AOW- of WAO-uitkering.³⁶⁰

De opkomst van de informatietechnologie heeft voor de komst van een ander type thuiswerker heeft gezorgd: de goed geschoolde “telethuiswerker”.³⁶¹ Men dient dit type thuiswerker niet te verwarren met het – tevens door de ontwikkelingen in de informatietechnologie mogelijk gemaakte - meer en meer vóórkomen van de situatie dat werknemers een of meer dagen per week thuis werken om daar eventueel op het netwerk van de onderneming in te loggen. Ik zou dergelijke werknemers niet als thuiswerker in de zin van dit boek willen kwalificeren, nu het niet in de bedoeling ligt dergelijke personen een van ‘normale’ werknemers afwijkende behandeling te geven, zoals bij thuiswerkers wel het geval is: van hen wordt verwacht dat zij al het werk thuis doen, de band met de onderneming is vaak zwakker dan die van binnen de onderneming werkzame werknemers en in veel gevallen hebben zij geen arbeidsovereenkomst, of is het in ieder geval de bedoeling van de thuiswerkverschaffer dat zij geen arbeidsovereenkomst hebben.

5.1.2 Motieven

³⁵⁸ Voor enkele cijfers en schattingen wordt verwezen naar Smitskam, *Flexibele Arbeidsrelaties*, G.1.2 en naar Ch.J. de Wolff, A. Schoorlemmer en J.W.M. Mevissen, Hoe uniek is thuiswerk? De betekenis van thuiswerk als vorm van flexibele arbeid, *TvA* 1995-11, nr. 4, p. 311-321.

³⁵⁹ Een algemeen aanvaarde, doch vanuit taalkundig oogpunt opmerkelijke term, nu de term “laaggeschoold” strikt genomen slechts op personen kan slaan.

³⁶⁰ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, G.1.4.

³⁶¹ De term is ontleend aan M.J.A. van Putten, De internationale arbeidsdeling tussen mannen en vrouwen: een vogelvlucht, *SMA* 1987, p. 394.

Voor het aanbieden en aanvaarden bestaan verschillende motieven, zowel voor de thuiswerkverschaffer als voor de thuiswerker.³⁶² De motieven voor de ondernemer de werkzaamheden niet binnen het eigen bedrijf maar in de woning van de thuiswerker te laten verrichten, vallen uiteen in twee groepen: thuiswerk is vaak goedkoper en – een minder nobel motief – op thuiswerk zijn de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht niet van toepassing – mits uiteraard de verhouding op grond van de feitelijke situatie niet als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd (waarover later meer). Dat thuiswerk goedkoop is, hangt samen met de volgende omstandigheden:

- Veel thuiswerkers die laaggeschoold productiewerk verrichten doen dat niet op basis van een arbeidsovereenkomst. Eventuele CAO-bepalingen die het niveau van wettelijke bepalingen te boven gaan, zijn daardoor niet zonder meer van toepassing op deze thuiswerkers. In sommige CAO's worden thuiswerkers überhaupt van het toepassingsbereik uitgesloten, ongeacht de juridische kwalificatie van hun overeenkomst.
- Op loonkosten kan worden bespaard wanneer geen socialezekerheidspremies en loonbelasting behoeven te worden afgedragen.
- Thuiswerkers worden vaak op basis van stukloon betaald. Van stukloon gaat een 'opjagende' werking uit. Men streeft ernaar in een zo kort mogelijke tijd zo veel mogelijk te produceren om een zo hoog mogelijk loon te verwerven. Van afleiding van het werk is minder sprake, nu er geen collega's in de omgeving zijn om mee te overleggen e.d.
- Onkosten van thuiswerkers – die meestal van andere aard zijn dan van 'gewone' werknemers - worden zelden vergoed.
- Voor de thuiswerker geldt vaak de regel "geen arbeid, geen loon" (art. 7:627 BW). De ondernemer betaalt dus alleen voor de productieve uren, niet voor de 'leegloopuren'.
- Er hoeft niet te worden geïnvesteerd in werkruimte, verwarming, verlichting, sanitair e.d.
- Er kan bespaard worden op ondersteunend personeel (kantinemedewerkers, schoonmaakpersoneel).
- Bij bepaalde vormen van thuiswerk vindt de werving en selectie plaats via mond-tot-mondreclame. Werving- en selectiekosten worden derhalve nauwelijks gemaakt.
- De ondernemer heeft er geen zicht op of de thuiswerker zich laat bijstaan. In die gevallen waar daarvan sprake is, verkrijgt de ondernemer gratis extra productiekracht.

³⁶² De nu volgende motieven zijn ontleend aan Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, G.1.3.

- Thuiswerk kan dure investeringen in machines uitstellen, zolang dat rendabeler is dan de aanschaf van die machines. Dit verschijnsel doet zich voor in confectie- en schoenenindustrie. In de laatste industrie heeft het gebruik van thuiswerkers het mechaniseringsproces zelfs vertraagd.

Is de thuiswerkovereenkomst niet als arbeidsovereenkomst te kwalificeren, dan biedt dat de thuiswerkverschaffer bovendien de volgende voordelen:

- De WMM is in sommige gevallen niet van toepassing.³⁶³
- De ontslagbescherming van het BW en – soms – het BBA zijn niet van toepassing.³⁶⁴ De thuiswerkverschaffer kan derhalve thuiswerkers direct in zijn bestand opnemen en daaruit verwijderen, hetgeen tot een uiterst flexibel personeelsbestand leidt.
- Thuiswerkers werken regelmatig ook 's avonds, in het weekeinde en soms op feestdagen. De thuiswerkverschaffer is niet gebonden aan de Arbeidstijdenwet, noch aan eventueel in de voor hem geldende CAO opgenomen regels ten aanzien van werktijden, overwerktoeslagen of toeslagen in verband met werkzaamheden op van de normale bedrijfstijd afwijkende tijdstippen.

De motieven om voor thuiswerk te kiezen hangen samen met het feit dat – naar mijn inschatting – het merendeel van der thuiswerkers een zwakke arbeidsmarktpositie heeft. De volgende motieven zijn te onderscheiden:

- Financiële noodzaak. Hoewel thuiswerk ook voorkomt om “iets om handen te hebben”, is het voor veel thuiswerkers bittere noodzaak aan het gezinsinkomen bij te dragen. Het is mijn indruk dat thuiswerkers uit zwakke groepen komen, waar het gezinsinkomen traditioneel laag is.
- Slechte arbeidsmarktpositie. Veel thuiswerkers hebben een lage of afgebroken opleiding. Men komt daardoor slechts in aanmerking voor laaggeschoolde arbeid. Ook is het mogelijk dat de thuiswerker – meestal een vrouw – jaren uit het arbeidsproces is geweest in verband met de opvoeding van kinderen. Bij terugkeer op de arbeidsmarkt blijkt zij te oud, te duur en te onbemiddelbaar te zijn. Thuiswerk is dan het enige wat overblijft.
- Traditionele rolopvatting. Bij laagopgeleiden en bepaalde groepen allochtonen spelen traditionele rolopvattingen over de positie van de vrouw ten aanzien van werk en opvoeding een dominante rol. Dit brengt mee dat van vrouwen wordt verwacht dat hun prioriteit bij huis en haard ligt. Omdat men bij thuiswerk het werk kan indelen op de wijze die de thuiswerker goeddunkt, kan rekening worden gehouden

³⁶³ Zie hierover par. 1.2.5

³⁶⁴ Zie hierover par. 1.2.6

met de eisen die ‘het andere thuiswerk’ – het huishouden, de opvoeding van de kinderen – stelt.

De motieven van hoogopgeleiden om voor thuiswerk te kiezen zijn van een andere orde. De hoogopgeleide thuiswerker ziet zijn autonomie vergroten, hij kan zelf over zijn tijd beschikken en zijn deelname aan sport, vrije tijd en opvoeding kan worden vergroot.³⁶⁵

5.2 Juridische kwalificatie

Het is lastig een definitie van de thuiswerkverhouding te geven die veel onderscheidend vermogen heeft. Dat komt door het volgende. In tegenstelling tot de meeste overige, in dit boek behandelde vormen van flexibele arbeid heeft het begrip “thuiswerk” of “thuiswerkovereenkomst” geen eenduidige juridische betekenis. Afgezien van enkele wettelijke bepalingen met betrekking tot arbeidsomstandigheden³⁶⁶ is er geen speciale wettelijke regeling voor thuiswerk. Men kan stellen dat de thuiswerkovereenkomst niet wordt gekenmerkt door zijn aparte juridische regeling, maar door de aard van en de omstandigheden waaronder de werkzaamheden worden verricht: het werk wordt niet in de onderneming van de thuiswerkverschaffer verricht, maar thuis.

Afspraken tussen degene die thuiswerk aanbiedt en degene die het aanvaardt zullen derhalve eerst juridisch geïdentificeerd moeten worden alvorens te kunnen bepalen wat de rechtsgevolgen van (niet-nakoming van) die afspraken zijn. Die juridische duiding zal één van de volgende drie uitkomsten hebben.

- De thuiswerkovereenkomst is te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst.
- De thuiswerkovereenkomst is te kwalificeren als een opdrachtovereenkomst.
- De thuiswerkovereenkomst is te kwalificeren als een overeenkomst tot aanneming van werk.

Gezien de verschillende rechtsregimes die deze drie contracten kenmerken, moge het duidelijk zijn dat het antwoord op de vraag tot welke van deze drie categorieën de thuiswerkovereenkomst te rekenen is, van groot belang kan zijn. Zoals hierna zal blijken, maakt het bijvoorbeeld voor bescherming van de thuiswerker tegen het eenzijdig beëindigen van de overeenkomst door de thuiswerkverschaffer een groot verschil of de tussen hen bestaande overeenkomst als een arbeidsovereenkomst of als een overeenkomst tot

³⁶⁵ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, G.1.4.3. Daar wordt verwezen naar Amerikaans onderzoek naar hoogopgeleide telethuiswerkers.

³⁶⁶ Zie hierover o.a. T.S. Pieters, *ArbeidsRecht* 1994/12, nr. 72, p. 3-4.

aanneming van werk moet worden gekwalificeerd. In zekere zin is de benaming “flexibele arbeidsrelatie” voor de thuiswerkovereenkomst dan ook misleidend, indien men die term tenminste zó verstaat dat hij ziet op relaties die op eenvoudige wijze kunnen worden aangegaan, gewijzigd en beëindigd. Dat kenmerk bezit de thuiswerkovereenkomst niet per definitie.

In de paragrafen 3.1, 3.2 en 3.3 wordt stilgestaan bij de elementen en omstandigheden die van belang zijn bij het antwoord op de vraag of de thuiswerkovereenkomst als een arbeidsovereenkomst, een opdrachtovereenkomst dan wel een overeenkomst tot aanneming van werk kan worden gekwalificeerd. De meeste aandacht gaat daarbij uit naar de arbeidsovereenkomst, nu deze overeenkomst de thuiswerker – toch meestal behorend tot de categorie werknemers die de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht het meest behoeft - de meeste bescherming biedt en de thuiswerker er veel gelegen aan zal kunnen zijn het bestaan van een arbeidsovereenkomst te bewijzen.

5.2.1 Arbeidsovereenkomst

Of de thuiswerkovereenkomst als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, hangt af van een aantal factoren. De persoon die zich verbindt persoonlijk, tegen loon, gedurende zekere tijd in ondergeschiktheid aan een ander arbeid verricht, heeft een arbeidsovereenkomst met die ander.³⁶⁷ Deze materiële kenmerken zijn doorslaggevend, hoe partijen hun rechtsverhouding kwalificeren is irrelevant. Deze vereisten, hoewel aan erosie onderhevig³⁶⁸, gelden reeds vanaf de introductie van de arbeidsovereenkomst in het BW. Naast deze aan de wet ontleende vereisten zijn nog twee aan rechtspraak ontleende elementen te onderscheiden. Al deze elementen zullen hieronder aan de orde komen. Daarna komt het zogenaamde, met de Wet flexibiliteit en zekerheid geïntroduceerde, rechtsvermoeden aan de orde. De paragraaf eindigt met een bespreking van de informatieplicht van de werkgever.

Voor de volledigheid wijs ik er op dat de thuiswerkovereenkomst die in de vorm van een arbeidsovereenkomst is gegoten, binnen die overeenkomst dezelfde variaties kan vertonen als andere arbeidsovereenkomsten. Zij kan voor bepaalde of onbepaalde tijd worden aangegaan, met of zonder proeftijd en met wisselende (oproepcontract) of vaste uren. Ook is het mogelijk dat thuiswerk op basis van een uitzendcontract wordt verricht. Op deze onderscheidingen ga ik in dit hoofdstuk niet in, ik verwijs hiervoor naar de andere hoofdstukken in dit boek.

³⁶⁷ Zie art. 7:610 lid 1 en 659 lid 1 BW.

³⁶⁸ Deze erosie betreft vooral het begrip “ondergeschiktheid”. Zie hierover o.a. Hugo Sinzheimer Instituut, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?* Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, in het bijzonder de hoofdstukken 1 en 2.

5.2.2 Zich verbinden

Heeft de thuiswerker zich verbonden de werkzaamheden ter hand te nemen zodra de thuiswerkverschaffer die werkzaamheden heeft, dan is dat een aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het omgekeerde geldt evenzeer: staat het de thuiswerker vrij aangeboden werkzaamheden zonder meer te weigeren, dan is het onwaarschijnlijk dat er een arbeidsovereenkomst is. Maar opname van een dergelijke bepaling levert slechts een vermoeden op; de feitelijke situatie is maatgevend.

Dit criterium, dat ook regelmatig gehanteerd wordt om de oproepovereenkomst al dan niet als arbeidsovereenkomst te kwalificeren, is enkele malen in procedures tussen thuiswerkers en thuiswerkverschaffers ter sprake gekomen. Ter illustratie wijs ik op het arrest IVA-Queijssen.³⁶⁹ Queijssen sloot eind 1974 een overeenkomst met IVA waarin zij zich verbond als “thuisponstypiste” (een door de algemene verbreiding van de computer reeds jaren uitgestorven beroep) werkzaamheden voor IVA te verrichten. In februari 1975 deelde IVA aan Queijssen mede dat zij aan de overeenkomst een einde wilde maken. Volgens Queijssen was sprake van een arbeidsovereenkomst tussen haar en IVA en had IVA dus een ontslagvergunning moeten vragen; IVA stelde zich op het standpunt dat geen sprake was geweest van een arbeidsovereenkomst, maar van een “raamcontract”, krachtens welke IVA zich verbond Queijssen regelmatig – voor zover zij over voor thuiswerk geschikt werk beschikte – thuiswerk aan te bieden, hetgeen Queijssen echter mocht weigeren. Voor die weigering werd, aldus IVA, wel een duidelijke motivatie geëist, omdat IVA “recht en belang had” bij een zekere mate van continue beschikbaarheid van de thuiswerkers omdat zij hun nu eenmaal machines ter beschikking had gesteld die rendabel moesten blijven. Dit kwam tot uiting in de volgende bepaling in het contract tussen IVA en Queijssen:

“Dagelijks kunnen de werkzaamheden worden gestopt. Uiteraard moet hiervoor een duidelijke motivatie zijn, omdat het IVA er bijzonder bij gebaat is, dat U Uw dagelijkse productie realiseert.”

Vast stond dat Queijssen in de periode tussen november 1974 en februari 1975 slechts vijf dagen niet had gewerkt. Die vijf dagen waren op wens van Queijssen opgenomen en vloeiden dus niet voort uit het feit dat IVA onvoldoende thuiswerk kon bieden. Op grond van deze omstandigheden was de rechtbank van oordeel:

“dat partijen ten tijde van het aangaan van het contract zijn uitgegaan van de gedachte dat Queijssen samen met Stam voor onbepaalde tijd dagelijks thuis-ponswerk voor IVA zou verrichten en dat de in het contract opgenomen vrijheid ‘dagelijks te kunnen

³⁶⁹ HR 17 november 1978, *NJ* 1979, 140.

stoppen' een vrijheid was voor Queijssen en Stam waarvan zij – mede blijkens de toelichting in het contract – slechts sporadisch en met duidelijke motivatie gebruik mochten maken om een snipperdag op te nemen, omdat IVA bijzonder gebaat was bij realisering van de dagelijkse productie.(...)

De Hoge Raad vond dit feitelijke oordeel niet onbegrijpelijk. Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat de feitelijke situatie de tekst van de overeenkomst opzij kan zetten: volgens een letterlijke uitleg van de overeenkomst kon Queijssen immers de werkzaamheden weigeren, ook al diende zij dat te motiveren. Omdat van die bevoegdheid in de praktijk uiterst zelden gebruik werd gemaakt, werd de tekst van de overeenkomst niet doorslaggevend geacht.

5.2.3 Persoonlijke verrichting

Een arbeidsovereenkomst dient persoonlijk te worden nagekomen. Wanneer iemand de bedongen arbeid niet persoonlijk behoeft te verrichten, aangezien hij deze arbeid zonder toestemming van zijn wederpartij mag doen verrichten door een vervanger, is er geen arbeidsovereenkomst.³⁷⁰

Dus: kan een thuiswerker zich te allen tijde door anderen laten vervangen, dan is er niet voldaan aan het vereiste van art. 7:610 BW en is er dus geen arbeidsovereenkomst. De thuiswerkverschaffer heeft niet altijd zicht op de persoonlijke verrichting van de thuiswerker. Thuiswerkers laten zich soms bijstaan door familieleden. Vaak gaat het om hulp van eenvoudige aard, zoals het inpakken van door de thuiswerker vervaardigde goederen, maar soms zal de hulp exact dezelfde werkzaamheden betreffen als die, die de thuiswerker verricht. De omvang en het al dan niet structurele karakter van die hulp bepalen of de thuiswerkovereenkomst een arbeidsovereenkomst is. Uit een oude uitspraak blijkt dat een thuiswerkovereenkomst als arbeidsovereenkomst kan worden bestempeld wanneer de thuiswerker zich zonder voorafgaande toestemming van de thuiswerkverschaffer van hulpkrachten bedient, mits het gaat om minder belangrijke werkzaamheden en mits de thuiswerker het werk in hoofdzaak zelf uitvoert.³⁷¹ Ongeacht de aard en de omvang van de werkzaamheden is op de verhouding tussen de thuiswerker en de personen door wie hij zich laat bijstaan art. 6:76 BW van toepassing.

In dit kader is vermeldenswaard dat het BBA thuiswerkers die geen arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 van Boek 7 BW van zijn werking uitsluit indien de thuiswerker zich door meer dan twee andere personen, niet zijnde zijn echtgenoot of geregistreerde partner of bij hem inwonende bloedverwanten of aanverwanten of pleegkinderen, laat bijstaan. Zie hierover verder par. 1.2.5.

³⁷⁰ HR 21 maart 1969, *NJ* 1969, 321.

³⁷¹ Rb. Amsterdam 4 december 1914, *NJ* 1914, p. 84.

Opname van de bepaling in het contract dat de thuiswerker zich daadwerkelijk kan laten vervangen, levert een vermoeden op dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is. De feitelijke situatie is echter doorslaggevend: behoeft de thuiswerker in de praktijk voor vervanging altijd de toestemming van de thuiswerkverschaffer, dan zou geconcludeerd kunnen worden dat partijen hebben beoogd dat de arbeid persoonlijk zou worden verricht. In de hiervoor genoemde zaak IVA-Queijssen kwam ook dit aspect aan de orde. In het contract tussen IVA en Queijssen stond nergens dat Queijssen de werkzaamheden persoonlijk moest uitvoeren; er was eenvoudigweg niets over opgenomen. Het lijkt erop IVA dat meende hiermee een argument te hebben gevonden voor de stelling dat Queijssen zich kon laten vervangen, zodat van een arbeidsovereenkomst tussen haar en IVA geen sprake kon zijn. Gebleken was echter dat aan Queijssen nooit was medegedeeld dat zij zich mocht laten vervangen door een andere ponstypiste en dat IVA tegen een vervanging geen bezwaar zou hebben gemaakt. Voorts bleek niet dat vervanging ooit had plaatsgevonden, noch dat vervanging bij andere ponstypistes ooit had plaatsgevonden en Queijssen van dat feit op de hoogte was.

Ook uit recentere rechtspraak blijkt dat een beoordeling van de feitelijke situatie doorslaggevend is, al zal de rechter daarbij soms van een flink aantal aannames moeten uitgaan. Dat een thuiswerker zich feitelijk nooit laat vervangen, was ook in de zaak die leidde tot een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 13 mei 1992 een belangrijk element ter weerlegging van de stelling dat de thuiswerker zich kon laten vervangen. In casu ging het om de vraag of de werkzaamheden van Zuidberg, een correctrice, voor haar thuiswerkverschaffer, Elsevier Science Publishing BV, als verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst konden worden beschouwd. Elsevier had zich op het standpunt gesteld dat tussen Zuidberg en haar geen arbeidsovereenkomst was ontstaan, nu Zuidberg de vrijheid had zich door een derde te laten vervangen. Die vervangingsvrijheid bracht niet mee dat het afgeleverde werk niet aan bepaalde kwaliteitseisen moest voldoen. Zuidberg stelde daar tegenover dat zij het werk altijd zelf had gedaan. Bovendien had zij een test afgelegd alvorens als correctrice te worden aanvaard en moest Elsevier blindelings kunnen vertrouwen op de kwaliteit van het door Zuidberg geleverde werk. Ten slotte had Zuidberg zich nooit door een ander laten vervangen. Onder die omstandigheden, aldus de rechtbank, was voldaan aan het vereiste dat Zuidberg jegens Elsevier verplicht was de arbeid persoonlijk te verrichten.

Regelmatig zullen de feitelijke omstandigheden onvoldoende uitsluitel bieden. In dat geval kan de tekst van de overeenkomst wel degelijk de doorslag geven. In de zaak die leidde tot een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 15 april 1998³⁷² ging het om het volgende. Een redactrice was met de Staat overeengekomen dat zij in twee periodieken artikelen zou schrijven voor het Ministerie van Economische

³⁷² *JAR* 1998/107.

Zaken. De Staat zegde haar in het voorjaar van 1997 aan dat de overeenkomst in de zomer zou worden beëindigd. Volgens de redactrice was sprake van een arbeidsovereenkomst tussen haar en de Staat die door de Staat moest worden opgezegd. De kantonrechter en de rechtbank volgden dat oordeel niet: de tekst van de overeenkomst wees eenduidig op de intentie van partijen een overeenkomst van opdracht en geen arbeidsovereenkomst aan te gaan. In de overeenkomst werd het ministerie consequent – anders dan in de zaak IVA-Queijssen – als opdrachtgever bestempeld en de redactrice als opdrachtnemster. Tevens was in de aanhef met zoveel woorden overwogen dat de opdrachtgever voornemens was voor de uitvoering van de beschreven werkzaamheden tijdelijk een beroep te doen op de externe ondersteuning en dat de redactrice bereid was deze werkzaamheden uit te voeren. Bovendien was in de overeenkomst niets opgenomen met betrekking tot werktijden, verlof- en vakantiedagen, loondoorbetaling bij ziekte en andere bij de arbeidsovereenkomst relevante onderwerpen. Dit maakte het bestaan van een arbeidsovereenkomst des te onaannemelijker.

In de zaak die leidde tot een uitspraak van het Kantongerecht Amsterdam van 24 november 1999 was het de aard van de werkzaamheden die de doorslag gaf voor de aanneming dat de thuiswerker de werkzaamheden persoonlijk moest verrichten.³⁷³ Truijens had gedurende 24 jaar ten behoeve van – wederom - Elsevier Science BV medische artikelen samengevat (“geïndexeerd”). Een deel van dit werk deed Truijens thuis, een ander deel werd door hem ten kantore van Elsevier verricht. Toen Elsevier de overeenkomst met Truijens beëindigde, vorderde deze een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Op de stelling van Elsevier dat Truijens niet verplicht was de werkzaamheden persoonlijk te verrichten, oordeelde de kantonrechter dat de hoge mate van gespecialiseerdheid van het indexeringswerk dat uitsloot: “Ondenkbaar is dat gedaagde ermee genoegen zou nemen als eiser het werk door een ander, niet gespecialiseerd persoon, zou laten verrichten.”

Uit de hierboven opgenomen uitspraken kan worden afgeleid dat het antwoord op de vraag of voldaan is aan het vereiste van persoonlijke arbeidsverrichting afhankelijk kan zijn van uiteenlopende factoren. De feitelijke situatie is beslissend. Soms zal de aard van de werkzaamheden de doorslag geven, al dan niet in combinatie met het feit dat van een beweerde vrijheid zich te laten vervangen feitelijk geen gebruik kon worden gemaakt of werd gemaakt. Ook de tekst van de overeenkomst kan van doorslaggevende betekenis zijn.

5.2.4 Tegen loon

Voor het kunnen aannemen van een arbeidsovereenkomst dient de tegenprestatie voor de verrichte werkzaamheden als loon te kunnen worden

³⁷³ *JAR* 2000/19.

gekwalficeerd. Zonder loon geen arbeidsovereenkomst. Voor de definitie van het loonbegrip moet aansluiting worden gezocht bij een uitspraak van de Hoge Raad uit 1953.³⁷⁴ De Hoge Raad oordeelde dat onder loon dient te worden verstaan “de vergoeding door den werkgever aan den werknemer verschuldigd terzake van den bedongen arbeid”. Uit deze ruime definitie blijkt dat er verschillende vormen mogelijk zijn: in geld of in natura, op basis van een vast tarief per tijdsdeel (uur, dag) of stukloon. Op enkele specifieke aspecten van het loonbegrip bij thuiswerk wordt in par. 5.4.1 ingegaan.

Het is van belang vast te stellen of bepaalde inkomsten als loon in de zin van art. 7:610 BW kunnen worden beschouwd. Allereerst natuurlijk omdat zonder loon geen arbeidsovereenkomst bestaat, maar ook omdat Afdeling 2 van Titel 10 van Boek 7 BW (art. 7:616-633 BW) de loonbetaling door de werkgever aan strenge normen bindt. De wet regelt onder meer de geoorloofde loonvormen (art. 7:617 BW), de wijze van betaling (art. 7:620 BW), het tijdstip van betaling (art. 7:623- 625 BW).

Het zal niet vaak voorkomen of dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst afhankelijk is van het antwoord op de vraag of een bepaalde tegenprestatie loon is. In de rechtspraak zijn enkele voorbeelden te vinden die betrekking hebben op de betaling van (louter) fooien³⁷⁵ of (reële) onkostenvergoedingen³⁷⁶ en betaling van een vergoeding niet rechtstreeks aan de beweerdelijk werknemer, maar aan diens “management-BV”.³⁷⁷ In het laatste arrest, beter bekend als het arrest Groen/Schoevers, overwoog de Hoge Raad dat de Rechtbank geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te stellen dat geen sprake was van loon als bedoel in een arbeidsovereenkomst, aangezien hetgeen partijen omtrent de tegenprestatie hadden geregeld en hoe zij dat hadden vormgegeven te zeer afweek van hetgeen met betrekking tot loon bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is. Maandelijks stuurde Groens vennootschap rekeningen inclusief BTW aan Schoevers, die die rekeningen niet aan Groen privé, maar aan de vennootschap betaalde. Schoevers hield daarop geen loonbelasting of premies werknemersverzekeringen in. Bovendien was de wijze van betaling van de tegenprestatie op initiatief van opdrachtnemer Groen tot stand gekomen en niet, zoals gebruikelijk bij een arbeidsovereenkomst, op initiatief van zijn wederpartij.

5.2.5 Gedurende zekere tijd

Dit criterium wordt in het arbeidsovereenkomstenrecht zelden als zelfstandig element beschouwd. Een arbeidsovereenkomst kan in theorie

³⁷⁴ HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 242, bevestigd in o.a. HR 25 januari 1991, *NJ* 1991, 597.

³⁷⁵ HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 242.

³⁷⁶ HR 3 juni 1981, *NJ* 1982, 206.

³⁷⁷ HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263.

voor bepaalde tijd van één uur worden aangegaan. Dat een thuiswerkster gedurende zekere tijd werkzaam is, kan wel een vermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst opleveren. Art. 7:610a BW bevat een zogenaamd rechtsvermoeden, waarover meer in par. 1.3.2.

Het criterium kan een rol spelen bij de afbakening van de arbeidsovereenkomst met de overeenkomst tot aanneming van werk.

5.2.6 Ondergeschiktheid/Gezagsverhouding

Zoals in de inleiding bij dit hoofdstuk is aangegeven, zijn de elementen die de essentialia van een arbeidsovereenkomst vormen aan erosie onderhevig. Dat geldt in het bijzonder voor het element “ondergeschiktheid”. Vanouds is de ondergeschiktheid van de werknemer het meest essentiële element ter onderscheiding van de arbeidsovereenkomst van aanneming van werk en opdracht: de werknemer is gebonden aan de instructies van de werkgever. Steeds minder betekent dit dat de werkgever daadwerkelijk op geregelde tijdstippen vertelt wat de werknemer moet doen. Met het langzamerhand verdwijnen van de ‘klassieke’ fabrieksarbeider en de toenemende professionalisering van de werknemer (die nu ook geen “arbeider” meer heet) oefent de werknemer steeds vaker zijn werkzaamheden in een grote mate van zelfstandigheid uit. Het feit dat weinig of geen dienstbevelen worden gegeven maakt het soms lastig het ondergeschiktheids criterium als kenmerkend element van de arbeidsovereenkomst te beschouwen. Het bestaan ervan dient dan te worden afgeleid uit de andere, hiervoor genoemde elementen of uit het feit dat de arbeid onderdeel is van het organisatorische verband van de onderneming, dat de werkgever het ondernemersrisico draagt, dat hij de premies werknemersverzekeringen en loonbelasting inhoudt, enzovoort.

Ging het zojuist om de werknemer die steeds professioneler wordt waardoor de ondergeschiktheid niet meer zo eenvoudig te duiden is als voorheen, bij de thuiswerker spelen andere, zelfs tegengestelde overwegingen. In de meeste gevallen is niet beoogd een arbeidsovereenkomst in het leven te roepen (maar een overeenkomst tot aanneming van werk), hoewel men zich juist kan afvragen of de thuiswerker nu juist wél een arbeidsovereenkomst heeft, omdat hij zich in een zeer afhankelijke positie bevindt ten opzichte van zijn werkverschaffer en hij diens opdrachten en instructies veelal nauwgezet moet volgen. Dat de thuiswerker thuis werkt, hoeft aan het aannemen van een gezagsverhouding niet in de weg te staan. In sommige, hierna te bespreken gevallen is inderdaad aangenomen dat de feitelijke ondergeschiktheid van de thuiswerker meebracht dat de thuiswerker een arbeidsovereenkomst had.

Ik meen dat hierbij het volgende aantekening verdient. De beoordelingsvrijheid die een werknemer heeft om zijn werkzaamheden op een bepaalde wijze te verrichten, bepaalt weliswaar tot op zekere hoogte het antwoord op de vraag of van een gezagsverhouding kan worden gesproken, maar daarbij dient rekening te worden gehouden met de specifieke

werkzaamheden van de thuiswerker; men zal derhalve moeten nagaan of de beoordelingsvrijheid afwijkt van wat normaal is in de betreffende situatie alvorens te concluderen dat wel of geen sprake van ondergeschiktheid casu quo een arbeidsovereenkomst. Het feit dat de te verrichten werkzaamheden van eenvoudige aard zijn of juist specifieke kennis en vaardigheden vereisen, kan op zichzelf niet relevant zijn voor het antwoord op de vraag of een gezagsverhouding bestaat. Een opdrachtgever zal regelmatig aan de thuiswerker bepaalde technische instructies geven omdat hij een zeker eindresultaat wenst. Dit brengt mee dat de beoordelingsruimte van de thuiswerker wordt beperkt. Bij werkzaamheden van eenvoudige aard – zoals het fabriceren van taartdozen van een bepaald formaat – zal dit, eerder dan bij werkzaamheden die een bepaald specialisme veronderstellen, kunnen meebrengen dat er feitelijk zeer weinig beoordelingsvrijheid voor de thuiswerker overblijft. Dit vloeit echter reeds voort uit de aard der werkzaamheden: bij het vervaardigen van taartdozen van een bepaald formaat zijn er nu eenmaal niet veel wegen die naar Rome leiden. Het omgekeerde geldt voor specialistische werkzaamheden: de thuiswerker die voor de opdrachtgever een bepaald computerprogramma moet vervaardigen, heeft gedurende het vervaardigingsproces vele keuzemogelijkheden. Het feit dat de opdrachtgever hem bepaalde technische instructies geeft, doet niet af aan het feit dat deze thuiswerker een relatief grote beoordelingsvrijheid heeft.

Is de aard van de werkzaamheden op zich niet doorslaggevend, in combinatie met de hoeveelheid en de gedetailleerdheid van de instructies die de opdrachtgever geeft kan deze factor wel een rol spelen bij het antwoord op de vraag of de instructiebevoegdheid een zodanige invulling is gegeven dat er een gezagsverhouding is. Daarbij moet worden gekeken of de gegeven instructies afwijken van een zeker 'standaardpatroon'. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, zal een specialistische thuiswerker een zekere vrijheid hebben om een bepaalde resultaat te behalen. Dient een thuiswerkende computerspecialist voor zijn opdrachtgever niet alleen een bepaald eindresultaat dient te behalen, maar moet hij zich daarbij tevens aan zeer gedetailleerde instructies houden, dan zou, indien dit afwijkt van wat gangbaar is, tot het bestaan van een gezagsverhouding kunnen worden geconcludeerd. Datzelfde geldt bij werkzaamheden van eenvoudige aard wanneer de instructies het niveau van noodzakelijke technische instructies in zekere mate overstijgen. Dit kan het geval zijn wanneer aan de thuiswerker tevens wordt aangegeven wanneer en in welk tempo dient te worden gewerkt.

5.2.7 Verrichting werkzaamheden binnen en buiten de onderneming

Dat het feit dat bepaalde werkzaamheden zowel binnen als buiten de onderneming worden verricht een aanwijzing kan zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, is te ontleen aan het hiervoor ter sprake gekomen arrest IVA/Queijssen. In het vonnis van de Rechtbank in die zaak

heeft meegewogen “dat de door Queijssen verrichte werkzaamheden behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van de IVA”. Hiermee bedoelde de rechtbank dat de werkzaamheden van Queijssen sterke gelijkenis vertoonde met de werkzaamheden van bepaalde werknemers die binnen de onderneming van IVA werkzaam waren. Het lijkt er zelfs op dat deze omstandigheid een doorslaggevende rol heeft gespeeld.³⁷⁸ Dat is opmerkelijk, nu dit niet samenhangt met een element van de arbeidsovereenkomst.³⁷⁹

5.2.8 Gelijke aard van de werkzaamheden

Heeft een thuiswerker eerst op basis van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzaamheden verricht en gaat hij diezelfde werkzaamheden vervolgens op basis van een thuiswerkovereenkomst verrichten, dan is dat een aanwijzing dat ook de laatste overeenkomst een arbeidsovereenkomst is. Deze situatie deed zich voor in de zaak SSZ/Gelderloos.³⁸⁰ Gelderloos was in 1968 in dienst getreden bij SSZ alwaar zij recepten berekende. Begin 1969 ging zij deze werkzaamheden thuis verrichten, hetgeen duurde tot eind september 1977. Op die datum deelde SSZ mede de rechtsverhouding te beëindigen. Volgens haar was een ontslagvergunning niet nodig, nu Gelderloos vanaf 1968 haar werkzaamheden immers op “free lance”-basis had verricht. Gelderloos meende dat door het thuis werken de aard van de arbeidsovereenkomst niet dusdanig was veranderd dat niet langer van een arbeidsovereenkomst kon worden gesproken. Volgens de Rechtbank Utrecht vormde de wijziging van de plaats van uitvoering van de werkzaamheden, evenmin als het feit dat de wijze van beloning was gewijzigd, een omstandigheid die aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg stond. Daarbij nam de rechtbank in aanmerking dat de door Gelderloos thuisverrichte werk van nagenoeg gelijke aard bleef als het werk dat zij ten kantore van SSZ had verricht, alsmede dat aan Gelderloos ook voor het thuiswerk richtlijnen werden gegeven voor de werkuitvoering. Volgens de AG kwam het erop aan of partijen begin 1969 hun rechtsverhouding hadden vervangen door een andere die de kwalificatie “arbeidsovereenkomst” niet kon dragen. Daarvan was volgens de AG geen sprake. De Hoge Raad nam dit oordeel over.

5.2.9 Rechtsvermoeden

Vanaf 1 januari 1999 maken de artikelen 7:610a en b BW deel uit van Titel 10 van Boek 7 BW. Het eerste artikel biedt een rechtsvermoeden over de aard van de arbeidsrelatie, het tweede – dat verder niet meer aan de orde zal

³⁷⁸ In gelijke zin P.A. Stein in zijn noot bij dit arrest.

³⁷⁹ Zie hierover tevens par. 1.3.5

³⁸⁰ HR 16 oktober 1981, *NJ* 1982, 123 en HR 5 november 1982, *NJ* 1983, 231.

komen – over de omvang ervan. Art. 7:610a BW bepaalt dat wanneer iemand ten behoeve van een ander tegen beloning minstens drie maanden wekelijks, dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand enige vorm van arbeid verricht, vermoed wordt dat hij deze arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst verricht. Omdat de wetgever onduidelijkheid in arbeidsrelaties met het instrument van een weerlegbaar rechtsvermoeden heeft willen tegengaan, is sprake van versterking van de processuele positie van vooral de flexibele werknemer, inclusief de thuiswerker. Dit rechtsvermoeden kan bijdragen aan het verminderen van het gebruik van schijnconstructies die tot doel hebben de stelling dat een arbeidsovereenkomst bestaat te ontzenuwen. Voldoet een thuiswerker derhalve aan de eisen die art. 7:610a BW stelt, dan wordt vermoed dat een arbeidsovereenkomst bestaat. Dit vermoeden is weerlegbaar: de thuiswerkverschaffer mag met alle middelen aantonen dat er geen arbeidsovereenkomst bestaat, maar bijvoorbeeld een opdrachtsovereenkomst. Omgekeerd staat art. 7:610a BW er uiteraard niet aan in de weg een arbeidsovereenkomst aan te nemen indien niet aan de vereisten van het artikel is voldaan.

De rechtsvermoedens van art. 7:610a en b BW moeten in combinatie worden gezien met het op 1 januari 1994 in de wet opgenomen art. 7:655 BW dat een informatieplicht voor de werkgever inhoudt bij de aanvang van een al dan niet flexibele arbeidsrelatie. Op grond van dit artikel is de werkgever verplicht aan de werknemer een schriftelijke opgave te verstrekken van een aantal gegevens met betrekking tot de arbeidsrelatie, zoals de functie van de werknemer, het tijdstip van indiensttreding en het loon en de termijn van uitbetaling ervan. Afwijking van het artikel is niet mogelijk (art. 7:655 lid 8 BW).

Van belang is het zesde lid, dat bepaalt dat de informatieplicht tevens bestaat ten aanzien van “een overeenkomst die de voorwaarden regelt van een of meer arbeidsovereenkomsten die partijen zullen sluiten indien na oproep arbeid wordt verricht, en op het aangaan van een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst, al dan niet gevolgd door soortgelijke andere overeenkomsten, waarbij de ene partij, natuurlijk persoon, zich verbindt voor de andere partij tegen beloning arbeid te verrichten, tenzij de overeenkomst wordt aangegaan in beroep of bedrijf.” Dit breidt de werkingssfeer van het artikel uit tot de oproepovereenkomst, de uitzendovereenkomst en de thuiswerkovereenkomst, of deze laatste nu in de vorm van een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst tot aanneming van werk of een opdrachtsovereenkomst is gegoten. De werkgever/opdrachtgever is verplicht in de te verstrekken informatie aan te geven welke soort overeenkomst er naar zijn oordeel is afgesloten.³⁸¹

De regering beoogde met deze uitbreiding de positie van flexibele arbeidskrachten te versterken: met name dacht zij dat door deze bepaling

³⁸¹ P.F. van der Heijden, *Tekst & commentaar Arbeidsovereenkomst*, Kluwer, Deventer, 2000, p. 91 onder 7.

duidelijk zou worden onder welke voorwaarden arbeid wordt verricht in flexibele arbeidsrelaties. De verplichting de flexibele arbeidskracht op de hoogte te stellen van het grondpatroon van zijn arbeidsverhouding zou een vergaand regulerend gevolg kunnen hebben. Dit zou voor de thuiswerkovereenkomst een stimulans kunnen zijn goede afspraken over frequentie en omvang van het werk schriftelijk vast te leggen. De regering was zich bewust van het feit dat thuiswerkrelaties vaak op mondelinge afspraken zijn gebaseerd. Hij ging ervan uit dat art. 7:655 BW zou leiden tot een verzwaring van lasten voor de werkgever, “een verzwaring die evenwel gelet op het doel van de regeling (...) gerechtvaardigd is”.³⁸² Die verzwaring uit zich tevens in het feit dat de kosten van het opstellen van de schriftelijke opgave voor rekening van de werkgever komen.

Komt de werkgever/opdrachtgever de informatieplicht niet na, dan is hij jegens de arbeidskracht aansprakelijk voor de daaruit ontstane schade. Heeft de werkgever bijvoorbeeld ten onrechte niet aangegeven dat het contract met de thuiswerker een arbeidsovereenkomst is, dan kan de thuiswerker eisen dat alsnog premies werknemersverzekeringen worden afgedragen, pensioenpremies worden voldaan en vakantiedagen worden toegekend. Ook een vakorganisatie kan op grond van art. 3:305a BW nakoming van de informatieverplichting vorderen.

5.3 Aanneming van werk

In art. 7A:1637 (oud) BW werd de aanneming van werk getypologiseerd als een van de drie overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. De andere twee zijn de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst (destijds overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten geheten). De arbeidsovereenkomst is inmiddels geregeld in Titel 10 van Boek 7 BW, de opdrachtovereenkomst heeft een plaats gekregen in Titel 7 van Boek 7 BW. Het ligt in de bedoeling de overeenkomst tot aanneming van werk ook in Boek 7 BW op te nemen, en wel in de twaalfde titel.³⁸³ Zo lang implementatie in Titel 12 van Boek 7 BW nog geen feit is, dienen we het te stellen met de tamelijk belegen regeling van de zesde afdeling van de zevende titel A van Boek 7 BW (“van aanneming van werk”, art. 7A:1639³⁸⁴-1651 BW). Deze regeling wordt in de literatuur als onduidelijk,

³⁸² *Kamerstukken II* 1992/93, 22 810, nr. 3, p. 4.

³⁸³ Dit wetsvoorstel is al in 1993 aan de Tweede Kamer aangeboden (*Kamerstukken II* 1992/93, 23 095). Over de invoeringsdatum van deze titel is op het moment van schrijven niets bekend. Uit informele bronnen is vernomen dat onenigheid omtrent de rol van het notariaat bij de aanbesteding van bouwwerken een spoedige inwerkingtreding verhindert.

³⁸⁴ Artikel 7A:1637 BW is met de inwerkingtreding van Titel 7 Boek 7 BW in 1993 vervallen. De regeling van aanneming van werk is toen naar de artikelen 7A:1639-1651 BW verschoven.

onsamenhangend en onvolledig bekritiseerd.³⁸⁵ In het vervolg van deze paragraaf zal, waar dat nuttig is, naast de huidige regeling tevens de regeling van het Ontwerp-NBW aan de orde komen.

Art. 7A:1639 BW definieert aanneming van werk als de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich verbindt voor de andere partij, de aanbesteder, tegen een bepaalde prijs een bepaald werk van stoffelijke aard tot stand te brengen. Het huidige artikel 7.12.1 van het Ontwerp-NBW kent de volgende definitie: aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te bepalen prijs in geld. Uit deze definities blijkt dat de overeenkomst tot aanneming van werk uit de volgende elementen bestaat: het tot stand brengen van een stoffelijk werk, tegen een bepaalde prijs (Ontwerp-NBW: in geld) en wel buiten het verband van een arbeidsovereenkomst. Hieronder worden deze elementen behandeld. Daarna zal de afbakening van het aannemingscontract ten opzichte van de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst aan de orde komen.

5.3.1 Stoffelijk werk

De overeenkomst tot aanneming van werk heeft altijd een stoffelijk werk als object. Het meest sprekende voorbeeld is de aanneming van een bouwwerk. Een thuiswerker die thuis schoenen stikt brengt echter – door bewerking – ook een stoffelijk werk tot stand. Als onderscheidend criterium ten opzichte van de arbeidsovereenkomst heeft dit element dan ook weinig waarde. Sommige werknemers zijn ook juist aangenomen om een bepaald stoffelijk werk tot stand te brengen, waarbij gedacht kan worden aan de overeenkomst voor bepaalde voor de duur van een bepaald project. Een voorbeeld hiervan is projectontwikkeling. Loopt het project in tijd uit, dan kan aan het contract van bepaalde tijd – zelfs indien dat tegen de hoofdregel van art. 7:668a lid 1 BW indruist – een vervolg van maximaal drie maanden worden gegeven, mits de initiële arbeidsovereenkomst voor 26 maanden of langer was overeengekomen (art. 7:668a lid 3 BW).

Wel biedt het element een scheidslijn met de opdrachtovereenkomst. Ruw gezegd gaat het bij aanneming van werk om het tot stand brengen van een stoffelijk werk, terwijl het bij de overeenkomst van opdracht om het verrichten van geestelijke arbeid gaat. Bij de klassieke vormen van thuiswerk gaat het meestal om werk van stoffelijke aard, waar immers het produceren, verpakken, sorteren of schoonmaken van zaken veelvuldig plaatsvindt. Ook komt geestelijke arbeid voor, zoals vertalen, artikelen schrijven, teksten corrigeren. Bij de nieuwere vormen van thuiswerk, het telethuiswerk, komt deze

³⁸⁵ W. Wedekind, “Aanneming van werk”, in: Van Zeven (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 290.

onderscheiding ook voor: “stoffelijk” zijn de data-invoer en de tekstverwerking, “geestelijk” het ontwerpen van software, telefonisch enquêteren, callcenteractiviteiten, enzovoort.

Niettemin is hier discussie mogelijk, bijvoorbeeld ten aanzien van vormen van arbeid die elementen van geestelijke arbeid herbergen, doch mede op het tot stand brengen van een stoffelijk product zijn gericht. De regering meende echter dat het onderscheid niet al te ingewikkeld zou zijn.³⁸⁶ In twijfelgevallen zal men moeten nagaan welk aspect de boventoon voert. Bij het schrijven van artikelen zal de intellectuele prestatie belangrijker zijn dan de vellen papier; bij tekstverwerking is het andersom. Maar in sommige gevallen is het niet zo eenvoudig: wat te denken van de thuiswerker die breipatronen voor een damesblad ontwerpt en tegelijkertijd die ontwerpen – na goedkeuring - in veelvoud op de breimachine dient te produceren? Wellicht zou men hier van twee overeenkomsten kunnen uitgaan, waarbij het eerste traject als opdrachtovereenkomst, het tweede traject als aannemingsovereenkomst is te kwalificeren.

5.3.2 Tot stand brengen

De aannemer dient een stoffelijk werk tot stand te brengen. De keuze voor het werkwoord “tot stand brengen” wordt algemeen zodanig geïnterpreteerd dat dit ziet op het bestaan van een resultaatsverbintenis (terwijl de arbeidsovereenkomst veeleer als een inspanningsverbintenis kan worden gezien). De aannemer is niet in alle gevallen vrij te bepalen op welke wijze het stoffelijk werk tot stand wordt gebracht. Veelal – zeker ook thuiswerkers – is hij gebonden aan gedetailleerde uitvoeringsvoorschriften van de aanbesteder. Of het opgeleverde werk uiteindelijk van goede kwaliteit zal zijn, heeft de aannemer in een dergelijke situatie niet in eigen hand. Zijn prestatieplicht wordt in een dergelijk meer vormgegeven door het opvolgen van de instructies die tot een werk leiden, dan dat zij wordt ingevuld door de eventuele eis van de aanbesteder dat het geleverde werk van goede kwaliteit is.

5.3.3 Bepaalde prijs (in geld)

De aanbesteder dient een prijs te betalen voor het aan de aannemer opgedragen werk. De prijs bestaat vaak uit een van te voren afgesproken bedrag. Zo ontvangt een thuiswerker die schoenen stikt bijvoorbeeld een vast bedrag voor een lading van honderd schoenen of ontvangt hij een vast bedrag per paar. Is niets over de prijs afgesproken, dan heeft de aannemer recht op een naar redelijkheid en billijkheid vast te stellen beloning. Is

³⁸⁶ *Kamerstukken II 1991/92, 17 779, nr. 8, p.2.* Vgl. ook Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, G.5.4, waar wordt opgemerkt dat het onderscheid tussen aanneming van werk en opdracht nauwelijks tot problemen leidt.

onduidelijk of een prijsafsprake is gemaakt, dan dient degene die zich op het bestaan van een prijsafsprake beroept dit bestaan te bewijzen.³⁸⁷ Art. 7.12.3 Ontwerp-NBW bepaalt in het eerste lid dat indien de prijs niet is bepaald of als er slechts een richtprijs is afgesproken, de opdrachtgever een redelijke prijs verschuldigd is. Bij de bepaling van de prijs wordt rekening gehouden met de door de aannemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gewoonlijk bedongen prijzen en met de door hem ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen. Voor de thuiswerker zal dit artikel in de toekomst van weinig belang zijn, nu het hoogst zelden voorkomt dat geen vaste stuksprijs of prijs per zending/lading wordt overeengekomen.

Art. 7.12.1 Ontwerp-NBW geeft aan, anders dan het huidige art. 7A:1639, dat de betaling in principe geld dient te geschieden. Het tweede lid geeft aan dat wanneer de tegenprestatie niet in geld geschiedt, de bepalingen van de twaalfde titel niettemin toepassing vinden voor zover de aard van de tegenprestatie zich daartegen niet verzet.

5.3.4 Buiten arbeidsovereenkomst

Art. 7.12.1 Ontwerp-NBW geeft expliciet aan dat aanneming van werk buiten dienstverband dient te geschieden. Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 7:400 BW (opdracht). De term “dienstbetrekking” is overigens in artikel 7:400 BW en in Titel 10 Boek 7 BW vervangen door “arbeidsovereenkomst”. Het ligt in de verwachting dat wanneer de twaalfde titel van Boek 7 BW een feit is ook daar de vervanging zal zijn doorgevoerd.

Met de enkele vaststelling dat aanneming van werk buiten arbeidsovereenkomst dient te geschieden, is uiteraard niet gegeven dat wanneer partijen hun rechtsverhouding als aanneming van werk kwalificeren, er geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Zoals hiervoor al is uiteengezet, zijn het de materiële kenmerken van de arbeidsovereenkomst die de doorslag geven bij het antwoord op de vraag of een bepaalde rechtsrelatie als arbeidsovereenkomst kan worden bestempeld.

5.3.5 Afbakening ten opzichte van de arbeidsovereenkomst

De aard van de thuiswerkovereenkomst brengt mee dat de afgrenzing tussen de overeenkomst tot aanneming van werk en de arbeidsovereenkomst soms niet eenvoudig te vinden is. De prestatie waartoe de thuiswerker zich verbindt zal immers meestal bestaan uit bepaalde, nauwkeurig omschreven werkzaamheden. Hierin onderscheidt de thuiswerkovereenkomst – als zij al als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd – zich van de meeste andere arbeidsovereenkomsten, waarbij de prestatie van de werknemer niet

³⁸⁷ HR 21 juni 1968, NJ 1968, 290.

zo strikt omschreven is en de werkzaamheden die hem worden opgedragen zullen wisselen al naar gelang de omstandigheden.

De mate van feitelijke ondergeschiktheid is bij de thuiswerker vaak een problematisch aspect om de stelling dat geen arbeidsovereenkomst, maar een overeenkomst tot aanneming van werk bestaat, te rechtvaardigen. Weliswaar is de aannemer, evenals bij de arbeidsovereenkomst het geval is, soms verplicht de “opdrachten en aanwijzingen” van de wederpartij te volgen, maar zelden in de mate als zich bij het veelal laaggekwalificeerde thuiswerk voordoet. Bij toepassing van de maatstaf van feitelijke ondergeschiktheid zullen vele aannemingen van werk die thuis worden verricht onder de vigeur van de arbeidsovereenkomst vallen. Het bij de arbeidsovereenkomst tevens bestaande tijds-element biedt hier een mogelijkheid tot onderscheiding. Bij aanneming van werk gaat het er immers niet om dat de wederpartij zich gedurende bepaalde tijd van de arbeidskracht van de aannemer verzekerd weet, maar om het gereedkomen van een zeker werk, en indien daarbij een termijn is gesteld, binnen die afgesproken termijn. In aannemingsovereenkomsten heeft men dan ook vooral behoefte aan bepalingen die waken tegen tijdsoverschrijding.

5.4 Opdracht

Aangezien de opdrachtovereenkomst uitvoerig is behandeld in hoofdstuk 1, volsta ik hier met enkele opmerkingen. De opdrachtovereenkomst is geregeld in Titel 7 van Boek 7 BW. Ingevolge art. 7:400 BW verbindt de opdrachtnemer zich buiten arbeidsovereenkomst voor de opdrachtgever werkzaamheden te verrichten. Die werkzaamheden dienen in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. Voor deze situaties kent het BW immers aparte regelingen. De opdrachtovereenkomst is dus eigenlijk de vergaarbak van overeenkomsten tot dienstverlening die niet als een van de andere overeenkomsten met een speciale regeling kunnen worden gekwalificeerd. De zinsneden “anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst” en de uitsluiting van het totstandkomen van een werk van stoffelijke aard geven het onderscheid met respectievelijk de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst tot aanneming van werk aan.

De wet regelt slechts een aantal zaken voor de opdrachtovereenkomst. De opdrachtnemer wordt geacht zijn eigen belangen voldoende te kunnen behartigen, beschermende bepalingen zoals die in het arbeidsovereenkomstenrecht voorkomen worden daarom niet nodig geacht. Niettemin kan zich ook hier, net als bij de overeenkomst tot aanneming van werk, de vraag voordoen of de feitelijke situatie niet veeleer op een arbeidsovereenkomst wijst. Ook de opdrachtnemer dient aanwijzingen en instructies van de opdrachtgever op te volgen (art. 7:402 BW). De bij aanneming van werk genoemde overwegingen ten aanzien van de afhankelijkke positie van de thuiswerker die een stoffelijk werk tot stand

brengt en de gedetailleerdheid van de hem gegeven instructies doen evenzeer opgeld bij de thuiswerker die arbeid van geestelijke aard – dus op basis van een opdrachtovereenkomst - verricht.

5.4.1 Loon

Met loon wordt in deze paragraaf bedoeld op de tegenprestatie voor de thuis verrichte werkzaamheden. Zoals hiervoor is gebleken, zijn verschillende loonvormen denkbaar: zo kan de thuiswerker per afgeleverde partij betaald worden; ook is het mogelijk dat hij een vaste eenheidsprijs per afgewerkt product ontvangt. Op enkele specifieke aspecten van loonbetaling zal ik hieronder ingaan. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naar de situatie dat de thuiswerker op basis van een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst tot aanneming van werk en een opdrachtovereenkomst werkt.

5.4.2 Arbeidsovereenkomst

In par. 5.4.1 is het loonbegrip van de arbeidsovereenkomst aan de orde geweest. Daaruit bleek dat Titel 10 van Boek 7 BW een aantal bepalingen kent dat speciaal over de loonbetaling door der werkgever gaat. Uiteraard kan ook de thuiswerker die een arbeidsovereenkomst heeft zich daar op beroepen. Zo dient bijvoorbeeld een telefonist die gedurende 18 uur per week thuis telefonische orders verwerkt op grond van art. 7:616 zijn loon tijdig te ontvangen. Dat loon kan een afgesproken week- of maandloon zijn (art. 7:623 BW). Is hij een stukloon met de werkgever overeengekomen – en dat zal zich bij veel thuiswerkcontracten voordoen - dan verkeert hij in principe in dezelfde positie: ook dan moet het loon ingevolge art. 7:616 BW tijdig worden betaald. Art. 7:623 BW ziet alleen op loon naar tijdseenheid, maar op grond van art. 7:624 BW dient deze bepaling analoog te worden toegepast op stukloon. De werkgever dient dus dezelfde betaaltermijn aan te houden als hij toepast voor het naar tijdruimte vastgestelde loon voor vergelijkbare arbeid. Stukloon is slechts verschuldigd over het werk dat af is. Betaalt de werkgever te laat, dan kan de thuiswerker een beroep doen op art. 7:625 BW dat voorziet in de sanctie van verhoging van het overeengekomen loon. Soms is op de betaaldag niet duidelijk hoeveel loon verschuldigd is. Bij stukloon kan zich dat voordoen indien bijvoorbeeld de hoeveelheid afgewerkte producten nog niet te tellen is. In dat geval kan de thuiswerker een voorschot eisen ter hoogte van het loon waarop hij gemiddeld per betalingstermijn aanspraak kon maken over de drie maanden voorafgaande aan de betalingsdag of, indien dat niet mogelijk is, ter hoogte van het voor vergelijkbare arbeid gebruikelijke loon. Dat laatste zal zich voordoen indien de thuiswerker nog maar korte tijd thuis werkzaamheden verricht. Heeft de werkgever meerdere thuiswerkers in dienst die dezelfde of vergelijkbare arbeid verrichten, dan zal het stukloon dat zij gemiddeld verdienen de maatstaf zijn.

Art. 7:626 BW verplicht de werkgever bij elke voldoening van het in geld vastgestelde loon de werknemer een schriftelijke opgave te verstrekken van het loonbedrag, van de bedragen waaruit het loon is vastgesteld, van de bedragen die op het loon zijn ingehouden en op welk bedrag de werknemer op basis van de WMM aanspraak heeft, tenzij zich in geen van deze bijdragen enige wijzigingen heeft voorgedaan sinds de vorige loonbetaling. Ingevolge het tweede lid dient de opgave voorts onder meer de termijn waarover het loon is berekend, alsmede de overeengekomen arbeidsduur te vermelden. Vooral voor de op stukloonbasis werkende thuiswerker is artikel 7:626 BW niet zonder belang. De thuiswerker kan controleren in hoeverre het stukloon is afgeleid van de WMM. Hierbij verdient aantekening dat bij AMvB van 2 september 1996 is bepaald dat een arbeidsverhouding van een thuiswerker die met niet meer dan twee hulpen arbeid tegen beloning verricht, onder de WMM valt.³⁸⁸ Het loonstrookje dient bovendien inzicht te verschaffen in de wijze waarop het stukloon berekend is. Hier kan een parallel worden getrokken met het hiervoor behandelde art. 7:655 BW. Dit artikel bepaalt in lid 1 onder h dat de werkgever schriftelijk moet aangeven wat het stukloon bedraagt en welke tijd redelijkerwijs met de uitvoering gemoeid is. De redelijkheid gebiedt dat dit stukloon zodanig is vastgesteld dat een ervaren thuiswerker het wettelijk minimumloon kan bereiken.³⁸⁹

Wordt de thuiswerker ziek, dan heeft hij op grond van art. 7:629 BW recht op doorbetaling van minimaal 70% van het loon gedurende 52 weken, dan wel van het minimumloon indien dat meer is. Deze bepaling geldt zowel de thuiswerker die een uurloon verdient als voor de thuiswerker die een stukloon ontvangt (zie art. 7:629 lid 7 jo. 628 lid BW). Als loon wordt dan beschouwd het gemiddelde loon dat de werknemer gedurende die tijd had kunnen verdienen als hij niet ziek was geweest. Is de omvang van de thuisarbeid seizoensgebonden, dan kan zich een probleem voordoen bij het vaststellen van wat de thuiswerker had kunnen verdienen als hij niet ziek was geworden. Art. 7:629 BW bevat namelijk geen referteperiode, in tegenstelling tot de Ziektewet, waar een referteperiode van dertien weken geldt. Uit de Kamerstukken bij de totstandkoming van de WULBZ kan de conclusie worden getrokken dat een referteperiode van dertien weken bij de toepassing van art. 7:629 BW op de hierboven beschreven situatie van gelijke toepassing is.³⁹⁰ Deze periode sluit ook aan bij het met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid opgenomen artikel 7:610b BW, dat voor het bepalen van de omvang van een arbeidsovereenkomst eveneens uitgaat van het gemiddelde van de afgelopen drie maanden (= dertien weken).

³⁸⁸ Besluit van 2 september 1996, houdende aanwijzing van een aantal arbeidsverhoudingen die als dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2 van de WMM worden beschouwd (*Stb.* 1996, nr. 481).

³⁸⁹ Zie Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, G.15.3.1.

³⁹⁰ Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, G.15.3.1.

5.4.3 Aanneming van werk

In par. 5.3.1 kwam naar voren dat de betaling van een prijs een kenmerkend element is van de aannemingsovereenkomst. Veelal zal de prijs vooraf bedongen zijn. Is sprake van een zogenaamde vaste aanneemsom, dan dient de aannemer het afgesproken werk tot stand te brengen tegen die som, ook al vallen zijn kosten hoger uit door onvoorziene omstandigheden. Bij een thuiswerker zullen die kosten hoger kunnen zijn wanneer hij zelf het materiaal moet leveren en na het afsluiten van de aannemingsovereenkomst de kosten van dat materiaal plotseling sterk stijgen. In dat geval dient mijns inziens een beroep op art. 6:258 BW open te staan: is sprake van onvoorziene omstandigheden van dien aard dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet kan verwachten, dan kan de rechter op verzoek van een der partijen de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden. Voor een beroep op dit artikel zie ik vooral ruimte wanneer het gaat om thuiswerk dat betrekking heeft op werkzaamheden van eenvoudige aard waarvoor de prijs laag is.

Soms is geen vaste prijs per stuk of per opdracht overeengekomen, maar heeft men een richtprijs in het contract opgenomen, een situatie die zich bij de thuiswerkovereenkomst zelden zal voordoen. De vraag is in hoeverre van die richtprijs kan worden afgeweken. In de rechtspraak wordt een afwijking van 10 à 20% (ten gunste van de aannemer!) geaccepteerd.³⁹¹ Art. 7.12.3 Ontwerp-NBW bevat de bepaling dat de aannemer zijn richtprijs niet met meer dan 10% mag overschrijden, tenzij hij de opdrachtgever voor de waarschijnlijkheid van een verdere overschrijding heeft gewaarschuwd, om hem in de gelegenheid te stellen het werk te beperken.

5.4.4 Opdracht

Wat de betaling van de tegenprestatie voor het door de opdrachtnemer verrichte thuiswerk betreft, bevat de wet slechts een tweetal artikelen. Voor de gevolgen van te late betaling dient derhalve een beroep te worden gedaan op het algemene verbintenissenrecht van Boek 6 BW (in het bijzonder de Titels 1 en 5).

Art. 7:405 BW bepaalt dat indien de overeenkomst door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is gesloten, de opdrachtgever loon verschuldigd is. Is de hoogte van dit loon niet door partijen bepaald, dan is de opdrachtgever het op gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd. Dit artikel speelt voor de meeste thuiswerkers geen rol, nu zij hun werkzaamheden niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf uitoefenen.

³⁹¹ W. Wedekind, Aanneming van werk, in: Van Zeben (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 295.

Bij het merendeel van de thuiswerkcontracten die als opdrachtovereenkomst kunnen worden gekwalificeerd is het dus aan partijen afspraken over de tegenprestatie voor het huiswerk te maken. Ontstaan problemen met betrekking tot die betaling, dan is de thuiswerker aangewezen op de algemene bepalingen van de Boeken 3 en 6 BW.

Art. 7:406 BW bepaalt in het eerste lid dat de opdrachtgever aan de opdrachtnemer de onkosten moet vergoeden die verbonden zijn aan de uitvoering van de opdracht, voor zover deze niet in het loon zijn begrepen. Dit artikel kan voor de thuiswerker wel een rol spelen. Het lijkt mij redelijk te veronderstellen dat door de thuiswerker gemaakte kosten zoals met betrekking tot electriciteit, materiaal en afschrijvingskosten van bepaalde apparaten bij de opdrachtgever kan declareren.

5.5 Risico

Met risico wordt in deze paragraaf bedoeld op de aansprakelijkheid en draagplichtigheid voor het of niet correct (kunnen) nakomen van de aannemingsovereenkomst: het materiaal is ondeugdelijk, de thuis gefabriceerde gordijnen blijken de verkeerde maat te hebben, de gepelde garnalen zijn inmiddels rot, enzovoort. De regeling omtrent het risico verschilt al naar gelang men te maken heeft met een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst tot aanneming van werk of een opdrachtovereenkomst. Voor alledrie de overeenkomst zal de risicoregeling worden behandeld.

5.5.1 Arbeidsovereenkomst

Van belang is erop te wijzen dat de arbeidsovereenkomst, in tegenstelling tot de overeenkomst tot aanneming van werk en de opdrachtovereenkomst, zelden een resultaatsverbintenis is. Van de werknemer wordt een zekere inspanning verwacht, en als die inspanning er is, maar het door de werkgever gewenste resultaat niet wordt gehaald, dan is in principe toch loon verschuldigd. De prestatie waartoe de werknemer zich heeft verplicht is dan immers verricht. Levert de werkgever de werknemer minderwaardig materiaal, neemt hij de afgewerkte zaken niet op tijd af of gaan de bewerkte zaken vóór aflevering teniet wegens een fout van de werknemer, dan is de werkgever in principe niet van zijn plicht bevrijd het overeengekomen loon te voldoen. Is het werk gedurende een langere periode onder de maat, dan zal ontslag of plaatsing in een andere functie een oplossing kunnen zijn.

Art. 7:628 BW geeft een risicoverdeling aan. De werknemer behoudt recht op zijn loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Deze bepaling geldt zowel voor naar tijdruimte vastgesteld loon als voor stukloon (leden 1 en 3). Art. 7:628 BW kan bij schriftelijke overeenkomst voor ten hoogste de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst worden uitgesloten. Voor de periode daarna is uitsluiting alleen bij CAO mogelijk. Algemeen wordt aangenomen dat

wanneer de werkgever op enig moment geen werk voor de werknemer heeft, hem dit niet van zijn loonbetalingsplicht bevrijd. De rol van art. 7:628 BW zal in de meeste thuiswerksituaties overigens beperkt zijn. Veelal zal sprake zijn van een oproepcontract, hetgeen meebrengt dat het artikel slechts een rol speelt als de oproep een feit is en de werkgever vervolgens geen werk aanbiedt. Is het geleverde werk onder de maat, dan biedt de werkgever eenvoudigweg geen nieuw werk meer aan. Daarnaast kan het artikel een rol spelen indien na verloop van tijd een zeker vast arbeidspatroon is ontstaan. De thuiswerker zou zich dan wat de omvang van de arbeidsduur betreft op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW kunnen beroepen.³⁹²

Ten slotte kan het gebeuren dat het niet juist nakomen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van een fout van een persoon door wie de thuiswerker zich heeft laten bijstaan of vervangen. Stond het de thuiswerker vrij zich te allen tijde te laten vervangen, dan wijst dit vaak op het bestaan van een ander contract dan een arbeidsovereenkomst. Ging het echter om een (incidentele) vervanging met toestemming van de werkgever (art. 7:659 BW), dan is de werknemer voor eventuele schade die deze personen veroorzaken aansprakelijk ingevolge art. 6:76 BW. Hetzelfde geldt in geval de werknemer zich laat bijstaan door anderen. Wat het risico betreft is het van belang erop te wijzen dat de aansprakelijkheid van de werknemer ingevolge art. 6:76 BW niets afdoet aan de relatie tussen de werknemer en de werkgever zoals die wordt beheerst door Titel 10 van Boek 7 BW. Dit betekent dat de werkgever desalniettemin het loon zal moeten betalen, of de fout nu door de werknemer of door een van zijn helpers/vervangers is veroorzaakt.

5.5.2 Aanneming van werk

Aanneming van werk is vrijwel altijd een resultaatverbintenis. Wordt het afgesproken stoffelijk werk niet tot stand gebracht, dan staat daarmee vast dat de overeenkomst niet juist is nagekomen.

De artikelen 7A:1640-1643 BW bevatten specifieke risicobepalingen voor aanneming van werk. Zoals de hele afdeling bevatten ook deze bepalingen geen dwingend recht. Er kan dus zowel ten voordele als ten nadele van de thuiswerker van worden afgeweken. Bij het bepalen van het risico – voor wiens rekening is het geheel of gedeeltelijk tenietgaan of waardeloos worden van de tot stand te brengen of te bewerken zaak – dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie dat de aannemer alleen arbeid moet verrichten en de situatie dat hij tevens de stof moet leveren. Bij thuiswerk zal zich vooral de eerste situatie voordoen; het materiaal – de dozen waarin bepaalde zaken moeten worden ingepakt, de voorbereekte handtassen die moeten worden afgewerkt - wordt door de aanbesteder ter beschikking gesteld. Vergaat het door de thuiswerker

³⁹² Zie hiervoor par. 4.2.4 en 4.2.5.

gedane werk voordat het is afgeleverd aan de aanbestedder, dan is hij slechts aansprakelijk indien en voor zover hij daaraan schuld heeft (art. 7A:1642 BW). Laat de thuiswerker bijvoorbeeld afgewerkte lederen handtassen buiten in de regen liggen waardoor zij onherstelbaar worden beschadigd, dan zal hij de waarde van deze handtassen moeten vergoeden alsmede eventuele overige schade die de aanbestedder dientengevolge lijdt.³⁹³ Of het vergaan nu echter wel of niet aan de schuld van de aannemende thuiswerker is te wijten, in geen van beide gevallen heeft hij recht op het loon over de waardeloze handtassen. Dat is anders indien de aanbestedder nalatig is geweest het werk op te nemen en te keuren. De aanbestedder heeft dan nog slechts recht op de – wellicht waardeloze – restanten van het werk en hij moet de aannemer de overeengekomen prijs betalen. Hetzelfde geldt als de zaak door een gebrek in de stof zélf verloren is gegaan (art. 7A:1643 BW). Dat is redelijk, nu de aannemer immers niet zelf de stof behoefde te leveren en hij voor de kwaliteit daarvan geheel afhankelijk is geweest van de hetgeen de aanbestedder aanlevert.

Het in art. 7A:1643 BW bepaalde omtrent het niet-verschuldigd zijn van de tegenprestatie werd onder de vigeur van het oude BW beschouwd als een uitdrukking van het toen bestaande beginsel dat indien de ene partij door overmacht verhinderd is te presteren, de andere partij van haar prestatieplicht is bevrijd.³⁹⁴ Dit beginsel past niet bij het huidige BW. Tegenwoordig dient de crediteur actie te ondernemen indien hij van zijn eigen plicht tot nakoming wil worden bevrijd: ingevolge art. 6:265 BW kan dat bij wederkerige overeenkomsten door middel van een schriftelijke verklaring of door rechterlijke tussenkomst. Achter het ongewijzigd laten van art. 7A:1643 BW gaat derhalve niettemin een belangrijke privaatrechtelijke beginselwijziging schuil waarmee de aanbestedder terdege rekening zal moeten houden.

In enkele gevallen dient de thuiswerker zelf voor het materiaal zorg te dragen. Meestal zullen de kosten daarvan (gedeeltelijk) worden vergoed door de aanbestedder. In dat geval, zo stelt art. 7A:1641 BW, komt het vergaan van het werk vóór de aflevering voor rekening van de aannemer. Dat is anders wanneer de aanbestedder nalatig is geweest het werk te ontvangen.³⁹⁵ Art. 6:77 BW speelt hier ook een rol. Dit artikel bepaalt dat indien bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daaruit ontstaat aan de schuldenaar wordt toegerekend, tenzij dit onredelijk zou zijn. Een voorbeeld: maakt de thuiswerker bij het inpakken en vervoersklaar maken van dozen gebruik van plakband van inferieure kwaliteit waardoor een groot deel van de dozen tijdens het transport schade oploopt, dan kan de aanbestedder deze schade op de thuiswerker verhalen. Een zelfde

³⁹³ Vgl. de artikelen 6:74 en 96 BW.

³⁹⁴ Vgl. HR 17 juni 1949, *NJ* 1949, 544.

³⁹⁵ Een vergelijkbare bepaling is te vinden in het algemene verbintenissenrecht, en wel in art. 6:64 BW (schuldeisersverzuim).

aansprakelijkheid bestaat wanneer de thuiswerker bij het verrichten van de werkzaamheden gebruik maakt van eigen machines, hulpmiddelen, gereedschappen en dergelijke. Gaat een van de machines kapot waardoor de geleverde producten ernstige mankementen vertonen of überhaupt niet tijdig geleverd kunnen worden, dan is de thuiswerker aansprakelijk voor de schade die de aanbesteder dientengevolge lijdt. De aanbesteder en de thuiswerker zouden in het geval dat de goederen van inferieure kwaliteit wegens het slecht functioneren van een machine ook kunnen overeenkomen dat een lagere prijs wordt betaald. Maakt de thuiswerker echter gebruik van gereedschap of machines die hem door de aanbesteder ter beschikking gesteld en ten aanzien waarvan de aanbesteder zich heeft verbonden voor het onderhoud zorg te dragen, dan dient schade die het gevolg is van het niet of niet juist functioneren van dergelijke machines of gereedschappen voor rekening van de aanbesteder te komen.

In het kader van de bespreking van het risico bij de thuiswerkovereenkomst is het tevens van belang erop te wijzen dat thuiswerkers zich regelmatig laten bijstaan door gezinsleden of andere thuiswerkers. De thuiswerker is ingevolge art. 6:76 BW voor deze personen in gelijke mate als voor eigen gedragingen aansprakelijk. Wanneer deze personen bijvoorbeeld het geleverde materiaal beschadigen of het werk niet volgens de instructies uitvoeren, dan kan de thuiswerker voor de daaruit voortvloeiende schade worden aangesproken en vervalt voor hem in principe het recht op de overeengekomen prijs.

De artikelen 7A:1641-1643 keren in het Ontwerp-NBW niet terug. Ontwerp-artikel 7.12.7 bepaalt dat indien de uitvoering van het werk onmogelijk wordt doordat de zaak waarop of waaraan het werk moet worden uitgevoerd tenietgaat of verloren raakt zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend, de aannemer niettemin gerechtigd is tot een evenredig deel van de vastgestelde prijs op basis van de reeds verrichte arbeid en de reeds gemaakte kosten. Bevindt de zaak zich echter onder de aannemer, dan is de opdrachtgever tot geen enkele vergoeding gehouden, tenzij het tenietgaan of het verloren gaan aan zijn schuld was te wijten (bijvoorbeeld omdat hij de zaak niet tijdig in ontvangst nam). Bij zaken die zich “onder de aannemer” bevinden dient men vooral te denken aan onroerende zaken, welke de thuiswerkovereenkomst nooit tot onderwerp heeft. Ten slotte dient gewezen te worden op het Ontwerp-artikel 7.12.2, een artikel dat ook voor de thuiswerker van belang kan zijn en dat geen pendant vindt in de huidige regeling ten aanzien van aanneming van werk. Dit artikel bepaalt dat het de aannemer is toegestaan het werk onder zijn leiding en toezicht door anderen te doen uitvoeren en ten aanzien van onderdelen de leiding aan anderen over te dragen, onverminderd zijn aansprakelijkheid voor een deugdelijke nakoming van de overeenkomst. Dit brengt mee – in navolging van het hiervoor behandelde art. 6:76 BW – dat de thuiswerker zich door anderen – veelal: gezinsleden – kan laten bijstaan en de leiding (op onderdelen) aan een gezinslid over te laten. De

thuiswerker blijft echter zelf de eindverantwoordelijke voor een juist nakoming.

5.5.3 Opdracht

Een opdrachtovereenkomst kan zowel een resultaats- of een inspanningsverplichting inhouden. Een voorbeeld van het eerst is het schrijven van een aantal artikelen per tijdsperiode; een voorbeeld van het tweede het geven van bijles. Wat de risicoverdeling betreft zal voor het overgrote deel moeten worden aangesloten bij wat het contract zelf over het risico zegt of, indien dat onvoldoende uitsluitel biedt, bij de het algemene verbintenissenrecht van Boek 6 BW (in het bijzonder de Titels 1 en 5). Dit brengt onder mee dat indien de thuiswerkende opdrachtnemer zijn opdracht te laat inlevert of hij anderszins toerekenbaar tekortschiet, hij schadeplichtig is (art. 6:74 BW).

Titel 7 van Boek 7 BW bevat ook enkele risicobepalingen. Art. 7:406 lid 2 BW bepaalt dat indien de opdrachtnemer schade lijdt ten gevolge van de verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar, de opdrachtgever deze schade moet vergoeden. Te denken valt aan het thuis werken met een bepaalde giftige stof (mits hiermee niet louter een stoffelijk werk tot stand wordt gebracht). Voorts behelst art. 7:407 BW een risicoverdeling voor het geval twee of meer personen tezamen een opdracht is gegeven. Zij zijn hoofdelijk ten opzichte van de opdrachtgever tot nakoming verbonden en hoofdelijk aansprakelijk voor een tekortkoming in de nakoming, indien en voorzover die tekortkoming hun kan worden toegerekend. Deze situatie moet worden onderscheiden van die waarbij de opdracht aan één opdrachtnemer is verstrekt, maar deze zich laat bijstaan of vervangen. Voor die situatie geldt hetgeen hiervoor over art. 6:76 BW is gezegd. Men houde in het oog dat indien de opdracht verleend is met het oog op zijn persoon, hij verplicht is de werkzaamheden zelf uit te voeren, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij de opdracht – onder zijn verantwoordelijkheid – door anderen kan laten uitvoeren (art. 7:404 BW). Hier kan een parallel worden getrokken met de arbeidsovereenkomst, die immers vaak “intuitu personae” wordt aangegaan. Handelt de opdrachtnemer in strijd met dit voorschrift, dan schiet hij in de nakoming van de overeenkomst tekort.

5.6 Beëindiging

Aan elke overeenkomst komt eens een eind. In deze paragraaf sta ik stil bij de voorwaarden die gelden voor beëindiging van de drie juridische vormen waarin de thuiswerkovereenkomst kan zijn gegoten. Daarbij sta ik in het bijzonder stil bij de bescherming van de thuiswerker die wordt geconfronteerd met het feit dat zijn werkverschaffer de overeenkomst wil beëindigen. In par. 6.4 staat de toepasselijkheid van het BBA centraal. In de

laatste paragraaf (6.5) worden de gevolgen voor de thuiswerker van overgang van de onderneming van de thuiswerkgever bekeken.

5.6.1 Arbeidsovereenkomst

De arbeidsovereenkomst met de thuiswerker kan op een aantal manieren eindigen. Hiertoe dient rekening te worden gehouden met de regels van het ontslagrecht, opgenomen in Afdeling 9 van Titel 10 van Boek 7 BW. Grof gezegd zijn er vier manieren waarop de arbeidsovereenkomst kan eindigen: van rechtswege, met wederzijds goedvinden, door opzegging en door ontbinding. Het de werknemer beschermde karakter van de arbeidsovereenkomst brengt mee dat de regels voor beëindiging van dit contract strenger zijn dan voor de meeste andere consensuele contracten. Hieronder volgen de hoofdlijnen van de vier wijzen waarop een thuiswerkovereenkomst annex arbeidsovereenkomst kan eindigen.

Een thuiswerkovereenkomst eindigt van rechtswege indien de tijd waarvoor zij is aangegaan verstrijkt (art. 7:667 BW). Levert de thuiswerker het product af of is de periode verstreken waarbinnen de thuiswerker aan een bepaalde lading gordijnen moest werken, dan loopt de overeenkomst automatisch af. Rekening dient te worden gehouden met de kettingsregeling van art. 7:668a BW: een vierde thuiswerkovereenkomst – of: een vierde “oproep” waaraan gevolg wordt gegeven – voor bepaalde tijd waarbij niet tussen minimaal twee oproepen een periode van minimaal drie maanden zit, is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en eindigt niet meer van rechtswege. Hetzelfde geldt voor de situatie dat twee of meer thuiswerkovereenkomsten een periode van drie jaren overschrijden (een bij thuiswerk mijns inziens uiterst zeldzaam, zo niet non-existent verschijnsel). De thuiswerkovereenkomst eindigt tevens door de dood van de thuiswerker (art. 7:674 BW), niet door de dood van de werkgever, tenzij anders is overeengekomen (art. 7:675 BW). Ten slotte kan een thuiswerkovereenkomst eindigen door het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde. De mogelijkheden die deze figuur biedt zijn in het arbeidsovereenkomstenrecht echter zeer beperkt.³⁹⁶

Bij het einde met wederzijds goedvinden gelden geen speciale regels. De regel van aanbod en aanvaarding van overeenkomsten is van toepassing (art. 6:217 BW). Omdat het einde van de arbeidsovereenkomst voor de thuiswerker grote gevolgen kan hebben – hij raakt zijn inkomstenbron kwijt én hij loopt het risico geen WW³⁹⁷ te krijgen - kan

³⁹⁶ Vgl. R.M. Beltzer, G. van Loenen, A.D.M. van Rijs en A.C.J.M. Wilthagen, *Handboek voor de ontslagpraktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, par. 2.3.4.

³⁹⁷ Zie hoofdstuk 7.

niet licht worden aangenomen dat zijn toestemming met het einde van de arbeidsovereenkomst is verkregen.³⁹⁸

Zowel de thuiswerkverschaffer als de thuiswerker kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen. De opzegging kan vormvrij geschieden, maar beiden dienen een opzegtermijn in acht te nemen (art. 7:672 BW). De werkgever behoeft toestemming van de RDA. Na die toestemming mag hij een maand van de opzegtermijn afhalen (art. 7:672 lid 4 BW). De RDA geeft de vergunning alleen als hij meent dat de voorgenomen opzegging redelijk is. Geen vergunning is nodig en geen opzegtermijn behoeft in acht te worden genomen wanneer de opzegging in de proeftijd geschiedt of wegens een dringende, onverwijld medegedeelde reden (ontslag op staande voet). In dat laatste geval is degene die de dringende reden gegeven heeft jegens de wederpartij schadelijkt (art. 7:677 lid 3 BW). Een eenmaal gedane opzegging kan kennelijk onredelijk zijn. Dat kan het geval zijn wanneer de thuiswerker jarenlang zonder klachten voor de werkgever heeft gewerkt en wordt opgezegd zonder dat rekening wordt gehouden met zijn financiële situatie (lees: een vergoeding wordt aangeboden). In een dergelijk geval kan de rechter ten laste van de werkgever een schadevergoeding aan de thuiswerker toekennen dan wel op de werkgever de (afkoopbare) plicht leggen de arbeidsovereenkomst met de thuiswerker te herstellen (art. 7:681 en 682 BW).

Ten slotte kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden (art. 7:685 BW). De verzoekende partij zal daartoe gewichtige redenen moeten stellen. Ontbindt de kantonrechter, dan kan hij aan één der partijen ten laste van de andere partij een billijke vergoeding toekennen (art. 7:685 lid 8 BW).

5.6.2 Aanneming van werk

Vooropgesteld moet worden dat er geen aan de arbeidsovereenkomst vergelijkbare “ontslagbescherming” bestaat voor de overeenkomst tot aanneming van werk. Dat vloeit voort uit het feit dat de aan de arbeidsovereenkomst ten grondslag liggende beschermingsgedachte die uitgaat van een zwakke positie van de individuele werknemer bij de aannemingsovereenkomst ontbreekt. Daarvoor kent de relatie tussen aannemer en aanbesteder te veel verschijningsvormen waar sprake is van aan elkaar gelijkwaardige partijen. Dit brengt mee dat een thuiswerker - die zich veelal niet in een gelijke positie aan de thuiswerkverschaffer bevindt - wiens relatie met de thuiswerkgever als aanneming van werk kan worden gekwalificeerd, nauwelijks wordt beschermd tegen eenzijdige beëindiging van de relatie door de aanbesteder, ook niet indien sprake is van vele, elkaar opvolgende korte aannemingscontracten. Elke aannemingsovereenkomst

³⁹⁸ Zie onder meer HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457 en HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 652.

eindigt immers van rechtswege wanneer het werk is afgeleverd. Een aan art. 7:668a BW vergelijkbare “kettlingregeling” ontbreekt.

Het gebrek aan enige vorm van bescherming tegen het beëindigen van de overeenkomst doet zich vooral voelen bij een langdurige contractuele relatie. De mogelijkheden van een thuiswerker de gevolgen van het rauwelijks verbreken van een dergelijke langdurige relatie met de thuiswerkverschaffer te verzachten, zijn beperkt. In par.5.6.4 zal blijken dat soms het BBA van toepassing is. Gedurende de tijd dat de thuiswerkverschaffer op toestemming van de RDA wacht, kan de thuiswerker zich instellen op het einde van de contractuele relatie en eventueel ander werk zoeken. Als *ultimum remedium* zou een beroep kunnen worden gedaan op art. 6:2 BW, welk artikel eist dat partijen zich jegens elkaar overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid gedragen. De thuiswerker zal zich dan op het standpunt kunnen stellen dat de eisen van redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzetten dat een langdurige thuiswerkrelatie abrupt wordt beëindigd, zonder dat rekening wordt gehouden met het feit dat de thuiswerker plotseling zonder werk en inkomen zit. Enige vorm van schadeloosstelling zou dan op haar plaats kunnen zijn.³⁹⁹

Wel bevat het BW bepalingen met betrekking tot het einde van een lopende aannemingsovereenkomst. Dit is geregeld in art. 7A:1647 BW (en 7A:1648 BW, dat over de dood van de aannemer gaat). Op grond van art. 7A:1647 BW kan de aanbesteder “des goetvindende, de aanneming opzeggen, ofschoon het werk reeds begonnen zij”. Hieruit volgt dat de aanbesteder gerechtigd is de aannemingsovereenkomst op te zeggen op het moment dat hem dat uitkomt, ook als het werk nog helemaal niet is aangevangen. De grondslag van dit artikel is volgens de Hoge Raad dat de crediteur in principe niet verplicht is de hem verschuldigde prestatie aan te nemen, zonder dat dit afdoet aan zijn plicht tot wederprestatie.⁴⁰⁰

Beëindigt de aanbesteder de overeenkomst, dan dient hij de aannemer voor alle gemaakte kosten en voor zijn arbeid en winstderving volkomen schadeloos te stellen. Eventuele gederfde winst ten aanzien van het niet-voltooid deel van het werk dient dus ook te worden vergoed. Een voorbeeld: stel dat een thuiswerker de opdracht heeft aanvaard op duizend broeken een merkje te naaien. Als het werk vrijwel gereed is, meldt de aanbesteder dat van nakoming van de overeenkomst wordt afgezien: hij heeft de broeken niet meer nodig. Op grond van art. 7A:1647 BW heeft hij deze bevoegdheid. De thuiswerker kan echter van hem volledige

³⁹⁹ In de zaak *Truijens/Elsevier* (Ktg. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/19) kende Elsevier aan Truijens een vergoeding toe “gebaseerd op de door ons gedane uitbetalingen gedurende de laatste 5 jaar (...) en het totaal aantal jaren dat U voor ons als freelance indexer werkzaam bent geweest.”

⁴⁰⁰ HR 8 november 1918, *NJ* 1918, 1242, HR 24 september 1982, *NJ* 1983, 37 en HR 14 oktober 1994, *NJ* 1996, 345.

schadeloosstelling eisen, bestaande uit gedeerde winst en eventuele gemaakte materiaalkosten (bijvoorbeeld: het gekochte en gebruikte garen). Een aan art. 7A:1647 BW vergelijkbare regeling is opgenomen in het Ontwerp-NBW. Ontwerp-artikel 7.12.14 kent de opdrachtgever het recht toe de overeenkomst te allen tijde op te zeggen. In het tweede lid is bepaald dat hij dan wel de voor het gehele werk geldende prijs zal moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien. De aannemer zal het reeds voltooide werk moeten afleveren.

5.6.3 Opdracht

Gezien het feit dat de wettelijke regeling van de opdrachtovereenkomst het karakter van een raamovereenkomst draagt, is het aantal bepalingen ten aanzien van het einde de opdrachtovereenkomst beperkt. Verwezen kan worden naar paragraaf 1.2.4, waar de vormen van het eindigen behandeld zijn. Geconcludeerd kan worden dat bij de opdrachtovereenkomst, evenals bij de overeenkomst tot aanneming van werk het geval is, de bescherming van de thuiswerkende opdrachtnemer duidelijk beperkter is dan die van de thuiswerker die op basis van een arbeidsovereenkomst werkt.

5.6.4 Toepasselijkheid BBA⁴⁰¹

Het BBA 1945⁴⁰² beschermt werknemers, maar kent een definitie van dit begrip dat enigszins afwijkt van dat van het BW. Enerzijds zijn bepaalde werknemer van de werking van het BBA uitgesloten (zoals de statutair directeur), anderzijds vallen bepaalde personen zonder de arbeidsovereenkomst ook onder de werking ervan.

Het BBA sluit in art. 1 sub b 1^o wat zijn toepassingsbereik betreft aan bij de arbeidsovereenkomst zoals die is geregeld in Titel 10 van Boek 7 BW, maar sub b 2^o voegt daar een categorie aan toe. Deze categorie is voor thuiswerkers zonder arbeidsovereenkomst van belang: degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander, tenzij hij dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht of hij zich door meer dan twee andere personen, niet zijnde zijn echtgenoot of geregistreerde partner of bij hem inwonende bloedverwanten of aanverwanten of pleegkinderen, laat bijstaan of deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is. Opmerkenswaardig is dat oude richtlijnen bij het BBA met betrekking tot deze bepaling twee voorbeelden noemen: de handelsagent en de

⁴⁰¹ Zie voor de opdrachtovereenkomst en de toepasselijkheid van het BBA ook par. 1.2.5.

⁴⁰² KB van 5 oktober 1945, inwerkingtreding op 15 oktober 1945. Het BBA is een noodwet. Er zijn geen kamerstukken die voor toelichting en interpretatie van het BBA kunnen worden geraadpleegd. Latere wijzigingen zijn wel bij formele wet geschied.

thuiswerker.⁴⁰³ Dat de thuiswerker onder het BBA is gebracht, is historisch te verklaren. Het BBA was oorspronkelijk gericht op stabilisatie van de arbeidsmarkt. Enerzijds bevonden zich onder 'thuiswerklieden' bekwaame krachten die niet node gemist konden worden. Hierbij dient men te bedenken dat werknemers ingevolge het BBA tot 1 januari 1999 – de datum van inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid - tevens toestemming van de RDA behoeften indien zij wilden opzeggen. Anderzijds liet de rechtspraak van vóór 1945 het beeld zien dat thuiswerkers niet geacht werden op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn, omdat de gezagsverhouding ontbrak. Door opneming van art. 1 sub b 2° BBA konden thuiswerkers in de tijd van de wederopbouw dus niet zonder meer zelf opzeggen, noch konden zij zonder tussenkomst van de RDA opgezegd worden.

In de huidige tijd dient het BBA een ander doel: bescherming van de werknemer tegen onredelijk ontslag. Het verdwijnen van de eis dat de werknemer voor opzegging toestemming van de RDA behoeft is een logisch gevolg daarvan. Het belang van art. 1 sub b 2° BBA is met het wijzigen van dat doel uiteraard niet vervallen: de beschermingsgedachte die nu achter het BBA zit is in gelijke mate op werknemers en thuiswerkers van toepassing.

Heeft een thuiswerker derhalve een arbeidsovereenkomst dan behoeft de werkgever in alle gevallen de toestemming van de RDA. Heeft hij dat niet – omdat de thuiswerkovereenkomst als opdrachtovereenkomst of als overgang van onderneming tot aanneming van werk is te kwalificeren – dan dient aan de voorwaarden van art. 1 sub b 2° BBA te zijn voldaan. De betekenis van deze bepaling van het BBA voor thuiswerkers moet niet overschat worden. Vele thuiswerkers hebben immers te maken met werkzaamheden van een bepaalde omvang of voor een bepaalde tijd. De rechtsverhouding eindigt dan steeds bij het eindigen van de betreffende omvang of periode. Toestemming van de RDA is dan niet vereist.⁴⁰⁴ Daarnaast kan zich het volgende geval voordoen. Moet voor beëindiging van de relatie met de thuiswerker een ontslagvergunning worden verkregen, dan zou de thuiswerkverschaffer ervoor kunnen kiezen de thuiswerker feitelijk op non-actief te stellen. Hij biedt eenvoudigweg geen nieuwe werkzaamheden aan. In een dergelijk geval zou - afhankelijk van de omstandigheden van het geval - een beroep op goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW (mits sprake is van een arbeidsovereenkomst) kunnen worden gedaan.

⁴⁰³ Richtlijnen van de Minister van Sociale Zaken in overleg met de Minister van Economische Zaken, vastgesteld op 21 januari 1974, *Stcrt.* 22 januari 1974, nr. 15.

⁴⁰⁴ Men houde in het oog dat hier de situatie wordt besproken dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Vier thuiswerkovereenkomsten voor bepaalde tijd brengen dus niet het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mee (vgl. art. 7:668a BW).

5.6.5 Overgang van onderneming

Wordt een onderneming op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW vervreemd aan een verkrijger, dan gaan de aan die onderneming verbonden werknemers die tevens met de vervreemder een arbeidsovereenkomst hebben automatisch mee over mét behoud van al hun rechten en verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomsten. Hetzelfde geldt indien slechts een onderdeel van een onderneming overgaat, mits dat onderdeel zelfstandig als “onderneming” in de zin van art. 7:662 BW kan worden gekwalificeerd.⁴⁰⁵ Het is vervreemder noch verkrijger toegestaan werknemers wegens de overgang te ontslaan; evenmin kunnen zij tegen de wil van de werknemer wegens de overgang eenzijdig wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden aanbrengen, zelfs niet met instemming van de vakbonden en de ondernemingsraad.⁴⁰⁶

Voor thuiswerkers met een arbeidsovereenkomst heeft dit tot gevolg dat zij naar de verkrijger overgaan indien de onderneming van de thuiswerkverschaffer overgaat, bijvoorbeeld door middel van een koopovereenkomst.⁴⁰⁷ De verkrijger zal hun hetzelfde loon moeten betalen, hetzelfde aantal vrije dagen, vergelijkbare arbeidsomstandigheden, enzovoort. Het feit dat de thuiswerker niet binnen de onderneming, maar thuis werkt, is niet relevant: het gaat erom dat een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de betreffende werknemer en de vervreemder die zijn onderneming overdraagt. Om die reden gaat bijvoorbeeld een uitzendkracht niet over indien de onderneming van de inlener overgaat.⁴⁰⁸

Voorwaarde is wel dat de thuiswerker deel uitmaakt van de onderneming die overgaat. Dat zal altijd het geval zijn indien de hele onderneming wordt overgedragen, maar niet indien een onderdeel – bijvoorbeeld de afdeling inkoop – overgaat waarvan de thuiswerkers geen deel uitmaken. Bij overgang van een onderdeel van een onderneming zal dus altijd goed bekeken moeten worden of met juistheid gesteld kan worden dat de arbeidsovereenkomst van de thuiswerker zijn concrete uitwerking vindt binnen de onderneming die wordt overgedragen.

Heeft de thuiswerker geen arbeidsovereenkomst, maar een overeenkomst tot aanneming van werk of een opdrachtovereenkomst, dan kan hij geen rechten ontlenen aan de artikelen 7:662 e.v. BW. Die zien immers alleen op de overgang van arbeidsovereenkomsten. De relatie met

⁴⁰⁵ Zie over het ondernemingsbegrip R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000, par. 1.7.

⁴⁰⁶ R.M. Beltzer *Overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000, par. 1.2 e.v.

⁴⁰⁷ Het overgangsbegrip is zeer ruim. Zo valt een privatisering door middel van een wet in formele zin er ook onder (HvJEG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia).

⁴⁰⁸ Die is immers in dienst van het uitzendbureau, zie art. 7:690 BW.

de vervreemder blijft daardoor in stand. In veel gevallen zal de vervreemder de relatie met de thuiswerker dan opzeggen, tenzij hij elders binnen zijn onderneming - mits niet de gehele onderneming is overgegaan - nog werkzaamheden voor de thuiswerker heeft. Beëindigt de vervreemder het contract met de thuiswerker, dan staat het de verkrijger vrij te bepalen of hij de relatie met de thuiswerker wil voortzetten en zo ja, tegen welke voorwaarden.

Op de regel dat de verkrijger van een onderneming alleen de arbeidsovereenkomsten van de aan die onderneming verbonden werknemers overneemt, bestaat een uitzondering. Gaat de onderneming namelijk onder algemene titel over, dan zal de verkrijger alle rechten en verplichtingen overnemen, ongeacht of deze uit een arbeidsovereenkomst of een andere overeenkomst voortvloeien. Dit doet zich voor bij juridische fusie en splitsing. In dat geval gaan dus ook de thuiswerker met een overeenkomst tot aanneming van werk en de opdrachtnemer over.⁴⁰⁹ Is geen sprake van een arbeidsovereenkomst, dan is de automatische overgang van gering belang. Het staat de opdrachtgever of aanbesteder immers vrij de overeenkomst te beëindigen, zoals hiervoor is gebleken.

5.7 Thuiswerkverdrag

Op 20 juni 1996 werd door de Internationale Arbeidsconferentie (IAO) Verdrag nr. 177 betreffende thuiswerk aangenomen.⁴¹⁰ Aan de totstandkoming van het verdrag was veel discussie en lobbywerk voorafgegaan, vooral vanwege de in de lidstaten zeer uiteenlopende behandeling van thuiswerkers.⁴¹¹ Doel van het verdrag is de toepassing van andere IAO-verdragen en aanbevelingen inzake arbeidsvoorwaarden op thuiswerkers te verbeteren en deze aan te vullen met specifieke omstandigheden die rekening houden met de speciale aard van thuiswerk. Het verdrag is nog niet door Nederland geratificeerd.⁴¹² Het eerste artikel geeft een definitie van thuiswerk:

Artikel 1

Voor de toepassing van dit Verdrag:

- a. wordt onder "thuiswerk" verstaan: werk dat een persoon, hierna te noemen een thuiswerker, verricht

⁴⁰⁹ Zie art. 2:309 en 334a BW.

⁴¹⁰ De Nederlandse vertaling van het verdrag is opgenomen in *Trb.* 2001, nr. 25.

⁴¹¹ Zie voor een korte beschrijving hiervan C. Passchier, ILO-verdrag thuiswerk, *Nemesis* 1997, nr. 1, p. 13-14.

⁴¹² Blijkens informatie van de website van de IAO (<http://ilolex.ilo.ch:1567/cgi-lex/ratifce.pl?C177>) is het verdrag op het moment van schrijven (5 juli 2001) alleen door Finland en Ierland geratificeerd.

- i. in zijn of haar woning of in een andere ruimte van zijn of haar keuze die niet de arbeidsplaats van de werkgever is;
- ii. tegen vergoeding;
- iii. waaruit een product of dienst voortvloeit zoals aangegeven door de werkgever, ongeacht wie de gebruikte apparatuur, het materiaal of andere voor die prestatie benodigde middelen levert, tenzij deze persoon de benodigde mate van autonomie en economische onafhankelijkheid bezit om als zelfstandige te worden aangemerkt krachtens de nationale wet- en regelgeving of gerechtelijke beslissingen;
- b. worden personen met de status van werknemer geen thuiswerkers in de zin van dit Verdrag door hun werk als werknemer eenvoudigweg af en toe thuis te verrichten, in plaats van op hun normale arbeidsplaats;
- c. wordt onder "werkgever" verstaan: een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, die, hetzij rechtstreeks, hetzij via een tussenpersoon, ongeacht het feit of in de nationale wetgeving wel of niet is voorzien in het bestaan van tussenpersonen, thuiswerk doet verrichten in het kader van zijn of haar zakelijke activiteiten.

Uit deze bepaling blijkt dat de werknemer die zo af en toe eens door zijn werkgever in de gelegenheid wordt gesteld thuis te werken, geen thuiswerker in de zin van het verdrag is (zie onder b).

De belangrijkste bepalingen staan in de artikelen 3 en 4: regeringen moeten op nationaal niveau een beleid voeren dat is gericht op een verbetering van de positie van thuiswerkers. Daarbij dienen de meest representatieve werknemersvertegenwoordigers te worden geraadpleegd (art. 3). Ingevolge art. 4 dient dit nationale beleid inzake thuiswerk zo veel mogelijk een gelijke behandeling van thuiswerkers en andere werknemers te bevorderen, waarbij rekening wordt gehouden met de speciale aard van thuiswerk en met de voorwaarden die gelden voor hetzelfde of gelijksoortig werk dat in een onderneming wordt verricht. In het bijzonder dient gelijke behandeling te worden bevorderd op het terrein van

- a. het recht van thuiswerkers lid te worden van organisaties van hun eigen keuze of deze op te richten en deel te nemen aan de activiteiten van dergelijke organisaties;
- b. bescherming tegen discriminatie in werk en beroep;
- c. bescherming van veiligheid en gezondheid op de arbeidsplaats;
- d. beloning;
- e. bescherming ingevolge de wettelijke sociale-zekerheidsbepalingen;
- f. toegang tot scholing;
- g. minimumleeftijd voor toelating tot een dienstbetrekking of werk,
en
- h. bescherming van het moederschap.

Het nationaal beleid dient te worden uitgevoerd door middel van wet- en regelgeving (art. 5). De nationale wet- en regelgeving inzake veiligheid en gezondheid op het werk moet van toepassing zijn op thuiswerk, rekening houdend met de speciale aard ervan, waarbij regel moeten worden gesteld over het gebruik van gevaarlijke stoffen en een eventueel verbod op dat

gebruik (art. 7). Ten slotte moet een met de nationale wetgeving en praktijk overeenstemmend systeem van inspectie de naleving van wet- en regelgeving verzekeren en moeten adequate en effectieve straffen worden gesteld op overtreding ervan (art. 9).

Daarnaast zijn er dertig aanbevelingen bij het verdrag. Hierin worden aanvullende regels gesteld. Deze aanbevelingen zijn niet bindend voor de lidstaten; zij bieden veeleer een referentie- en interpretatiekader. Enkele aanbevelingen zijn de volgende:

1. Thuiswerkers worden bij voorkeur schriftelijk geïnformeerd over hun arbeidscondities (aanbeveling 5).
2. Het systeem van controle en inspectie eist dat werkgevers zich bij een overheidsorgaan melden zodra zij voor de eerste keer thuiswerk uitbesteden; daarnaast dienen zij enkele gegevens omtrent het thuiswerk te verschaffen. De thuiswerker krijgt van deze gegevens een kopie (aanbevelingen 6 en 7).
3. Inspectie van de woning waar thuiswerk wordt verricht zou mogelijk moeten worden, met inachtneming van de nationale privacywetgeving (aanbeveling 8).
4. Er moeten voor thuiswerk minimumbeloningstarieven worden vastgesteld, waarbij stukloon vergelijkbaar zou moeten zijn aan het normale loon dat een werknemer in de onderneming verdient (aanbeveling 15).
5. Thuiswerkers dienen schadeloos te worden gesteld voor kosten die zij in verband met hun werk maken, zoals voor het gebruik van energie en water, communicatiemiddelen en het gebruik van machines en dergelijke (aanbeveling 16).
6. Thuiswerkers dienen te vallen onder de nationale "loonbescherming". Zij dienen te worden betaald bij aflevering van elke voltooide opdracht dan wel met regelmatige tussenpozen van niet meer dan een maand (aanbeveling 17).
7. De termijn voor aflevering van het werk mag de thuiswerker niet de mogelijkheid ontnemen dagelijkse en wekelijkse rustperiodes te genieten (aanbeveling 23).
8. Net als gewone werknemers dienen thuiswerkers recht te hebben op betaalde officiële feestdagen, jaarlijks verlof met behoud van loon en betaald ziekteverlof (aanbeveling 24).
9. Sociale zekerheid dient ook voor thuiswerkers open te staan. Dit kan worden bereikt door het toepassingsbereik van de bestaande regels uit te breiden tot thuiswerkers of door speciale stelsels en fondsen voor thuiswerkers in het leven te roepen.
10. En last but not least: thuiswerkers dienen dezelfde bescherming te genieten als die welke andere werknemers wordt geboden met betrekking tot de beëindiging van het dienstverband (aanbeveling 27).

Het verdrag en de aanbevelingen betekenen voor Nederland niet veel. Ten eerste omdat Nederland de meeste verdragsbepalingen reeds in nationale wetgeving heeft opgenomen, dat wil zeggen, voor het geval thuiswerkers als werknemers kunnen worden beschouwd. Ten tweede omdat alleen het verdrag, niet de veel verdergaande aanbevelingen, bindende voorschriften bevat. Wat het recht voor thuiswerkers op socialezekerheidsvoorzieningen betreft wijs ik erop dat, hoewel thuiswerkers op dit punt gelijk aan andere werknemers worden behandeld (zoals het Verdrag eist), het tweevijfdecriterium voor veel thuiswerkers een te grote barrière vormt om toegang tot de sociale zekerheid te krijgen.⁴¹³ Een punt waaraan Nederland niet voldoet is het voor de directe positie van thuiswerkers minder belangrijke artikel 6: nationale regeringen dienen passende maatregelen te nemen om te zorgen dat de arbeidsstatistieken, in de mate waar dat mogelijk is, thuiswerk omvatten. Hoewel het Landelijk steunpunt thuiswerk in Nederland een belangrijke rol heeft gespeeld bij het opsporen en zichtbaar maken van thuiswerkers en het werk dat zij verrichten, is voornamelijk onduidelijk hoeveel mensen in Nederland thuiswerk verrichten.⁴¹⁴

6 DE UITZENDOVEREENKOMST

6.1 Inleiding

6.1.1 Uitzendarbeid als flexibele arbeidsrelatie

Er is sprake van uitzendarbeid als een onderneming (uitzendbureau) een arbeidskracht (uitzendkracht) voor een ander (natuurlijk persoon of rechtspersoon) laat werken onder toezicht en leiding van die ander (inlener). Bij uitzendarbeid zijn drie partijen betrokken⁴¹⁵, die onderling verbonden zijn door rechtsbetrekkingen: in opdracht van de inlener zoekt een uitzendbureau een uitzendkracht, die zich jegens het uitzendbureau verplicht tegen loonbetaling door het uitzendbureau voor de inlener onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn. Het loon en de daarop verschuldigde werkgeverslasten, die door het uitzendbureau aan de uitzendkracht moeten worden betaald respectievelijk afgedragen aan de uitvoeringsinstellingen, worden door de inlener aan het uitzendbureau voldaan, verhoogd met een opslag voor de dienstverlening (werving, selectie, salarisadministratie, uitoefening werkgeversfunctie, enz.). In de tweede helft van de vorige eeuw is de uitzendarbeid tot ontwikkeling gekomen. In de laatste decennia was er sprake van een explosieve groei.

⁴¹³ Zie hoofdstuk 7.

⁴¹⁴ C. Passchier, ILO-verdrag thuiswerk, *Nemesis* 1997, nr. 1, p. 17 wijst erop dat de schattingen uiteenlopen van 20.000 tot 160.000.

⁴¹⁵ Vgl. L.J.M. de Leede, Driehoeksverhoudingen in het arbeidsrecht, *NJB* 1970, p. 270

In het algemeen werd aangenomen dat de rechtsbetrekking tussen uitzendkracht en uitzendbureau in beginsel niet gebaseerd was op een arbeidsovereenkomst maar op een opdrachtovereenkomst⁴¹⁶. Die kwalificatie maakte mogelijk dat de rechtsbetrekking door het uitzendbureau snel en gemakkelijk beëindigd kon worden, bijvoorbeeld op aangegeven van de inlener. Daarom werd de uitzendovereenkomst tot de zogenoemde flexibele arbeidsrelaties gerekend.

Sedert de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 januari 1999 geldt de uitzendovereenkomst als een arbeidsovereenkomst. Daarmee verliest de uitzendovereenkomst enige flexibiliteit. Maar de wetgever heeft het mogelijk gemaakt dat middels nadere CAO-regelgeving toch nog veel flexibiliteit behouden kon blijven, in het bijzonder gedurende het eerste jaar na aanvang van de uitzendrelatie.

6.1.2 Toepassing van de uitzendovereenkomst

In 1997 had Nederland de hoogste uitzend-ratio ter wereld⁴¹⁷. Dat betekent dat nergens ter wereld uitzendkrachten een zo groot deel van de beroepsbevolking uitmaken als hier. In 1997 werd door uitzendkrachten meer dan 350 miljoen uren gewerkt. Dit komt overeen met 170 duizend fulltime banen⁴¹⁸. In 1998 bedroeg de omzet van de uitzendbranche omstreeks 13 miljard gulden⁴¹⁹.

De vraag naar flexibel personeel, dat snel ingezet en bedankt kon worden, bleef lang structureel groeien. Deze groei had ongetwijfeld te maken met de toenemende last van het almaar uitdijende ontslagrecht. Maar ook door gewijzigde productiemethoden (automatisering) en marktverhoudingen (opkomst van een vraag-economie van diensten, die niet op voorraad gehouden kunnen worden), door toegenomen concurrentie en ook onder invloed van nieuwe managementconcepten (leidinggevende functies voor vast personeel, productie en uitvoering voor flexibel inzetbaar tijdelijk personeel, functiespecialisatie) nam de vraag naar flexibele arbeid toe.

⁴¹⁶ Dat betekent echter niet dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht per definitie uitgesloten was, zie Hoge Raad 14 oktober 1977, NJ 1978, 31, HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633 en HR 18 november 1988, NJ 1989, 344

⁴¹⁷ Ontleend aan F.J.D. Goldschmeding, *Flex werk(t)*, Sinzheimer Lezing 1997, Amsterdam, Hugo Sinzheimer Instituut 1998, nr. 3

⁴¹⁸ *Stcrt.* 1998, 35

⁴¹⁹ Ter vergelijking: in 1990 fl. 4.4 miljard, in 1995 fl. 5.7 miljard, ontleend aan Grapperhaus en Jansen 1999, p.3

Aan die vraag kon worden beantwoord doordat het aanbod op de arbeidsmarkt was gegroeid door stijgende werkloosheid en toegenomen arbeidsparticipatie van vrouwen. Voor veel uitzendkrachten was uitzendarbeid de enige betaalde arbeid die bereikbaar was. Vrij algemeen werd gehoopt via uitzendarbeid een vaste werkkring te verkrijgen. Kortom, doordat de arbeid veelal in kleine porties en vaak tijdelijk werd gevraagd en ook aangeboden kon worden, waren de omstandigheden voor de groei van uitzendarbeid gunstig.

Uitzendondernemingen leggen zich niet uitsluitend toe op het ter beschikking stellen van uitzendkrachten bij 'ziek en piek'. Inmiddels worden ook voor de vervulling van functies, waarvoor een behoorlijk scholingsniveau vereist is, uitzendbureau's ingezet. Ook richten zij zich op het zogenoemde 'pay-rolling': het uitoefenen van de werkgeversfunctie over uitzendkrachten, die door de inlener zelf zijn geselecteerd maar via het uitzendbureau bij de inlener te werk zijn gesteld. Tegenwoordig worden uitzendbureaus in toenemende mate ingeschakeld bij scholings- en instroomprojecten voor werklozen en gedeeltelijk arbeidsongeschikten.

6.1.3 Naar de huidige wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst

Arbeidsbemiddeling is een zaak van de overheid, zo was na 1945 lange tijd de heersende opvatting. Deze opvatting is ook terug te vinden in het ILO-verdrag 96 van 1949. Dit verdrag schreef voor de arbeidsbemiddeling vrijwel een overheidsmonopolie voor. Particuliere arbeidsbemiddeling moest of wel verboden worden of aan strenge regels worden gebonden. Dit ILO-verdrag is in 1997 vervangen door ILO-verdrag 181⁴²⁰, waarin de particuliere arbeidsbemiddeling erkenning en ook veel meer ruimte kreeg. Het fenomeen uitzendarbeid heeft in Nederland na 1945 langzaam bekendheid en ook erkenning gekregen.

In 1965 werd op de uitzendbranche de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten⁴²¹ van kracht. Op grond van een uitvoeringsbesluit van deze wet werd in 1970 een uitzendbureau vergunningplichtig en werden voorschriften gegeven voor het uitzenden van arbeidskrachten⁴²². Deze wet werd in 1990 vervangen door een hoofdstuk in de Arbeidsvoorzieningswet 1990⁴²³. In deze Arbeidsvoorzieningswet waren de wettelijke regels opgenomen met betrekking tot de openbare en niet-openbare arbeidsbemiddeling. Op deze wet was een uitvoeringsregeling met betrekking tot de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten gebaseerd: de Regeling voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, waarin voorschriften waren

⁴²⁰ *Trb.* 1997, 308

⁴²¹ Wet van 31 juli 1965, *Stb.* 1965, 379

⁴²² KB 10 september 1970, *Stb.* 1970, 410

⁴²³ Wet van 28 juni 1990, *Stb.* 1990, 402

opgenomen, die aan het uitzenden van arbeidskrachten verbonden waren⁴²⁴. Deze wet werd in 1996 vervangen door de Arbeidsvoorzieningswet 1996⁴²⁵. Op 1 juli 1998 is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs in werking getreden⁴²⁶. Deze wet vervangt het juistbedoelde hoofdstuk van de Arbeidsvoorzieningswet 1996 (met betrekking tot de niet-openbare arbeidsbemiddeling en de daarbij behorende Regeling).

Zoals gezegd werd in de periode tussen 1945 en 1 januari 1999 de arbeidsrelatie tussen uitzendkracht en uitzendbureau in het algemeen niet als een arbeidsovereenkomst beschouwd. Zowel uitzendkracht als uitzendbureau kon de onderlinge arbeidsrelatie op ieder moment onmiddellijk of op zeer korte termijn verbreken. Wel werd de arbeidsrelatie sinds 1971 in toenemende mate gereguleerd door een CAO (voor de uitzendsector). In deze CAO waren arbeidsvoorwaarden opgenomen, die ontleend waren aan het reguliere arbeidsrecht, maar van ontslagbescherming was vrijwel geen sprake. Daarmee was de zwakke en onzekere status van de uitzendkracht gegeven.

Deze zwakke rechtspositie van de uitzendkracht werd in toenemende mate bekritiseerd. De wetgever wilde de uitzendovereenkomst als arbeidsovereenkomst aanmerken, zie de regeringsnota Flexibiliteit en Zekerheid⁴²⁷. Kennelijk zagen de sociale partners in de uitzendbranche toen de bui al hangen. Op 2 april 1996 sloten zij het zogenoemde Convenant voor de uitzendbranche, waarmee beoogd werd voor meerdere jaren een regeling op hoofdlijnen te treffen inzake de rechtsverhouding tussen uitzendonderneming en uitzendkracht na invoering van de wet die door de regeringsnota Flexibiliteit en zekerheid in het vooruitzicht was gestel. Gesteund door dit Convenant kwam de Stichting van de Arbeid⁴²⁸ een dag later met een unaniem en tamelijk uitgewerkt advies naar aanleiding van de regeringsnota. In essentie kwam het advies erop neer dat als de wettelijke regeling m.b.t. de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd flexibeler gemaakt zou worden, er geen overwegend bezwaar tegen bestond om de uitzendovereenkomst als een arbeidsovereenkomst aan te merken. In maart 1997 kwam de regering met twee wetsvoorstellen: het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid⁴²⁹ en het wetsvoorstel Allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)⁴³⁰. Deze wetsvoorstellen werden in mei 1998 door de Eerste Kamer aangenomen. De Waadi trad op 1 juli 1998 in werking, de Wet Flexibiliteit en Zekerheid op 1 januari 1999.

⁴²⁴ *Stcrt.* 1990, 245

⁴²⁵ Wet van 29 november 1996, *Stb.* 1996, 618

⁴²⁶ Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 107

⁴²⁷ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, Regeringsnota Flexibiliteit en Zekerheid

⁴²⁸ Publicatienr. 96/2

⁴²⁹ *Kamerstukken* 25 263, *Stb* 1998, 300

⁴³⁰ *Kamerstukken* 25 264, *Stb*, 1998, 306

6.1.4 Arbeidsverhoudingen in de uitzendsector. De ABU-CAO

De uitzendondernemingen hebben zich in grote meerderheid verenigd in de Algemene Bond voor Uitzendondernemingen (ABU). Naast deze ABU bestaat de in 1994 opgerichte NBBU. Van deze (veel kleinere) werkgeversvereniging zijn vooral kleine uitzendondernemingen lid. Aan werkgevers' zijde is de ABU partij bij de ABU-CAO voor Uitzendkrachten 1999-2003 (voortaan ABU-CAO). Aan werknemers' zijde zijn FNV Bondgenoten, de Dienstenbond CNV en de Unie partij. Deze ABU-CAO is geheel toegesneden op de per 1 januari 1999 wezenlijk gewijzigde rechtspositie van de uitzendkracht. Ook is er een NBBU-CAO. Deze CAO lijkt veel op de ABU-CAO, maar is met name in ontslagrechtelijk opzicht voor de uitzendkracht wat zuiniger dan de ABU-CAO. Het bereik van de ABU-CAO is vele malen groter dan het bereik van de NBBU-CAO. In het hiernavolgende wordt daarom uitsluitend verwezen naar de ABU-CAO.

In de Wet Flexibiliteit en Zekerheid wordt de arbeidsrelatie tussen uitzendbureau en inlener (de uitzendovereenkomst) gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. Daardoor zijn de bepalingen van de Wet op de arbeidsovereenkomst op de uitzendovereenkomst van toepassing. De wettelijke regeling m.b.t. de arbeidsovereenkomst bevat op meerdere plaatsen driekwart dwingend recht. Per CAO kan dus van deze wettelijke regeling afgeweken worden, ook ten nadele van de werknemer/ uitzendkracht. In de ABU-CAO voor uitzendkrachten, die een looptijd heeft van 5 jaar en op 1 januari 1999 in werking is getreden, is van deze mogelijkheid vrijwel maximaal gebruik gemaakt⁴³¹. Het gevolg hiervan is dat de rechtspositie van de uitzendkracht aanvankelijk nauwelijks lijkt op die van een gewone werknemer. Pas na 18 maanden uitzendarbeit voor dezelfde inlener of na 36 maanden voor verschillende inleners wordt een enigszins vergelijkbare rechtspositie bereikt.

6.2 Kenmerken van de uitzendovereenkomst

De artikelen 7:690 BW en 7:691 BW bevatten de wettelijke regeling m.b.t. de uitzendovereenkomst. Over de wenselijkheid van een wettelijke regeling wordt in MvT⁴³² het navolgende opgemerkt: "Het werken voor en via uitzendbureaus is de afgelopen jaren sterk in omvang toegenomen. De uitzendformule vervult een belangrijke allocatiefunctie op de arbeidsmarkt t.w. het aldus bij elkaar brengen van de vraag naar en aanbod van tijdelijke arbeid. Die functie moet behouden blijven. Tegelijkertijd is er in de praktijk behoefte aan grotere duidelijkheid gebleken voor wat betreft de rechtspositie van partijen betrokken bij de uitzendrelatie. Dat hangt samen met de vraag, of en wanneer er in geval van een uitzendrelatie sprake is van

⁴³¹ Grapperhaus en Jansen 1999, p. 199

⁴³² *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 9, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 935

een arbeidsovereenkomst. (-) Voor wat betreft de juridische duiding van de uitzendrelatie wordt hierbij voorgesteld in een aparte afdeling van titel 7.10 BW een specifieke regeling van de uitzendovereenkomst op te nemen, waarin deze overeenkomst als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. Dit betekent dat op deze relatie de regeling van de arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing is, behoudens voor zover anders is bepaald. De uitzonderingen, die door het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst gerechtvaardigd zijn, worden in de nieuwe afdeling 11 van titel 7.10 opgenomen. Het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceert dat partijen een zekere vrijheid hebben terzake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Het is derhalve verantwoord dat deze vrijheid groter is dan bij gewone dienstverbanden tussen twee partijen. Tegelijkertijd vormt deze vrijheid een onzekere factor voor de werknemer voor wat betreft zijn arbeid en inkomen".

6.2.1 Definitie uitzendovereenkomst

In art. 7:690 wordt de uitzendovereenkomst gedefinieerd:

"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".

Deze omschrijving is voor tweeërlei uitleg vatbaar.

Bedoeld kan zijn dat de uitzendovereenkomst van rechtswege als een arbeidsovereenkomst wordt beschouwd, dus los van de constitutieve kenmerken die in art. 7:610 BW voor de arbeidsovereenkomst worden genoemd: arbeid in ondergeschiktheid (gezagsverhouding), verplichting tot persoonlijke arbeid, verplichting tot loonbetaling en. De uitzendovereenkomst is bij deze uitleg een arbeidsovereenkomst door wetsduiding. Maar art. 7:690 BW kan ook anders begrepen worden⁴³³: een arbeidsovereenkomst, dus met de constitutieve kenmerken van art. 7:610 BW, die bovendien voldoet aan de kenmerken van art. 7:690 BW wordt een uitzendovereenkomst genoemd. Bij deze laatste interpretatie is niet iedere overeenkomst tussen een uitzendonderneming en een uitzendkracht, gericht op uitzending van een arbeidskracht, van rechtswege een

⁴³³ Vgl. I.P. Asscher-Vonk, Flex en zeker: de uitzendkracht, *SMA* 1997, p. 379 en E. Verhulp, De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht, *SR* 2001, p. 101

arbeidsovereenkomst. Uit de wetsgeschiedenis⁴³⁴ valt op te maken dat bedoeld is de uitzendovereenkomst, die voldoet aan de omschrijving van art. 7:690 BW te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst⁴³⁵.

De wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst is ruim en omvat daardoor ook verschijnselen die detachering, uitlening en arbeidspooling worden genoemd. Deze ruime omschrijving is bewust gekozen. In de MvT meldt de minister⁴³⁶: "De voorgestelde regeling voor de uitzendovereenkomst heeft niet alleen betrekking op de thans in de praktijk voorkomende uitzendrelatie, maar omvat ook alle andere driehoeksrelaties, waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten. Zodanige terbeschikkingstelling kan bijvoorbeeld ook uitlening omvatten, als die uitlening aan de elementen van de definitie voldoet. Is dat het geval, dan is het bijzondere regime van de uitzendovereenkomst, zoals neergelegd in art. 691 boek 7 BW, op deze driehoeksrelatie van toepassing. De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geeft derhalve een uniforme wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, uitlenen, detacheren of tewerkstellen in het kader van een arbeidspool".

6.2.2 Uitzending in kader van beroep of bedrijf

Uitzendwerkgevers moeten van uitzending hun beroep of bedrijf hebben gemaakt. Incidentele collegiale uitlening valt niet onder de definitie van art. 7:690 BW. De minister zegt daarover in de MvT⁴³⁷: "De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatie-functie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden. Het incidenteel in voorkomende gevallen ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- en bedrijfsactiviteiten hebben kan derhalve niet onder het regime van de uitzendovereenkomst worden gebracht". Dus op een geval van collegiale uitlening is de wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst niet van toepassing, omdat de uitlener van uitzending niet zijn beroep op bedrijf heeft gemaakt. Ook een accountantskantoor dat een opdracht van een derde uitvoert op locatie van die derde is geen uitzendwerkgever in de zin van art. 7:690 BW omdat het ter beschikking

⁴³⁴ *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33, Parl. Gesch. Flexwet, p. 937*

⁴³⁵ Anders: Grapperhaus en Jansen 1999, p. 25

⁴³⁶ *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9-11, Parl. Gesch. Flexwet, p. 936*

⁴³⁷ *Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 9-10, Parl. Gesch. Flexwet, p. 936*

stellen van arbeidskrachten niet het beroep of bedrijf van het accountantskantoor is. Bovendien is de accountant, die de opdracht feitelijk uitvoert, niet onder toezicht en leiding van de opdrachtgever werkzaam. Tussen inlener en uitzendonderneming moet een opdrachtovereenkomst, gericht op het ter beschikking stellen van één of meer arbeidskrachten bestaan. Is er geen sprake van zodanige opdrachtovereenkomst, maar van een aannemingsovereenkomst, dan kan daar geen uitzendovereenkomst uit voortvloeien. Stel dat een onderneming aan een schoonmaakbedrijf het reinigen van het bedrijfsgebouw heeft uitbesteed. In dat geval is er waarschijnlijk sprake van een aannemingsovereenkomst. Het schoonmaakpersoneel dat in het kader van deze aannemingsovereenkomst wordt ingezet in de onderneming van de opdrachtgever is daar niet werkzaam in het kader van een uitzendovereenkomst omdat de onderliggende opdrachtovereenkomst ontbreekt. Als diezelfde onderneming aan het schoonmaakbedrijf had gevraagd: lever mij voor een nader overeen te komen vergoeding (loon plus opslag) twee schoonmakers, die onder mijn toezicht en leiding mijn bedrijfsgebouw schoon moeten houden, dan worden de werkzaamheden van deze schoonmakers in de onderneming van de opdrachtgever wel verricht op basis van een uitzendovereenkomst, op voorwaarde dat het schoonmaakbedrijf deze terbeschikkingstelling realiseert in het kader van de uitoefening van een uitzendbedrijf. In de praktijk zal het uitzendbedrijf van het schoonmaakbedrijf wel in een aparte rechtsvorm zijn ondergebracht. Overigens zij hier al gewezen op art. 7:691 lid 5 BW, waarin is bepaald dat op intra-concernuitzending de regeling van art. 7:691 BW, die de kern van de wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst bevat, niet van toepassing is.

6.2.3 Onder toezicht en leiding van een derde

Bij een uitzendovereenkomst heeft de uitzendwerkgever de bevoegdheid tot toezicht houden op en leidinggeven aan de uitzendarbeid overgedragen aan de inlener. Uit de jurisprudentie⁴³⁸ valt op te maken dat met het element 'toezicht en leiding' de instructiebevoegdheid van de werkgever (het operationele werkgeversgezag) wordt bedoeld. Wanneer de inlener zeggenschap heeft over de wijze waarop de ingeleende werknemer zijn werkzaamheden moet verrichten, dan is voldaan aan het element 'toezicht en leiding'. De inlener kan de uitoefening van deze zeggenschap natuurlijk mandateren aan een eigen werknemer en zelfs ook aan een andere uitzendwerknemer. Deze uitzendwerknemer is niet in dienst van de inlener, maar oefent wel namens de inlener toezicht en leiding uit op en over de werkzaamheden van de uitzendwerknemer. Denkbaar is dat zeer gespecialiseerd uitzendpersoneel wordt uitgezonden naar inleners, die niet in staat zijn leiding te geven aan en toezicht te houden op de

⁴³⁸ Zie onder meer Hoge Raad 15 april 1992, *BNB* 1992, 29 en Hoge Raad 21 november 1997, *JAR* 1998/16

werkzaamheden van dit uitzendpersoneel omdat deze werkzaamheden te bijzonder van aard zijn. Dit uitzendpersoneel blijft dan onder toezicht en leiding staan van de uitzendwerkgever. In zo'n geval is er geen sprake van een uitzendovereenkomst.

6.2.4 Andere aspecten van uitzendarbeid

Tegen het advies van de Stichting van de Arbeid in is het doorleningsverbod met de inwerkingtreding van de Waadi vervallen. In art. 13 sub b van de Algemene Voorwaarden (van de ABU) voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten wordt doorlening echter verboden. Bij doorlening leent de inlener uit aan een vierde. Tijdens deze doorlening en na het einde daarvan blijft de terbeschikkingstelling aan de derde/inlener voortduren. De vierde heeft uitsluitend een rechtsrelatie met de derde, maar niet met de uitzendwerkgever. Wel moet de uitzendwerknemer instemmen met deze doorlening. Van een verplichting tot instemming met doorlening is volgens mij geen sprake. In het kader van de uitzendovereenkomst heeft de uitzendwerknemer ingestemd met uitzending naar een specifieke in de uitzendovereenkomst genoemde inlener.

Krachtens art 7:655 lid.1 sub m BW is de werkgever verplicht de werknemer schriftelijk opgave te verstrekken of de arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst is. Deze opgave is in rechte niet beslissend, maar zal onder omstandigheden een rechtsvermoeden met een beslissend effect op kunnen leveren. De Arbeidsomstandighedenwet (Arbo) legt verplichtingen op de werkgever t.o.v. van een ieder die in zijn onderneming werkzaam is, dus ook de ingeleende uitzendkracht, zie art. 1 lid 1 sub a 2. Een specifieke verplichting van de inlenende werkgever is opgenomen in art. 5 lid 5 Arbo. Een inlener dient voor de aanvang van de uitzendarbeid aan de uitzendonderneming een risico-inventarisatie van het bedrijf en de werkzaamheden die van de uitzendkracht verlangd worden, ter beschikking te stellen. Het uitzendbureau dient dit document aan de uitzendkracht te verstrekken, opdat deze weet aan welke risico's hij bloot komt te staan, zie art. 11 Waadi. De opdracht tot het ter beschikking stellen van arbeidskrachten tussen inlener en uitzendonderneming (de inleenovereenkomst) wordt beheerst door de ABU-Algemene Voorwaarden voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten⁴³⁹. In deze Algemene Voorwaarden worden de verplichtingen van de inlener uitvoerig en gedetailleerd omschreven. Opvallend is dat de aansprakelijkheid van de uitzendonderneming voor gebreken in de terbeschikkingstelling en voor schade die door de ter beschikking gestelde uitzendkracht wordt veroorzaakt of geleden, maximaal uitgesloten wordt. Dergelijke uitsluiting is niet mogelijk voor de aansprakelijkheid van de uitzendwerkgever ex art. 7:658 BW. Voor deze aansprakelijkheid bevatten de Algemene

⁴³⁹ Althans wanneer de uitzendonderneming is aangesloten bij de ABU.

Voorwaarden in art. 14 sub g een vrijwaringsclausule, inhoudende dat de uitzendonderneming door de inlener tegen deze aansprakelijkheid wordt gevrijwaard.

Voorts bepalen de Algemene Voorwaarden dat de inlener bij in dienstneming van een ter beschikking gestelde uitzendkracht aan de uitzendonderneming een vergoeding verschuldigd is, waarvan de hoogte afhankelijk is van het moment waarop de in dienstneming plaatsvindt⁴⁴⁰. Sommige bepalingen uit de Algemene Voorwaarden zijn van directe invloed op de rechtspositie van de uitzendkracht. Met name de bepalingen in de art. 7 van de Algemene Voorwaarden over het einde van de terbeschikkingstelling kunnen, indien in de uitzendovereenkomst een uitzendbeding is opgenomen, ook het einde van de uitzendovereenkomst met zich brengen.

6.3 De wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst

In de artikelen 7:690 BW en 7:691 BW wordt de wettelijke regeling gegeven m.b.t. de uitzendovereenkomst. In art. 7:690 BW wordt de uitzendovereenkomst gedefinieerd en in art. 7:691 BW worden de afwijkingen van het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht gegeven. Deze afwijkingen zijn krachtens de leden 1 en 3 van art. 7:691 BW aan een maximum termijn gebonden. Voor de berekening van deze termijnen bevat lid 4 een onderbrekingsregeling inhoudende dat arbeidsperioden die elkaar opvolgen met tussenpozen van minder dan een jaar in aanmerking worden genomen voor de berekening van juistbedoelde termijnen. Art. 7:691 lid 5 BW bevat een anti-draaideurbepaling. Deze bepaling schrijft voor dat voor de berekening van de termijnen, bedoeld in de leden 1 en 3, de perioden waarin arbeid wordt verricht voor verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als elkanders opvolger zijn te beschouwen, moeten worden meegeteld.

In lid 6 van art. 7:691 BW wordt art. 7:691 BW buiten toepassing verklaard op zogenoemde intra-concernuitzending. De materiële rechtspositie van de uitzendkracht wordt echter voornamelijk bepaald door de ABU-CAO. Dit wordt mogelijk gemaakt door het zevende lid van art. 7:691 BW dat afwijkingen per CAO van de in de leden 1, 3 en 4 genoemde termijnen en van de anti-draaideurregel van lid 5 toestaat. Overigens wordt in deze ABU-CAO enerzijds zwaar geleund op de Wet op de arbeidsovereenkomst, in het bijzonder op de wettelijke regeling m.b.t. de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zoals opgenomen in de artikelen 7:667 BW, 7:668 BW en 7:668a BW, anderzijds wordt daarvan ook juist

⁴⁴⁰ De vergoeding varieert al naar gelang de indienstneming tijdens de looptijd van een opdracht, na afloop van een opdracht dan wel voor de daadwerkelijke aanvang van een opdracht heeft plaatsgevonden.

afstand genomen door maximaal gebruik te maken van mogelijkheden die de wettelijke regeling m.b.t. de arbeidsovereenkomst biedt om bij CAO daarvan ten nadele van de uitzendkracht af te wijken.

6.3.1 Art 7:691 lid 1 BW: art. 7:668a BW pas na 26 weken toepasselijk

Op een normale arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is art. 7:668a BW onmiddellijk van toepassing. Op een uitzendovereenkomst vangt de toepasselijkheid van art. 7:668 a BW pas na 26 weken aan, zie art. 7:691 lid 1 BW. Uit de parlementaire behandeling⁴⁴¹ van dit wetsartikel valt op de maken dat uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd, die hebben bestaan voordat art. 7:668a BW na 26 weken van toepassing wordt, niet meetellen voor de conversie van een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd in een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In dit verband⁴⁴² werd de navolgende vraag gesteld:

"Een uitzendkracht treedt per 1-10-98 in dienst van het uitzendbureau en werkt als volgt:

- van 1-10-98 tot 1-1-99 voor inlener A
- van 1-1-99 tot 1-3-99 voor inlener B
- van 1-3-99 tot 1-4-99 voor inlener A
- van 1-4-99 tot 1-6-99 voor inlener C

Is nu de vierde uitlening (van 1-4 tot 1-6-99) de vierde of de eerste schakel in de ketting van artikel 668a?"

De minister antwoordde dat in dit voorbeeld "de enig correcte interpretatie" is dat de vierde uitlening de eerste schakel in de zin van art. 7:668a BW is⁴⁴³.

6.3.2 Art. 7:691 leden 2 en 3 BW: het uitzendbeding

In een uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden overeen gekomen dat deze overeenkomst van rechtswege eindigt wanneer de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer door de uitzendwerkgever aan een inlener op verzoek van die inlener ten einde komt. Een dergelijk beding wordt het uitzendbeding genoemd. Tijdens de duur van het uitzendbeding kan de uitzendkracht op ieder moment zijn uitzendovereenkomst onmiddellijk beëindigen. Met deze mogelijkheid van

⁴⁴¹ *Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 132 d, p.10, Parl. Gesch. Flexwet, p. 583*

⁴⁴² *Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 132c, p. 11, Parl. Gesch. Flexwet, p. 582*

⁴⁴³ *Kamerstukken II, 1997/98, 25 263, nr. 132 d, p. 17, Parl. Gesch. Flexwet, p. 583*

het uitzendbeding heeft de wetgever de toen bestaande uitzendpraktijk nog voor de duur van 26 weken mogelijk willen maken⁴⁴⁴. In de Memorie van Toelichting⁴⁴⁵ wordt opgemerkt: "Gelet op het wezenlijk belang van dit beding voor de rechtspositie van de werknemer, kan het beding slechts schriftelijk worden overeengekomen". Het vereiste van schriftelijkheid is dus bedoeld om de werknemer te beschermen.

De vraag rijst of aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan wanneer het uitzendbeding in een CAO is opgenomen. Daarover wordt verschillend gedacht. Grapperhaus en Jansen⁴⁴⁶ menen dat alleen in een individuele schriftelijke arbeidsovereenkomst een uitzendbeding rechtsgeldig kan worden overeengekomen. Verhulp meent m.i. terecht dat een uitzendbeding ook via de CAO tussen partijen geldig kan krijgen. Het is echter wel de vraag of dat wenselijk is. M.i. verdient de werknemer de hoogste graad van bescherming tegen onbewuste instemming met het uitzendbeding. En die wordt m.i. per saldo het beste bereikt in de opvatting van Grapperhaus en Jansen, die verwijzen naar de wettelijke regeling m.b.t. het concurrentiebeding. Verhulp⁴⁴⁷ verwijst op zijn beurt weer naar de wettelijke regeling van de proeftijd, die wel via CAO tussen partijen tot gelding kan komen. Overigens lijkt de ABU-CAO, zie art. 4 jo. art. 9 lid 3 sub a, de verplichting te bevatten dat een uitzendbeding schriftelijk in de uitzendovereenkomst wordt opgenomen.

Grapperhaus en Jansen⁴⁴⁸ menen dat het uitzendbeding (mogelijk) vervalt wanneer bij dezelfde inlener andere werkzaamheden worden verricht, dan die waren overeengekomen. In dat geval bestaat mogelijk een verhoogd risico dat het uitzendbeding 'in werking treedt'. Gezien de wenselijkheid dat de werknemer maximale bescherming tegen het uitzendbeding verdient sluit ik me bij deze opvatting aan.

Het uitzendbeding is bedoeld om de oude praktijk van het uitzendwezen nog voor de duur van het uitzendbeding mogelijk te maken⁴⁴⁹. Dit beding voorziet in een beëindiging van de uitzendovereenkomst van rechtswege. Dat betekent dat de werknemer geen beroep toekomt op de vernietigbaarheid, de schadeplichtigheid of kennelijk onredelijkheid van de beëindiging van zijn uitzendovereenkomst. In het oorspronkelijk wetsontwerp ontbrak in art. 7:691 lid 2 BW de zinsnede "op

⁴⁴⁴ Hand. II 1997/98, p. 1361, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 956

⁴⁴⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 937

⁴⁴⁶ Grapperhaus en Jansen 1999, p. 46

⁴⁴⁷ Verhulp 2001, p. 273

⁴⁴⁸ Grapperhaus en Jansen 1999, p. 47

⁴⁴⁹ *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 263, nr. 132 d, p. 17, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 583

verzoek van die derde". Door aanvaarding van het amendement-Bakker⁴⁵⁰ is deze zinsnede in lid 2 opgenomen. Zonder deze beperking zou een uitzendbeding een soort proeftijd voor de duur van 26 weken in het leven roepen. Immers tijdens die periode zou de uitzendonderneming door beëindiging van de terbeschikkingstelling op ieder moment het einde van rechtswege van de uitzendovereenkomst kunnen laten intreden. De toegevoegde zinsnede "op verzoek van die derde" beoogt te voorkomen dat dit einde van rechtswege geheel in de macht van de uitzendwerkgever ligt. Bij de huidige wettelijke regeling treedt het einde van rechtswege alleen in wanneer de inlener aan de uitzendwerkgever een verzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling heeft gedaan.

Een uitzendbeding dient, dunkt mij, gekwalificeerd te worden als een ontbindende voorwaarde. Er is immers sprake van een beëindiging van rechtswege wanneer zich een toekomstige onzekere gebeurtenis heeft voorgedaan, in casu wanneer de inlener een verzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling heeft gedaan. Terecht is door Kuip⁴⁵¹ gewezen op de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin beperkingen worden gesteld aan de rechtsgeldigheid van ontbindende voorwaarden. Impliciet lijkt Kuip te betwijfelen of het uitzendbeding wel in overeenstemming is met deze rechtspraak. Grapperhaus en Jansen menen⁴⁵² dat onder omstandigheden een beroep op beëindiging van rechtswege niet zal kunnen slagen wegens strijd met de redelijkheid en de billijkheid, dan wel misbruik van recht kan opleveren. Zij noemen als voorbeelden het geval dat de werkgever de inlener heeft aangezet om een verzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling te doen, of weet/ kan vermoeden dat het verzoek om beëindiging is ingegeven door discriminatoire overwegingen. In een uitspraak van de President van de Rechtbank te Leeuwarden⁴⁵³ werd overwogen: "de aan de inlener toekomende bevoegdheid tot het beëindigen van de door hem aan het uitzendbureau verstrekte opdracht kan onder bijzondere omstandigheden misbruik van bevoegdheid opleveren waarbij te denken valt aan het beëindigen van de opdracht om discriminatoire redenen".

Waarschijnlijk gaat het te ver om de motieven van de inlener van rechtswege onverkort aan de uitzendwerkgever toe te rekenen. Niettemin lijkt het redelijk dat een beroep van de uitzendwerkgever op een beëindiging van rechtswege van de uitzendovereenkomst(in het kader van een uitzendbeding) niet immuun is voor de onwettige of onrechtmatige motieven van het inleners verzoek tot beëindiging van de tewerkstelling. In het kader van een uitzendbeding kan een einde van rechtswege van de

⁴⁵⁰ Kamerstukken II, 1996/97, 25 263, nr. 42, p. 1-2, *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 957

⁴⁵¹ S.W. Kuip, *Uitzendovereenkomst onder ontbindende voorwaarde*, *Arbeidsrecht* 1998/11, nr. 62

⁴⁵² Grapperhaus en Jansen 1999, p. 59

⁴⁵³ Pres. Rb. Leeuwarden 3 maart 1990, *KG* 1999,108

uitzendovereenkomst intreden. Bij een beroep op dit einde is de uitzendwerkgever niet verplicht tot motivering⁴⁵⁴.

Een uitzendbeding tussen werkgever en werknemer kan maximaal 26 weken van kracht zijn. Een uitzendbeding dat voor langer dan 26 weken is gesloten vervalt na 26 weken. Van een geheel nietig uitzendbeding is zo'n geval geen sprake. Hiermee verschilt deze regeling van die van de proeftijd, die bij overschrijding van de maximale wettelijke termijn geheel vervalt⁴⁵⁵.

6.3.3 Art. 7:691 leden 4 en 5 BW: Onderbrekingsregel en antidraaideur-constructie

Voor de berekening van de termijnen als bedoeld in de leden 1 en 3 bevatten de leden 4 en 5 rekenregels. De zogenoemde onderbrekingsregel van lid 4 bepaalt dat arbeidsperioden, die elkaar met een onderbreking van minder dan een jaar opvolgen, voor de berekening van de in de leden 1 en 3 genoemde termijnen worden meegeteld. Lid 5 bevat de bepaling dat de duur van de arbeid voor verschillende werkgevers "die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn" ook wordt meegeteld voor de berekening van bovenbedoelde termijnen. Over de toepassing van deze anti-draaideurconstructie is tijdens de parlementaire behandeling uitvoerig discussie gevoerd, waarbij ook de verhouding van de onderhavige antidraaideurconstructie tot die van art. 7:668a lid 3 BW regelmatig aan de orde kwam⁴⁵⁶.

Met betrekking tot de werking van de antidraaideur-regel van lid 5 voor de toepassing van lid 1 kwamen de volgende voorbeelden aan de orde: Een uitzendwerknemer werkt 20 weken bij een inlener en wordt vervolgens na een onderbreking van een maand door de inlener voor bepaalde tijd in dienst genomen. Voor deze laatste indienstneming geldt art. 7:668a onmiddellijk. De voorafgaande inleenperiode telt op grond van het tweede lid van art. 7:668a, mee voor de berekening van de termijn van het eerste lid⁴⁵⁷.

Een werknemer treedt na twee tijdelijke contracten in dienst van een uitzendonderneming, maar blijft hetzelfde werk doen bij zijn vorige werkgever. De tijdelijke contracten met de oorspronkelijke werkgever, voorafgaand aan de uitzendovereenkomst, tellen mee voor de keten van art. 7:668a lid 1 BW. De uitzendovereenkomst is dus de derde schakel.

⁴⁵⁴ *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 14-18, Parl. Gesch. Flexwet, p. 945*

⁴⁵⁵ HR 8 juli 1987, NJ 1988, 232

⁴⁵⁶ *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 41, Parl. Gesch. Flexwet, p. 572 en Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 132 b, p. 22, Parl. Gesch. Flexwet, p. 960/961*

⁴⁵⁷ *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 41, Parl. Gesch. Flexwet, p. 947*

Bovendien is op de uitzendovereenkomst art. 7:668a BW onmiddellijk van toepassing, als de voorgaande twee tijdelijke contracten tezamen tenminste 26 weken hebben geduurd⁴⁵⁸.

De onderhavige antidraaideur-regel is m.i. ten aanzien van de maximale duur van het uitzendbeding (lid 3) alleen van toepassing als de elkaar opvolgende werkgevers beide uitzendwerkgevers zijn. Want alleen in uitzendovereenkomsten kan het uitzendbeding worden overeengekomen. Denkbaar is dat een uitzendwerknemer, werkzaam bij een inlener, door een andere uitzendwerkgever in dienst wordt genomen en bij de inlener in dezelfde functie werkzaam blijft. In de uitzendovereenkomst met de nieuwe werkgever kan nog slechts een uitzendbeding worden overeengekomen indien en voor zover het uitzendbeding met de vorige uitzendwerkgever nog niet de maximaal toelaatbare termijn van 26 weken heeft bereikt. Als de nieuwe werkgever toch een uitzendbeding sluit, dan vervalt dit uitzendbeding zodra de termijn van 26 weken is verstreken.

Tijdens de parlementaire behandeling kwam de vraag aan de orde of het mogelijk is dat een uitzendkracht eerder aanspraak heeft op een arbeidscontract voor onbepaalde tijd bij de inlener, dan bij het uitzendbureau. Bij die vraag werd het navolgende voorbeeld gegeven. Een uitzendkracht treedt in dienst van een uitzendbureau. Gedurende de eerste 26 weken is art. 7:668a BW niet van toepassing. In die 26 weken wordt de uitzendkracht drie keer voor een week uitgeleend aan dezelfde werkgever in de dezelfde functie. Wanneer de uitzendkracht vervolgens bij de inlener tijdelijk in dienst treedt is er sprake van een vierde tijdelijk contract dat geconverteerd wordt tot een arbeidscontract voor onbepaalde tijd. Als de uitzendkracht in dienst van het uitzendbureau blijft moet de eerste schakel van de keten van art. 7:668a lid 1 BW nog beginnen⁴⁵⁹. Van opvolgend werkgeverschap kan ook sprake zijn bij fusie of splitsing van de uitzendwerkgevers, waarbij een nieuwe uitzendwerkgever-rechtspersoon ontstaat.

Wanneer een gewone werknemer in dienst treedt van een uitzendonderneming maar hetzelfde werk blijft doen bij de inlener is er wel sprake van opvolgend werkgeverschap ten aanzien van de verrichte arbeid, maar voor de maximale duur van het uitzendbeding heeft dit opvolgende werkgeverschap geen betekenis, omdat de werknemer in dienst van de inlener geen uitzendbeding had. In dit voorbeeld is wel denkbaar dat de rechtspraak beperkingen stelt aan de toelaatbaarheid van een uitzendbeding op dezelfde voet als is gebeurd met proeftijd in een arbeidsovereenkomst nadat de werknemer eerst een periode als uitzendkracht in dezelfde functie bij dezelfde werkgever heeft gewerkt⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ *Kamerstukken II 1997/98, 25263, nr. 132 d, p. 17, Parl. Gesch. Flexwet, p. 966*

⁴⁵⁹ *Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 132 b, p. 22, Parl. Gesch. Flexwet, p. 960/961*

⁴⁶⁰ HR 13 september 1991, NJ 1992, 130

6.3.4 Art. 7:691 lid 6 BW: art. 7:691 BW niet van toepassing bij intraconcern-uitzending

In feite verschaft art. 7:691 BW faciliterende mogelijkheden voor toepassing van de uitzendovereenkomst in de zin van: weliswaar is de uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst, maar voor de uitzendovereenkomst zijn toepassingsmogelijkheden geschapen die het arbeidsovereenkomstenrecht voor de gewone arbeidsovereenkomst niet toestaat. Die facilitering geldt echter niet voor uitzending binnen concernverband, zie art. 7:691 lid 6 BW. Voorbeeld: een concern met meerdere werkmaatschappijen houdt een pool/arbeidsreserve/vliegende brigade in stand, die wordt ingezet bij tijdelijke vacatures of productiepieken bij de werkmaatschappijen. Die inzet is denkbaar op basis van een uitzendovereenkomst. Voor dit soort intraconcern-uitzending geldt art. 7:691 BW niet. De minister meende⁴⁶¹ dat intraconcern-uitzending geen allocatieve functie heeft en daarom geen aanspraak kan maken op de facilitering van art. 7:691 BW.

6.3.5 Art. 7:691 lid 7 BW: mogelijkheid tot afwijking bij CAO

Het zevende lid van art. 7:691 BW opent de mogelijkheid dat bij CAO van de wettelijke maximum-termijnen, genoemd in de leden 1,3,4 en van lid 5 ten nadele van de uitzendkracht wordt afgeweken. De minister vond het niet nodig om de ruimte voor afwijking (bij CAO) van de wettelijke regeling te beperken. Zo'n beperking achtte hij "onwenselijk belemmerend voor een goede ontwikkeling van het arbeidsvoorwaardenoverleg de betreffende sector.(-) Wij hebben er vertrouwen in dat de bij bedoeld CAO-overleg betrokken vakbonden, ongeacht de organisatiegraad in de uitzendsector, gelijkwaardige onderhandelingspartners kunnen en zullen zijn en ook op dit punt de belangen van zowel de georganiseerde als ongeorganiseerde uitzendwerknemers voldoende zorgvuldig kunnen en zullen behartigen. (-) Met de voorgestelde bevoegdheid willen wij uitdrukkelijk de primaire verantwoordelijkheid van CAO-partijen voor sociaal verantwoorde arbeidsvoorwaarden benadrukken".

In de ABU-CAO, zie hierna paragraaf 6.5, is van de geboden mogelijkheid tot afwijking van de wettelijke regeling van art. 7:691 BW op ruime schaal gebruik gemaakt.

6.4 De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs

⁴⁶¹ *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10, Parl. Gesch. Flexwet, p. 936*

Op 1 juli 1998 is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) van kracht geworden⁴⁶². In deze wet zijn bepalingen m.b.t. de niet-openbare arbeidsbemiddeling (hulp bij het vinden van een werkgever) en het particuliere uitzendwezen (het ter beschikking stellen van de arbeidskracht) opgenomen. Voorheen werden die bepalingen aangetroffen in de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en daarna in de Arbeidsvoorzieningswetten 1990 en 1996 en de op deze wetten gebaseerde uitvoeringsbesluiten. Globaal genomen bevat de Waadi bepalingen, die beogen het uitzendwezen in te passen in het reguliere arbeidsmarktstelsel. Vergeleken met de vroegere regelgeving is de huidige Waadi echter minder beperkend. Voor uitzending van arbeidskrachten is niet langer een vergunning nodig. Ook de duur van uitzending is niet langer beperkt. Andere voorschriften zijn echter gehandhaafd, zoals het loonverhoudingsvoorschrift en het onderkruipersverbod. Wel zijn het belemmeringsverbod en het verbod op doorlening geschrapt. Ten slotte bevat de Waadi ook regels die het ontduiken van loonbelasting en sociale premies beogen tegen te gaan.

In de driehoeksrelatie uitzendwerkgever, uitzendwerknemer en inlener zijn de art. 8 t/m 11, 16 en 17 van belang. In art. 8 Waadi is het zogenoemde loonverhoudingsvoorschrift opgenomen. In lid 1 wordt voorgeschreven dat ingeleende werknemers hetzelfde loon en dezelfde vergoedingen dienen te ontvangen als werknemers van het inlenende bedrijf, voor zover ze in gelijke of gelijkwaardige functies zijn te werk gesteld. Op de hoofdregel van lid 1 worden in leden 2 en 3 uitzonderingen gemaakt. Lid 2 verklaart de hoofdregel niet van toepassing als op de uitzendwerkgever een CAO van toepassing is, of als bij of krachtens de wet de loonhoogte van uitzendkrachten is voorgeschreven. Art. 15 lid 1 Wet inschakeling werkzoekenden bevat zo'n loonvoorschrift voor banenpoolers. Lid 3 zondert de hoofdregel uit wanneer op de inlener een CAO van toepassing is die loonvoorschriften ten aanzien van ingeleende arbeidskrachten bevat. Doel van het loonverhoudingsvoorschrift is om arbeidsonrust en loonconcurrentie tegen te gaan. In art. 8 Waadi wordt geen regeling geven voor het geval de beide uitzonderingen van leden 2 en 3 zich tegelijk voordoen, en beide CAO's met elkaar conflicteren. De vraag rijst dan welke uitzondering voorgaat. De minister heeft voor zo'n geval verklaard dat CAO-partijen voor een oplossing moeten zorgen⁴⁶³. Art. 32 van de ABU-CAO bevat de bepaling dat in zo'n geval de CAO, die de inlenende werkgever ook voor de uitzendkrachten dient toe te passen, voorgaat als die is aangemeld bij de Stichting Meldingsbureau Uitzendbranche (SMU). Dat is ook het geval wanneer de CAO van de inlener algemeen verbindend is verklaard. In dit laatste geval hoeft de CAO niet bij de SMU aangemeld te zijn. Als zowel inleen-CAO als ABU-CAO algemeen verbindend zijn verklaard dan gaat de voor de uitzendkracht

⁴⁶² *Kamerstukken* 25 264, *Stb.* 1998, 306

⁴⁶³ *Kamerstukken* II 1996/97, 25 264, nr. 7, p. 2-3

meest gunstige CAO voor. Ook dan hoeft van aanmelding geen sprake te zijn⁴⁶⁴.

Art. 9 Waadi verbiedt dat door een uitzendwerkgever een vergoeding van de uitzendwerknemer wordt gevraagd voor diens terbeschikkingstelling aan een inlener. Op grond van enkele praktijkgevallen werd dit tegenprestatieverbod in de wet opgenomen. Bovendien wordt dit tegenprestatieverbod voorgeschreven door ILO-verdrag 181 van 1997, dat voor Nederland op 15 september 2000 van kracht werd.

Art. 10 Waadi bevat het zogenoemde onderkruipersverbod, dat ook al in de Arbvo-Regeling was opgenomen. Het verbiedt een uitzendwerkgever arbeidskrachten aan een inlener ter beschikking te stellen voor werkzaamheden, die bijvoorbeeld wegens een arbeidsconflict of staking niet verricht worden. Het is volgens de wetgever, de SER en STAR niet de bedoeling dat de uitkomst van een arbeidsconflict beïnvloed wordt door de inzet van ter beschikking gestelde arbeidskrachten.

Art. 11 Waadi bevat de verplichting voor de uitzendonderneming om de uitzendkracht bij uitzending informatie te verstrekken over de verlangde beroepskwalificatie, als ook een risico-profiel (als bedoeld in art. 5 lid 5 Arbo-wet) van de werkzaamheden die de uitzendkracht gaat verrichten.

De inlener betaalt aan de uitzendwerkgever voor de ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Deze betaling is samengesteld uit een vergoeding voor de loonbetalingsverplichting van de uitzendwerkgever (inclusief het werkgeversaandeel in de verschuldigde sociale premies) en een opslag voor de dienstverlening door de uitzendwerkgever, vermeerderd met omzetbelasting. In het verleden werd door malafide uitzendwerkgevers (koppelbazen) nog wel eens gefraudeerd met de afdracht van door de inlener betaalde premies en belastingen. Om deze fraude tegen te gaan bepaalt art. 16a van de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen dat de inlener hoofdelijk aansprakelijk is voor de sociale premies. Art. 34 van de Invorderingswet bepaalt hetzelfde voor loon- en omzetbelasting. Tegen deze aansprakelijkheid kan de inlener zich vrijwaren door storting van sociale premies en loon- en omzetbelasting op een aparte, door de uitzendonderneming geopende rekening bij een bank (vergelijkbaar met de zogenoemde G-rekening die in de relatie hoofdaannemers en onderaannemers wordt gebruikt om fraude met sociale premies en belasting tegen te gaan). Het betreft hier een rekening, die alleen gebruikt kan worden voor afdracht van sociale premies en belasting. Tot het bedrag van zijn

⁴⁶⁴ Zie Rechtbank 's-Gravenhage 31 januari 1996, *JAR* 1996/60. C.J. Loonstra, Uitzend- of inleen-CAO. De loonverhoudingsnorm van art. 8 Waadi, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 69, neemt meerdere conflictsituaties in beschouwing. Daarbij neigt hij naar voorrang voor de inleen-cao. Zie ook Smitskam, *Flexibele Arbeidsrelaties*, H 15.3.2.

stortingen op deze rekening is de inlener gevrijwaard tegen aansprakelijkheid. De uitzendwerkgevers verenigd in ABU en NBBU hebben tevens een op privaatrechtelijke leest geschoeide vrijwaringsregeling in het leven geroepen.

6.5 De CAO voor uitzendkrachten

6.5.1 Algemene karakteristiek van de ABU-CAO

De Wet op de arbeidsovereenkomst en ook in het bijzonder de wettelijke bepalingen van art. 7:691 BW m.b.t. de uitzendovereenkomst bevatten driekwart dwingend recht. Dat wil zeggen dat van de wettelijke norm bij CAO ten nadele van de werknemer afgeweken mag worden. Globaal gesproken kan gesteld worden dat in de ABU-CAO van deze afwijkingmogelijkheden verregaand gebruik is gemaakt⁴⁶⁵. Op grond van de ABU-CAO lijkt de rechtspositie van de uitzendwerknemer bij de aanvang van de uitzendarbeid maar heel weinig op die van een gewone werknemer. Naar mate de uitzendrelatie langer duurt komen de rechtsposities van de uitzendwerknemer en de reguliere werknemer dichter bij elkaar.

De kernbepalingen van de ABU-CAO hebben een looptijd van 5 jaar. Andere bepalingen hebben een looptijd van 1 jaar, zie art. 39. De lange looptijd van 5 jaar is gekozen om uitzendwerkgevers gedurende langere tijd zekerheid te geven over arbeidsvoorwaarden en aanstellingsmogelijkheden. Aan deze zekerheid bestond behoefte omdat uitzendwerkgevers door de invoering van 7:690 BW (uitzendovereenkomst is arbeidsovereenkomst) toch sterk moesten overschakelen.

De ABU-CAO wordt, dunkt mij, gekenmerkt door onduidelijke redactie en extreme complexiteit. De indruk wordt gewekt van een haastig gecomponeerd compromis, waarbij gepoogd is het oude uitzendbestel zo veel mogelijk te behouden of te benaderen. Hoe de rechtspositie van de uitzendkracht na afloop van de huidige ABU-CAO zal worden is geheel onzeker. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat in de volgende ABU-CAO de rechtsposities van uitzendwerknemer en reguliere werknemer meer gelijkens zullen vertonen, dan thans nog het geval is. De status-aparte van de uitzendwerknemer zal mogelijk geleidelijk verdwijnen.

In het navolgende komen enkele onderdelen van de ABU-CAO aan de orde.

⁴⁶⁵ Zie noot 17. De ABU-CAO wordt kritisch toegelicht door E. Verhulp, *De uitzendkracht in het Flex(s)t(r)ijdperk*, SR 1998, p. 328. Zie ook Grapperhaus en Jansen 1999, p. 179 en Smitskam, *Flexibele Arbeidsrelaties*, onder H over uitzendwerk.

6.5.2 Fasestructuur

In art. 7:691 lid 1 BW wordt de toepasselijkheid van art. 7:668a BW 26 weken uitgesteld. In art. 7:691 lid 2 wordt de maximale duur van het uitzendbeding op 26 weken gesteld. Krachtens art. 7:691 lid 7 kunnen juistgenoemde termijnen per CAO verlengd worden. Van die mogelijkheid is in de ABU-CAO gebruik gemaakt door de introductie van een zogenoemde fasestructuur. Deze structuur voorziet in een gefaseerde opbouw van rechten door de uitzendwerknemer. In de CAO worden vier fasen onderscheiden. In de vierde (en laatste) fase is een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Deze fase kan na 18 maanden bereikt worden, wanneer gedurende die 18 maanden in dienst van dezelfde uitzendwerkgever bij dezelfde inlener is gewerkt. Als arbeid is verricht voor verschillende inleners wordt de vierde fase pas na 36 maanden bereikt.

Om fase vier te bereiken moet eerst de fasen een, twee en drie doorlopen worden.

Fase 1 duurt 26 weken. In die periode is de loondoorbetalingsplicht ex art. 7:628 BW uitgesloten. Wanneer geen werk wordt verricht bestaat geen aanspraak op loon. Ook geldt in die periode het uitzendbeding. De uitzendovereenkomst eindigt van rechtswege, wanneer de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener ten einde komt. In deze fase bestaan geen recht op scholing en pensioenopbouw.

Na fase 1 begint fase 2 met een duur van 6 maanden. In deze fase wijkt de rechtspositie van de uitzendwerknemer slechts weinig af van die gedurende fase 1. Wel wordt pensioen opgebouwd en rust op de uitzendwerkgever de verplichting de scholingsbehoefte van de werknemer in kaart te brengen. Scholing zelf hoeft in deze fase nog niet te worden aangeboden.

In fase 3 is de loondoorbetalingsplicht van de werkgever ex art. 7:628 BW niet langer uitgesloten. In deze fase kan art. 7:668a BW nog steeds worden uitgesloten. Het uitzendbeding kan in deze fase niet meer werken. De duur van fase drie is 6 maanden (ingeval van werkzaamheden bij dezelfde inlener) of 24 maanden, wanneer bij verschillende inleners wordt gewerkt.

In het fasensysteem speelt de duur van (opvolgende) uitzendovereenkomsten een beslissende rol. De duur van beperkte onderbrekingen tussen verschillende uitzendovereenkomsten worden in beginsel meegeteld. Vermelding verdient nog dat de telregels in de fasen 1 en 2 verschillen van die in de fasen 3 en 4, zie art. 8 leden 5 en 6. Partijen bij de uitzendovereenkomst kunnen overeenkomen dat hun uitzendovereenkomst zich niet ontwikkelt volgens het fasensysteem, maar volgens het ketensysteem van art. 7:668 a BW. Maken zij deze keuze niet dan wordt van het fasensysteem uitgegaan, zie art. 7 lid 3 sub a en b. Is gekozen voor het ketensysteem dan is na 26 weken arbeid een overgang naar het fasensysteem niet meer mogelijk, zie art. 7 lid 3 sub c. Na fase 1 is

overgang van het fasensysteem naar het ketensysteem nog wel mogelijk, zie art. 7 lid 3 sub b.

6.5.3 Ontslagrecht m.b.t. uitzendkrachten

Voor zover een uitzendovereenkomst niet van rechtswege ten einde komt, dient een uitzendovereenkomst volgens de regels van het reguliere ontslagrecht opgezegd te worden. Voor opzegging is een ontslagvergunning noodzakelijk, en dient een opzegtermijn in acht te worden genomen.

Doordat in veel uitzendovereenkomsten een uitzendbeding is overeengekomen, en het fasensysteem pas na 18 maanden of na 36 maanden is uitgewerkt, terwijl na het uitzendbeding het perioden- en ketensysteem van art. 7:668a BW nog gedurende 3 jaar (of 3 tijdelijke overeenkomsten) van toepassing is kan in het algemeen geconcludeerd worden dat het reguliere ontslagrecht pas van toepassing wordt wanneer de uitzendrelatie al geruime tijd heeft bestaan.

Het Ontslagbesluit⁴⁶⁶ is een uitvoeringsbesluit van art. 6 lid 3 BBA. Er zijn regels in opgenomen m.b.t. de wijze waarop op aanvragen om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen moet worden beslist. De uitzendwerkgevers hebben de minister gevraagd afwijkende regels te stellen m.b.t. de beoordeling van ontslagaanvragen in de uitzendsector. Met name voor toepassing van het zogenoemde anciënniteitsbeginsel werd gevreesd. Dit anciënniteitsbeginsel is in art. 4 van het Ontslagbesluit geformuleerd. Het houdt in dat bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen de werknemer met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking komt. Werknemers met een langer dienstverband genieten bij toepassing van dit zogenoemde last in/first out beginsel ontslagbescherming. De uitzendwerknemers meenden dat dit beginsel hen voor problemen stelt, omdat toepassing van dit beginsel ertoe leidt dat een ontslag niet daar valt waar de reden van ontslag zich heeft voorgedaan, maar elders, waar geen reden voor ontslag bestaat. Toepassing van het anciënniteitsbeginsel zou telkens tot ingewikkelde herplaatsingsoperaties aanleiding geven, met risico's voor zowel uitzendkracht als uitzendwerkgever. De minister heeft aan dit verzoek gehoor gegeven, door voor de uitzendsector te bepalen dat het anciënniteitsbeginsel niet onverkort geldt. Daarvoor in de plaats geldt een herplaatsingsverplichting gedurende een bepaalde periode, waarvan de duur afhangt van de tijd dat de uitzendkracht voor de uitzendwerkgever heeft gewerkt. De herplaatsingsverplichting geldt voor de duur van 1 tot 4 maanden. Deze inspanningsverplichting geldt echter niet wanneer de werkgelegenheid van ander werknemers in gevaar zou kunnen komen.

Het uitzendbeding maakt het mogelijk dat de uitzendovereenkomst ten einde komt wanneer de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener wordt beëindigd. De literatuur is verdeeld over de vraag of hier sprake is

⁴⁶⁶ *Stcrt.* 1998, 238, p. 12

van een ontbindende voorwaarde. Vast staat dat het verzoek van de inlener als een toekomstige onzekere gebeurtenis dient te worden beschouwd. Alleen dit verzoek maakt op zich zelf nog geen einde van rechtswege aan de terbeschikkingstelling. Dit einde treedt pas in wanneer de uitzendwerkgever dit verzoek honoreert. Tijdens de parlementaire behandeling liet de minister weten het niet-honoreren van het inlenersverzoek als een onrealistische mogelijkheid te beschouwen. Bovendien is de inlener zeker gerechtigd de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer te beëindigen door hem niet meer in zijn bedrijf toe te laten. Mogelijk is hij in zo'n geval nog wel vergoedingsplichtig aan de uitzendwerkgever, maar van een terbeschikkingstelling is geen sprake meer. Per saldo meen ik dat het uitzendbeding een door de wetgever toelaatbare geoordeelde ontbindende voorwaarde is.

In art. 9 lid 6 van de ABU-CAO is de bepaling opgenomen dat de inlener geacht wordt een verzoek te hebben gedaan aan de uitzendwerkgever wanneer de uitzendkracht zich ziek meldt. Daardoor zou de uitzendovereenkomst van rechtswege ten einde komen als de werknemer zich ziek meldt. Deze bedoeling is m.i. op goede gronden bestreden. Door de constructie van een fictief verzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling wordt in de rechtspositie van de uitzendkracht een ontbindende voorwaarde van kracht die ook in strijd komt met het ontslagstelsel. De rechter heeft zich over deze constructie nog niet gebogen. Gezien de bestrijding van deze constructie valt er mee te rekenen dat deze bepaling in de nieuwe ABU-CAO niet terug komt.

6.5.4 Uitsluiting loondoorbetalingsverplichting

Art. 7:628 lid 1 BW vormt een uitzondering op de hoofdregel van art. 7:627 BW, dat bepaalt dat de werkgever geen loon is verschuldigd over de tijd dat de werknemer niet daadwerkelijk werkzaam is. Wanneer echter die niet-werkzaamheid van de werknemer voor risico van de werkgever komt dan is de werkgever volgens art. 7:628 lid 1 BW wel tot loonbetaling verplicht. In het vijfde lid van art. 7:625 BW is bepaald dat bij schriftelijke arbeidsovereenkomst van lid 1 voor ten hoogste 6 maanden mag worden afgeweken. Deze termijn mag krachtens lid 7 bij CAO worden verlengd.

Art. 12 van de ABU-CAO bevat een vrij complexe afwijking van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever. In lid 1 wordt deze verplichting gedurende de eerste 26 weken van de uitzendovereenkomst uitgesloten. Wanneer na afloop van die periode de arbeid wordt voortgezet onder toepassing van het fasensysteem wordt de uitsluiting voortgezet gedurende de hele fase 2, dus verlengd met 6 maanden (lid 2). Als na de eerste 26 weken de arbeid wordt voortgezet onder toepassing van het ketensysteem van art. 7:668a BW, wordt de loondoorbetalingsverplichting onmiddellijk van kracht, tenzij de loondoorbetalingsverplichting schriftelijk wordt uitgesloten voor de maximumduur van 26 weken (lid 3). Juistbedoelde uitsluitingsbepalingen zijn echter niet van toepassing ingeval

geen arbeid wordt verricht wegens ziekte. Deze uitzondering heeft uiteraard alleen betekenis in het geval de uitzendovereenkomst niet van rechtswege ten einde is gekomen, zie hiervoor onder par. 5.3.1. Ook wordt de loondoorbetalingsverplichting niet uitgesloten wanneer de uitzendkracht zijn arbeid niet kan aanvangen door toedoen van de inlener. Ingeval van overgang van het fasen- naar het ketensysteem blijft in het ketensysteem de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting nog slechts van kracht voor de duur, die in fase 2 nog zou kunnen resteren.

6.5.5 Proeftijden

De wettelijke regeling van de proeftijd in art. 7:652 BW maakt in het zesde lid afwijkingen van de werknemer m.b.t. tot de wettelijke maximum-duur ten nadele van de werknemer bij CAO mogelijk. Per CAO kan de wettelijke maximum-duur van proeftijden die zijn opgenomen in tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden verlengd. Art. 13 lid 1 van de uitzend-CAO bepaalt: "Een uitzendovereenkomst kan slechts een proeftijdbeding bevatten, indien en voor zover de overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van ten minste drie maanden". Strikt genomen staat deze formulering geen proeftijdbeding in uitzendovereenkomsten voor onbepaalde tijd toe. Het lijkt redelijk te veronderstellen dat CAO-partijen niet bedoeld hebben de toepassing van het proeftijdbeding in deze zin te beperken. Hetzelfde lid stelt de maximum duur van de proeftijd op 1 maand. Wanneer tussen uitzendonderneming en uitzendkracht meer dan 1 uitzendovereenkomst is of wordt gesloten met onderbrekingen van niet langer dan een jaar, en de voorafgaande uitzendovereenkomst niet tijdens proeftijd is beëindigd, kan in een volgende uitzendovereenkomst geen proeftijd meer worden bedongen. Te vrezen valt dat deze bepaling strijdig is met de wettelijke regeling. De wet verklaart een proeftijd nietig als tussen dezelfde partijen al een proeftijd heeft gegolden en de maximum-duur daarvan reeds bereikt is. De wet en de jurisprudentie maken geen uitzondering voor onderbrekingen tussen twee proeftijden en ook niet voor het geval de arbeidsovereenkomst tijdens de eerste proeftijd is beëindigd. Als die beëindiging voor afloop van de eerste proeftijd heeft plaatsgevonden resteert voor een tweede proeftijd nog een termijn, omdat de maximale duur van een proeftijd tussen dezelfde partijen nog niet bereikt was. Maar als de dienstbetrekking aan het eind van de eerste proeftijd is beëindigd, resteert er geen termijn meer en kan geen nieuwe proeftijd worden aangegaan. Bovendien moet bedacht worden dat een uitzendovereenkomst tijdens of op de laatste dag van de proeftijd beëindigd kan worden op grond van het uitzendbeding. Die beëindiging heeft geen verband te houden met het functioneren van de uitzendkracht. Een dergelijke beëindiging tijdens of aan het eind van de proeftijd kan in redelijkheid geen reden opleveren om nog een nieuwe proeftijd toe te staan. Het verbod om in een volgende uitzendovereenkomst opnieuw een proeftijd aan te gaan geldt niet wanneer de verschillende uitzendovereenkomsten werkzaamheden betreffen die duidelijk verschillende vaardigheden of

verantwoordelijkheden betreffen (lid 2). Deze laatste bepaling is wel in overeenstemming met de rechtspraak over de proeftijd.

In lid 3 worden de beperkingen van de voorgaande leden weer flink opgerekt. In elke tijdelijke uitzendovereenkomst van drie maanden of langer, waarbij de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld aan een inlener, voor wie de uitzendkracht niet eerder heeft gewerkt, kan altijd een proeftijd van 7 kalenderdagen worden overeengekomen. Tijdens deze bijzondere proeftijd kan de uitzendwerkgever de uitzendovereenkomst alleen onmiddellijk beëindigen, wanneer hij daarvoor het verzoek van de inlener heeft gehad. De vraag rijst of een proeftijdbeding in een uitzendovereenkomst wel veel zin heeft, naast het gebruikelijke uitzendbeding, dat een looptijd van een jaar kan hebben. In de lijn van Hoge Raad⁴⁶⁷ moet worden aangenomen dat een proeftijd alleen aan het begin van een uitzendovereenkomst gesitueerd mag worden en niet nadat het uitzendbeding is uitgewerkt. Aldus zal een proeftijdbeding slechts mogelijk zijn tegelijk met het uitzendbeding. De bijzondere proeftijd van 7 kalenderdagen, als bedoeld in lid 3, maakt mogelijk dat de wettelijke maximum-termijn van 2 maanden overschreden wordt. Kuip en Verhulp⁴⁶⁸ menen terecht dat deze overschrijding van het wettelijke maximum nietig is.

6.5.6 Wegvallen uitzendarbeid

Wanneer de inleenopdracht vóór de overeengekomen duur van de uitzendovereenkomst, waarvoor geen uitzendbeding (meer) geldt, wordt beëindigd door de inlener, is de uitzendwerkgever verplicht voor de uitzendwerk passende vervangende (uitzend)arbeid te zoeken. Gedurende deze zoekverplichting is de uitzendwerkgever tot doorbetaling van loon verplicht tot het tijdstip waarop de uitzendovereenkomst zou eindigen, zie art. 14 lid 1 ABU-CAO. Deze loondoorbetalingsplicht geldt echter slechts voor zover de uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht niet meer van kracht is. Ook vervalt de loondoorbetalingsverplichting als de werknemer passende vervangende arbeid heeft geweigerd of zich als uitzendkracht bij de uitzendwerkgever heeft laten uitschrijven en derhalve niet meer als uitzendkracht beschikbaar is.

Wanneer vervangende passende arbeid wordt gevonden van een geringere omvang dan laatstelijk overeengekomen, dan is de uitzendkracht verplicht dit aanbod te aanvaarden. In dat geval wordt op de loondoorbetalingsplicht van de werkgever het door de uitzendkracht

⁴⁶⁷ HR 13 september 1991, NJ 1992, 130

⁴⁶⁸ S.W. Kuip, Proeftijd: nu met gedifferentieerde wederzijdse willekeur en schriftelijk gemotiveerde opzegging, *Arbeidsrecht* 1998, nr. 55, E. Verhulp, De uitzendkracht in het Flex(s)t(r)ijdperk, *SR* 1998, p. 328

verdiende loon in mindering gebracht. Wanneer wordt vastgesteld dat binnen de herplaatsingstermijn geen passend werk beschikbaar komt kan de uitzendwerkgever de RDA om toestemming vragen de arbeidsovereenkomst op te zeggen en na verkrijging daarvan daartoe overgaan. Afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst varieert de herplaatsingstermijn van 1 maand tot 4 maanden, zie art. 14 lid 6.

6.5.7 Pensioen

In de huidige ABU-CAO wordt voor uitzendkrachten die tenminste "in 26 weken" voor een uitzendonderneming werkzaam zijn geweest een verplichte pensioenregeling geïntroduceerd. Nadat op deze manier het deelnemerschap is verworven blijft de pensioenregeling (of deelnemerschap) van kracht als de werknemer opnieuw wordt uitgezonden en deze nieuwe uitzending geen onderbreking heeft opgeleverd van langer dan een jaar. Als die onderbreking langer heeft geduurd moet weer tenminste "in 26 weken" voor een uitzendbureau zijn gewerkt om opnieuw deelnemer te kunnen worden. De verschuldigde pensioenpremie komt voor 2/3 ten laste van de uitzendonderneming en voor 1/3 voor rekening van de uitzendkracht. Om deelnemer te kunnen worden moet de uitzendkracht wel ten minste 21 jaar oud zijn. Als een uitzendovereenkomst op verzoek van de uitzendkracht wordt beëindigd dient het uitzendbureau aan de uitzendkracht een opgave te verstrekken van het opgebouwde pensioen.

6.5.8 Scholing

Art. 34 van de ABU-CAO is aan scholing gewijd. Daarin valt op dat uitzendondernemingen verplicht zijn een bepaald bedrag per jaar aan scholing te besteden, maar dat de uitzendkracht jegens het uitzendbureau geen aanspraak op scholing heeft. Scholing is gericht op "het verkrijgen, bijhouden, verbreden en verdiepen" (art. 34 lid 1) van kennis en vaardigheden. Zodra een uitzendkracht "in 26 weken" voor een uitzendonderneming werkzaam is geweest dienen uitzendonderneming en uitzendkracht te overleggen over de scholingsbehoefte van de uitzendkracht en het opleidingsaanbod van de uitzendonderneming. Wanneer de uitzendovereenkomst langer dan een jaar onderbroken is geweest, begint de termijn van 26 weken opnieuw te lopen.

6.6 Uitzendkracht en medezeggenschap

De uitzendkracht is werknemer van de uitzendonderneming en werkzaam in de onderneming van een inlener. In beide ondernemingen kan de uitzendkracht sedert de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 januari 1999 medezeggenschapsrechten uitoefenen.

Voor die datum had de uitzendkracht in geen van beide ondernemingen medezeggenschapsrechten. In zijn eigen onderneming niet om twee redenen:

- a . omdat hij niet op basis van een arbeidsovereenkomst voor de uitzendonderneming werkzaam was, en
- b . omdat hij niet werkzaam was in de uitzendonderneming.

Op grond van de reden sub b hadden ook banenpoolers, gedetacheerden en poolwerkers, die wel werknemer zijn, toch geen medezeggenschapsrechten in hun eigen onderneming, omdat zij daarin niet werkzaam zijn. Voor dit type werknemer werd dat door de herziening van de WOR⁴⁶⁹ per 4 maart 1998 anders. Toen werd aan art. 1 WOR het navolgende lid toegevoegd:

"Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde, wordt onder de in de onderneming werkzame personen mede verstaan, degenen die krachtens een publiekrechtelijke aanstelling bij dan wel krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer werkzaam zijn in een door een andere in stand gehouden onderneming".

Daardoor kregen deze buiten de onderneming werkzame werknemers medezeggenschapsrechten in hun eigen onderneming. Maar uitzendkrachten waren hiermee niet geholpen omdat zij op dat tijdstip nog niet als werknemers van de uitzendonderneming werden beschouwd. Dat werd anders toen uitzendkrachten door de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid als werknemers van de uitzendonderneming gingen gelden.

In de eigen uitzendonderneming hebben uitzendkrachten nu dus medezeggenschapsrechten krachtens de WOR doordat eerst een herziening van de WOR werknemers die niet in de eigen onderneming werkzaam zijn onder de werkingssfeer van de WOR bracht. En omdat daarna de Wet Flexibiliteit en Zekerheid de uitzendkracht de status van werknemer gaf.

6.6.1 Gesplitste medezeggenschap

Met de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid hebben uitzendkrachten ook medezeggenschapsrechten gekregen in de onderneming van de inlener. Art. 1 lid 3 sub a WOR bepaalt sedert 1 januari 1999 dat uitzendkrachten voor de WOR tot de in de onderneming werkzame personen gaan behoren als zij 24 maanden in de onderneming van de inlener werkzaam zijn geweest. Tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling is duidelijk uitgesproken dat pas na 24 maanden de termijn aanvangt die nodig is om het actief en passief kiesrecht

⁴⁶⁹ *Kamerstukken II*, 24 615, Stb. 1998, 107

te verkrijgen⁴⁷⁰. Aldus hebben uitzendkrachten recht op medezeggenschap krachtens de WOR zowel in hun eigen onderneming als in die van de inlener.

Bij medezeggenschap van uitzendkrachten zowel in de eigen onderneming als die van de inlener is echter wel sprake van een bijzondere situatie.

Een uitzendonderneming heeft een relatief kleine staf en een veelvoud aan uitzendkrachten in dienst. De belangen van dit stafpersoneel lopen niet automatisch parallel aan die van de uitzendkrachten. Bij het inlenend bedrijf zijn de belangen van het eigen personeel waarschijnlijk ook niet identiek met die van de ingeleende krachten.

De WOR biedt mogelijkheden om aan die verschillende belangen enigszins tegemoet te komen. Allereerst via een systeem van kieslijsten. Via dit mechanisme kan geprobeerd worden in de OR de belangen van de verschillende categorieën personeel op een evenwichtige manier te vertegenwoordigen. Voorts kan een OR-commissie worden ingesteld ten behoeve van de specifieke aangelegenheden van uitzendkrachten. Tenslotte kan ook een onderdeel-commissie worden ingesteld, eveneens met het doel de specifieke belangen van het uitzendpersoneel te behartigen.

6.6.2 Ontslagbescherming van uitzendkracht die in de OR zit

In Protocol G van de ABU-CAO is bepaald dat de ontslagbescherming van art. 7:670 lid 4 BW "een rol kan spelen bij het inzetten van een uitzendkracht/OR-lid voor inleenopdrachten". Wat met deze zinsnede bedoeld wordt blijkt niet duidelijk uit het Protocol. In de overwegingen bij dit Protocol is vermeld dat de CAO-partijen het van belang vinden "dat de medezeggenschap van uitzendkrachten op een passende manier vormgegeven wordt". Waarschijnlijk is het de bedoeling dat uitzendkrachten die zitting hebben in de OR van hun uitzendonderneming zodanig als uitzendkracht ingezet worden dat hun uitzendovereenkomst niet ten einde komt tijdens de looptijd van hun zittingsduur in de OR.

Niettemin kunnen uitzendkrachten al in de OR gekozen worden als zij nog niet werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd. Als hun tijdelijke uitzendovereenkomst afloopt tijdens hun lidmaatschap van de OR, vervalt daarmee ook hun OR lidmaatschap. In de praktijk beschermt het ontslagverbod van art. 7:670 lid 4 BW alleen uitzendkrachten met een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een uitzendkracht die in de OR zit van de inlener geniet niet de ontslagbescherming van art. 7:670 lid 4 BW. De inlener is in beginsel vrij de inleenovereenkomst te beëindigen. Een dergelijke beëindiging betekent ook het einde van het OR-lidmaatschap van de uitzendkracht. De uitzendkracht die in de OR van de inlener zit, geniet wel de bescherming tegen benadeling, ex art. 21 WOR. Wanneer de inleenovereenkomst door de inlener wordt beëindigd wegens het OR-lidmaatschap van de

⁴⁷⁰ *Kamerstukken II 1997/98, 24 615, nr. 81a*

uitzendkracht, dan is er volgens de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid sprake van misbruik van bevoegdheid⁴⁷¹.

6.7 Uitzendovereenkomst en concurrentiebeperkende bedingen

Voor uitzendarbeid gold tot 1 juli 1998 een zogenoemd belemmeringsverbod. Dit belemmeringsverbod werd voorgeschreven door art. 93 lid 1 sub a van de Arbeidsvoorzieningswet 1996. Het verbod hield in dat het uitzendbureau de uitzendkracht geen belemmeringen in de weg mocht leggen om bij de inlener of elders in dienst te treden. Dit verbod wordt in de literatuur het 'directe belemmeringsverbod' genoemd⁴⁷². Krachtens dit verbod mocht geen concurrentiebeding tussen uitzendbureau en uitzendkracht worden opgenomen.

Dit directe belemmeringsverbod dient onderscheiden te worden van het indirecte belemmeringsverbod, waarbij het gaat om het verbod om in een inleenovereenkomst tussen inlener en uitzendbureau een beding op te nemen op grond waarvan het de inlener niet toegestaan is de ingeleende uitzendkracht binnen een bepaalde periode na beëindiging van de inlening in dienst te nemen. Op schending van dit beding stond doorgaans een behoorlijke boete. Overigens wordt de uitzendkracht met het indirecte belemmeringsbeding natuurlijk ook direct belemmerd in zijn mogelijkheid om bij de inlener in dienst te treden. In die zin werkt het indirecte belemmeringsbeding tegelijk ook als een direct belemmeringsbeding. In de rechtspraak zien we beide belemmeringsbedingen vernietigd wegens strijd met de wet, respectievelijk met de strekking van de wet⁴⁷³.

Met ingang van 1 juli 1998 zijn de bepalingen van de Arbeidsvoorzieningswet 1996, die betrekking hebben op het uitzendwezen, (gewijzigd) overgegaan in de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (Waadi). In deze wet is het belemmeringsverbod niet opnieuw opgenomen. Er zijn echter sterke aanwijzingen dat de wetgever feitelijk het belemmeringsverbod niet heeft willen schrappen, doch van mening was en is dat dit belemmeringsverbod genoegzaam uit het algemene verbintenissenrecht voortvloeit, met name uit art. 6:248 BW. Dit artikel

⁴⁷¹ Ontleend aan Smitskam, *Flexibele Arbeidsrelaties*, H 70.3

⁴⁷² L.J. de Vroe, *De onbelemmerde uitzendkracht*, *Arbeidsrecht* 2000, nr. 5

⁴⁷³ Zie onder meer in appèl Rb. Zutphen 2 september 1999, *JAR* 1999/232, Ktg. Apeldoorn 4 februari 1998, *Prg.* 1998, nr. 4938, Ktg. Maastricht 29 januari 1998, *JAR* 1998/65, Pres. Rb. Rotterdam 23 november 1995, *JAR* 1995/267, Pres. Rb. Utrecht 14 juni 1994, *KG* 1994, 263 en bevestigd door Hof Amsterdam 16 maart 1995, *KG* 1996, *KGK* 1376. Anders Ktg. 's-Gravenhage 23 juni 1993, *JAR* 1993/169

leert dat iemand niet aan een verbintenis gehouden kan worden wanneer de plicht tot naleving in strijd zou komen met de redelijkheid en de billijkheid.

Na het vervallen van art. 93 lid 1 van de Arbeidsvoorzieningswet zijn in de rechtspraak bovenbedoelde belemmeringsbedingen opnieuw aan de orde geweest. Doordat het belemmeringsverbod niet langer expliciet in de wet is opgenomen is het niet onbegrijpelijk dat de rechtspraak verdeeld blijkt⁴⁷⁴. Doordat met de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid het juridische onderscheid tussen uitzending, uitlening en detachering is vervallen, mag aangenomen worden dat de rechtspraak met betrekking tot belemmeringsverboden ook van toepassing is in de rechtsbetrekkingen die bij uitlening en detachering bestaan.

6.8 Aansprakelijkheid van inlener voor schade van uitzendkracht, art. 7:658 lid 4 BW

Bij uitleenarbeid/detachering en uitzendarbeid is de inlener niet de formele werkgever van de ingeleende werknemer. In het algemeen wordt aangenomen dat de inlener zijn instructiebevoegdheid m.b.t. de wijze waarop de werkzaamheden moeten worden verricht, ontleent aan het werkgeversgezag van de formele werkgever. In die gedachtegang past dan ook dat de inlener dezelfde veiligheidsverplichtingen krachtens art. 7:658 BW t.a.v. de ingeleende werknemer heeft als de formele werkgever. Ook in de Arbeidsomstandighedenwet is deze notie opgenomen.

Wanneer een uitzendkracht in de uitoefening van zijn werkzaamheden een bedrijfsongeval overkomt doordat de inlener zijn veiligheidsverplichtingen niet is nagekomen en hij daardoor schade lijdt dan kon de uitzendkracht voor 1 januari 1999 zowel de uitzendwerkgever als de inlener aanspreken op grond van onrechtmatige daad voor betaling van schadevergoeding. Deze vordering had aanvankelijk minder kans op succes dan een vordering uit art. 7:658 BW, omdat op de uitzendkracht de bewijslast rust dat de werkgever zijn veiligheidsverplichtingen niet is nagekomen. Later is de Hoge Raad de uitzendkracht daarbij tegemoet gekomen door te oordelen dat met betrekking tot stelplicht en verdeling van bewijslast bij deze vordering uit onrechtmatige daad dezelfde regels gelden als bij een actie uit art. 7:658 BW⁴⁷⁵.

Met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is aan art. 658 BW een vierde lid toegevoegd, waarmee de bovengenoemde

⁴⁷⁴ Zie onder meer Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001/66, Ktg. Amsterdam 2 februari 2001, *JAR* 2001/59, Pres. Rb. Amsterdam 13 december 2000, *JAR* 2001/17, Ktg. Wageningen 22 december 1999, *JAR* 2000/22, Pres. Rb. Amsterdam 4 november 1999, *JAR* 1999/246

⁴⁷⁵ HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716 en HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 420

uitspraak van de Hoge Raad in feite gecodificeerd wordt. Dit vierde lid verklaart art. 7:658 lid 1 tot en met 3 BW van overeenkomstige toepassing op degene 'die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft'. Het is duidelijk dat deze uitbreiding van groot belang is voor uitzendkrachten. De minister achtte toevoeging van dit lid wenselijk "omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt"⁴⁷⁶.

Deze uitbreiding van werkgeversaansprakelijkheid treft niet de particulier die bijvoorbeeld een schilder opdracht geeft tot het schilderen van zijn huis. Deze particulier heeft de schilder niet gecontracteerd 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf'. Toch zijn afgrenzingsproblemen goed denkbaar. Stel dat een IT-bedrijf een schildersbedrijf contracteert voor het opschilderen van het bedrijfsgebouw. Een werknemer (schilder) krijgt een ongeval. Op een vraag uit de Tweede Kamer heeft de minister geantwoord dat in zo'n geval het IT-bedrijf niet aansprakelijk is omdat de schilderswerkzaamheden niet worden verricht in de uitoefening van het IT-bedrijf. Het moet gaan om werkzaamheden die in beginsel ook door eigen werknemers in de uitoefening van hun overeengekomen functie verricht worden. De vraag rijst of hetzelfde antwoord ook zal gelden, wanneer geen schilder aan het werk is, maar een ingeleende schoonmaker. In de literatuur wordt de afgrenzingsproblematiek van het toegevoegde lid bekritiseerd⁴⁷⁷.

Doordat de uitzendkracht werknemer is van het uitzendbureau kan de uitzendkracht in geval van een bedrijfsongeval, zowel zijn formele werkgever (uitzendbureau) aanspreken op grond van art. 7:658 lid 1 BW als zijn feitelijke werkgever (de inlener) op grond van art. 7:658 lid 4 BW. Beide werkgevers zijn hoofdelijk aansprakelijk op grond van art. 6:102 BW, waarbij volgens de wet onderling regres mogelijk is. De Algemene Voorwaarden (van ABU) voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten sluit in art. 14 sub d en g de mogelijkheid van regres van de inlener op het uitzendbureau uit, door te bepalen dat de inlener volledig aansprakelijk is voor alle schade die een ingeleende uitzendkracht zal lijden doordat de inlener niet aan zijn verplichtingen ex art. 7:658 lid 1 BW heeft voldaan en de uitzendonderneming door de inlener tegen elke aansprakelijkheid wordt gevrijwaard.

⁴⁷⁶ *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 14, p. 6, Parl. Gesch. Flexwet p. 949*

⁴⁷⁷ T. Hartlief, De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, mede in het licht van recente wetgeving, *SR 1998*, p. 220 en H. Dammingh, De aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekte in driehoeksrelaties, *SMA 1999*, p. 188.

Overigens kan men zich afvragen of de wetgever deze uitbreiding van de werkgeversaansprakelijkheid wel op de juiste plaats in het BW heeft opgenomen. Met de onderhavige uitbreiding maakt de wetgever inbreuk op het systeem van boek 7 titel 10 BW, dat uitsluitend bepalingen bevat met betrekking tot de arbeidsovereenkomst. Juister zou zijn geweest dat de aansprakelijkheid krachtens art. 7:658 lid 4 BW was opgenomen in Boek 6 titel 3 afdeling 2.

6.9 De EG- detachingsrichtlijn van 16 december 1996

Op de arbeidsmarkt is een proces van internationalisering gaande. Daardoor is er ook sprake van (en behoefte aan) grensoverschrijdende uitzendarbeid. Denkbaar is dat een onderneming bij uitstek uitzendkrachten uit zogenoemde laagloon-landen wil inlenen. Deze buitenlandse (goedkope) uitzendkrachten beconcurreren dan de arbeidsmarktpositie van de nationale werknemers. Op die manier kan grensoverschrijdende uitzendarbeid tot 'social dumping' leiden. Ter bestrijding van dit verschijnsel is door het Europese Parlement en de Raad de zogenoemde Detacheringsrichtlijn opgesteld⁴⁷⁸. Deze Richtlijn beoogt het EG-verdragsbeginsel met betrekking tot het vrije verkeer van werknemers en diensten te verzoenen met het beginsel van sociale bescherming.

De essentie van de Richtlijn houdt in dat uitzendondernemingen die werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een andere lidstaat, aan deze werknemers dezelfde arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden moeten garanderen, als die gelden in de lidstaat waarin zij te werk zijn gesteld. Voor grensoverschrijdende uitzendarbeid wordt in deze Richtlijn derhalve het werklandbeginsel aangehangen. Dit beginsel wijkt af van het woonlandbeginsel, dat uitgangspunt vormt van het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten (EVO), gesloten in 1980⁴⁷⁹ en werking getreden op 1 september 1991⁴⁸⁰. Dit werklandbeginsel heeft echter slechts betrekking op een beperkt aantal primaire of vrij fundamentele arbeidsvoorwaarden. Krachtens art. 3 van de Richtlijn is het werklandbeginsel van toepassing op de navolgende arbeidsvoorwaarden:

- a. maximale werktijden en minimale rusttijden
- b. het minimum aantal vakantiedagen, gedurende welke voor de werkgever de verplichting tot loondoorbetaling bestaat

⁴⁷⁸ EG-richtlijn 96/71 van 16 december 1996, PbEG 1997 L 18/1

⁴⁷⁹ *Trb.* 1980, 156

⁴⁸⁰ Zie over de EVO en de Richtlijn onder meer C.M.E.P. van Lent, *Detachering van werknemers en de invoering van de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid*, *SR* 2000, p. 167 en A.A.H. van Hoek, *De internationaal actieve werknemer*, *Arbeidsrecht* 1998, nr. 44

- c. minimumloon, daaronder begrepen vergoedingen voor overwerk, doch exclusief pensioen
- d. voorwaarden voor het ter beschikking van arbeidskrachten
- e. gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk
- f. beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van kinderen, jongeren en van zwangere en pas bevallen werkneemsters
- g. gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake non-discriminatie.

Bij grensoverschrijdende uitzendarbeid geldt voor al deze aangelegenheden dat (minimaal) het recht van het werkland van toepassing is, zoals dat is vastgelegd in wettelijke en bestuursrechtelijke regelgeving en/of CAO's. Als het niveau van deze arbeidsvoorwaarden in het werkland lager ligt dan in het land van uitzending (woonland), dan verhinderen de Richtlijn noch EVO dat de arbeidsvoorwaarden van het land van uitzending van toepassing zijn

6.9.1 De Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid

Juistgenoemde EG-Richtlijn is door Nederland uitgevoerd met de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga)⁴⁸¹. In het oorspronkelijke wetsontwerp beperkte de Waga haar werkingssfeer tot de bouwsector. Later is deze beperking in getrokken⁴⁸². De Waga is een sobere implementatiewet. In de wet is niet opgenomen wat al geldt ingevolge de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs en de Algemene Wet gelijke behandeling. Deze wetten zijn dwingend van toepassing op alle arbeid, die in Nederland wordt verricht. Het werd overbodig geacht om in de Waga naar deze wetten te verwijzen⁴⁸³.

Art. 1 verklaart de navolgende BW-artikelen van toepassing op buitenlandse werknemers die tijdelijk in Nederland werkzaam zijn, en op wier arbeidsovereenkomst het recht van een ander land van toepassing is:

- artt. 7:634 tot en met 642 BW (minimum aantal vakantiedagen)
- art. 7:645 tot en met 648 BW (gelijke behandeling mannen en vrouwen)
- art. 7:658 BW (gezondheid, veiligheid en hygiëne)
- art. 7:670 lid 2 BW (ontslagverbod bij zwangerschap)

⁴⁸¹ *Stb.* 1999, 554, in werking getreden op 24 december 1999

⁴⁸² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 524, nr. 7, zie ook K.M. Sengers en P.T.H. Donders, *De Nederlandse bouw-CAO in Europees perspectief*, *SR* 2001, p. 140

⁴⁸³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 524, nr. 3, p. 3

Art. 3 Waga voorziet, ter implementatie van art. 3 van de Richtlijn, in een wijziging van de Wet AVV. Deze wijziging heeft tot gevolg dat bepalingen uit algemeen verbindend verklaarde CAO's, die betrekking hebben op aangelegenheden die in art. 3 van de Richtlijn zijn genoemd, ook van toepassing zijn op werknemers die tijdelijk in Nederland werkzaam zijn op basis van buitenlands recht.

Krachtens de Waga is de Kantonrechter bevoegd om te oordelen in geschillen over arbeidsaangelegenheden, die bestreken worden door de EG-richtlijn, zie art. 98 lid 3 Rv. Onder omstandigheden is de Nederlandse rechter bevoegd het recht van een andere lidstaat toe te passen.

6.10 Slot

Het fenomeen uitzendarbeid heeft in de tweede helft van de vorige eeuw een gestage opmars vertoond. Er bleek toenemende vraag naar, waaraan uitzendondernemingen bekwaam hebben voldaan. Maar de rechtspositie van de uitzendkracht, die in het algemeen geen werknemersstatus had, liet te wensen over. Toen er politieke aandrang kwam de uitzendkracht de status van werknemer te geven en dus onder de werkingssfeer van het arbeidsovereenkomstenrecht te brengen, hebben de sociale partners in de uitzendsector en in de Stichting van de Arbeid suggesties gedaan voor de wettelijke regulering van de uitzendovereenkomst en het uitzendwezen. De wetgever heeft deze suggesties grotendeels gevolgd. De Wet Flexibiliteit en Zekerheid is daarvan het resultaat. De uiteindelijk wet heeft een moeizame en verwarrende parlementaire behandeling gehad en heeft sterk het karakter van een compromis, waarbij aan de sociale partners in de uitzendsector riante mogelijkheden zijn gelaten om de materiële rechtspositie van de uitzendkracht te definiëren. Uit de ABU-CAO voor uitzendkrachten 1999-2003 valt op te maken dat van die mogelijkheden maximaal gebruik is gemaakt. Deze rechtspositieregeling is buitengewoon complex en wekt de indruk dat het oude uitzendbestel met succes is verdedigd. Anderzijds mag gehoopt en verwacht worden dat volgende ABU-CAO's in het licht zullen staan van vereenvoudiging en normalisatie. De huidige wettelijke regeling staat daaraan niet in de weg.

7 Flexibele arbeidsrelaties en sociale zekerheid

7.1.1 Inleiding

De wortels van de sociale zekerheid liggen ver voor de Tweede Wereldoorlog. De maatschappelijke constellatie van toen is - deels - nog steeds in haar structuur zichtbaar. Minimaal impliciet ligt of lag aan de sociale zekerheid de standaardsituatie ten grondslag van de kostwinnende full-time werkende man die het inkomen mede voor vrouw en kinderen

verdient. Die primaire aandacht voor en bevoordeling van de alleenverdiener is inmiddels grotendeels verdwenen. Maar de veronderstelling dat de vrouw of man die werkt, dat doet in een full-time dienstverband voor onbepaalde tijd, is nog steeds in de structuur van de sociale zekerheid verankerd. Dat betekent dat die sociale zekerheid niet of nog niet volledig en adequaat is ingericht op de vele vormen van flexibele arbeidsrelaties die de laatste tien jaar zijn ontstaan. Min-max contracten, nul urencontracten, op- en afroepcontracten, freelance overeenkomsten etc. roepen dus in de sociale zekerheid specifieke problemen op. Deze zullen hierna - althans in grote lijnen - aan de orde komen.

7.1.2 Leeswijzer

De hiervoor in het boek gekozen opzet, te weten bespreking van flexibele arbeidsrelaties per verschijningsvorm en of contractsvorm ervan, wordt in dit hoofdstuk in zoverre verlaten, dat het hier gaat om een bepaald thema, te weten de sociale zekerheid. De problemen die werkers in flexibele arbeidsrelaties hebben met de sociale zekerheid spitsen zich vooral toe op de vraag of zij in verband met het los/vaste karakter van hun arbeidsrelatie en de (soms) grote vrijheid van partijen, wel verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen, dat wil zeggen, of er wel sprake is van een dienstbetrekking als bedoeld in met name de artt. 3 t/m 5 van de desbetreffende wetten (zie daarover par. 1.1). Het tweede punt van aandacht vormt het gegeven dat het uitkeringsrecht een afspiegeling is van de omvang van het arbeidspatroon, hetgeen aanleiding geeft aandacht te besteden aan de dagloonbepaling (zie par. 1.2).

Hoewel de arbeidsrechtelijke aspecten van de flexibele arbeid in de andere hoofdstukken van het boek aan de orde komen, besteed ik wel - kort - aandacht aan de invloed, met name in verband met de sociale zekerheidsproblemen, van de Wet flexibiliteit en zekerheid. Vervolgens poog ik in par. 3 toch enigszins recht te doen aan de hoofdlijnen van dit boek, te weten de behandeling per flexibele arbeidsvorm: enkele verschijningsvormen van flexibele arbeid zullen tezamen met hun specifieke socialezekerheidsknelpunten in deze paragraaf aan bod komen.

7.2.1 Verzekerd voor de werknemersverzekeringen?

Het kernprobleem waarmee oproepcontractanten en overigens ook de freelancers worden geconfronteerd, is de vraag of men wel verzekerd is voor de sociale verzekeringswetten. Het verzekerd zijn is een basisvoorwaarde voor het realiseren van een recht op uitkering.

Hoewel dit hoofdstuk als gezegd in beginsel niet per flexibele arbeidsvorm is geschreven, is bij het navolgende wel in de eerste plaats gedacht aan de positie van de *oproepkracht*. Daarmee doel ik op de in hoofdstuk.... van dit boek omschreven oproeprelatie die zich in verschillende verschijningsvormen kan voordoen. Kern daarbij is - gezien ook met name vanuit de in deze paragraaf te behandelen problemen - dat de betrokkene alleen werk heeft indien hij of zij door zijn werkgever daartoe wordt opgeroepen, bijvoorbeeld in een tijd van drukte of ter vervanging; het patroon van werken kan dan per week of per maand variëren van nihil tot een redelijk vast patroon - maar ook in dat laatste geval kan zulks slechts achteraf geconstateerd worden (ook indien sprake is van een zekere werkgarantie, staat van tevoren niet vast hoe deze gerealiseerd zal worden). Vooraf vermeld ik, dat de CRvB op zichzelf geen specifieke uitsluitend voor flexibele arbeidsrelaties geldende criteria hanteert met betrekking tot de vraag of deze contractsvormen al dan niet onder de verzekering voor de werknemersverzekering vallen. Deze vraag wordt in beginsel ook ten aanzien van flexibele arbeidsrelaties beantwoord aan de hand van standaardcriteria, die hierna nog zullen worden besproken, en die op zichzelf evenzeer gelden voor alle andere soorten (full-time) contractsvormen. Wel is er veel jurisprudentie ontstaan met betrekking tot de toepassing van de zojuist bedoelde criteria op flexibele arbeidsrelaties, waarbij weer specifieke aandachtspunten en deelcriteria zijn ontwikkeld met betrekking tot het al dan niet verzekerd zijn, welke op hun beurt weer toepassing hebben gevonden bij allerlei andere contractsvormen buiten het terrein van de flexibele arbeidsrelaties.

Alvorens in par. 2.3 in te gaan op de zojuist bedoelde criteria, verdient het - uiteraard - aandacht dat naast de werknemersverzekeringen (ZW, WAO, WW en Ziekenfondswet⁴⁸⁴) in de sociale zekerheid ook volksverzekeringen en sociale voorzieningen van groot belang zijn. De volksverzekeringen (AOW, ANW, AKW en AWBZ) leveren echter voor de flexibele arbeidsrelaties geen bijzondere problemen op. Verzekerd is in de eerste plaats degene die ingezetene is, dat wil zeggen degene die in Nederland woont. Dit laatste wordt naar omstandigheden beoordeeld, waarbij, kort gezegd, het vooral gaat om de vraag of de kern van iemands persoonlijke en maatschappelijke belangen in Nederland ligt. Daarbij kan de vraag of (in Nederland) is gewerkt en zo ja, hoe lang, een rol spelen, maar de wijze waarop is gewerkt is zelden van groot belang. Voor de sociale voorzieningen geldt dat elk van deze wetten (o.a. ABW, WSW en IOAW) een eigen omschrijving kent van de kring van

484. De Ziektewet is inmiddels deels geprivatiseerd: de meeste werknemers ontlenuen hun aanspraken op loonderving tijdens ziekte aan art. 7:629 BW.

gerechtigden. De vraag of al dan in flexibele vorm is gewerkt, is daarbij zelden doorslaggevend.⁴⁸⁵

7.2.2 Verzekeringsplicht algemeen

Voor de vraag of iemand verzekerd is voor de ZW, WAO en WW⁴⁸⁶, zijn - voor wat het onderwerp van dit hoofdstuk betreft - vooral van belang de artt. 3 t/m 6 ZW - ik zal hierna van het systeem van de ZW uitgaan, de WAO en de WW bevatten, op enkele kleine details na, een soortgelijke structuur (overigens lopen de aanspraken ten aanzien van loondoorbetaling gedurende het eerste ziektejaar meestal via art. 7:629 BW).

Art. 3 bepaalt, nu art. 20 ZW vastlegt dat een werknemer verzekerd is, dat de werknemer de natuurlijke persoon is, jonger dan 65 jaar, die in publiekrechtelijke of privaatrechtelijke dienstbetrekking staat.⁴⁸⁷ Wat een dienstbetrekking precies is, bepalen de sociale verzekeringswetten zelf niet. Daartoe moet, naar algemeen wordt aangenomen en al jaar en dag in vaste jurisprudentie is vastgelegd, worden gekeken naar de criteria die gelden voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:610 BW. Hier is dus duidelijk sprake van een relatie met het civiele arbeidsrecht. De invulling echter van de criteria die hier worden bedoeld is in de werknemersverzekeringen niet voor 100 procent gelijk aan die welke gangbaar zijn in het arbeidsrecht, al is wel sprake van heel veel overeenkomsten. In dit verband is het relevant er op te wijzen dat, indien er een conflict ontstaat tussen de betrokkene en het uitvoeringsorgaan van de sociale zekerheid over het verzekerd zijn, de gebruikelijke beroepsprocedure kan worden gevolgd, dat wil zeggen bezwaar maken bij het bestuursorgaan, beroep bij de rechtbank, sector bestuursrecht, en hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep. Is sprake van een soortgelijk conflict in de arbeidsrechtelijke sfeer, dan komt men uiteindelijk uit bij de Hoge Raad, civiele kamer. Van een duidelijke officiële coördinatie tussen de rechtspraak van de hoogste rechter in de sociale zekerheid en die van de Hoge Raad is eigenlijk geen sprake.⁴⁸⁸ Hoewel, als gezegd, de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep toch wel met betrekking tot de criteria

485. Dit ligt deels anders voor de IOAW, omdat deze wet voor het overgrote deel slechts geldt in aansluiting op een eerdere uitkering, met name een (aanvullende) WW-uitkering; de Toeslagenwet verstrekt toeslagen bovenop een uitkering die iemand al heeft of zal krijgen.

3. De Ziektefondswet verwijst deels naar de verzekering volgens art. 3 van de ZW.

487. Ook in de sfeer van de ambtenaren speelt flexibele arbeid; de Wet overheidspersoneel onder de werknemersverzekeringen (OOW), Stb. 1996, 768 brengt ambtenaren stapsgewijs onder de werking van de werknemersverzekeringen.

488. Zie voor wat volksverzekeringen betreft o.a. art. 53 AOW.

van art. 7:610 BW in hoge mate gelijk is aan die van de Hoge Raad, bestaan er toch soms relevante nuanceverschillen.⁴⁸⁹

Zoals hierna zal blijken, is indien voldaan is aan alle criteria van de arbeidsovereenkomst, sprake van een verzekering krachtens de werknemersverzekeringen (art. 3 ZW, WAO en WW). Is echter om welke reden dan ook niet voldaan aan die criteria, dan is de situatie *niet* deze, dat de betrokkene niet verzekerd is. De ZW, WAO en WW kennen immers ook de situatie dat een arbeidsverhouding wordt gelijkgesteld met een dienstbetrekking. Deze arbeidsverhouding moet dan wel voldoen aan de omschrijvingen opgenomen in art. 4 ZW ofwel gebaseerd zijn op art. 5 ZW. Met name voor flexibele arbeidsrelaties is art. 5 en het daarop gebaseerde KB⁴⁹⁰ van groot belang, dit met name omdat er in art. 5 met een dienstbetrekking wordt gelijkgesteld de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijke arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet ingevolge de voorgaande artikelen als dienstbetrekking wordt beschouwd maar wiens arbeidsverhouding daarmee wel maatschappelijk kan worden gelijkgesteld. Zulks moet dan, zoals gezegd, wel geschieden met inachtneming van het op art. 5 ZW gebaseerde Koninklijke Besluit.

Kan de verzekering niet op art. 3 ZW, WAO en WW worden gebaseerd, dan is dus wel degelijk verzekering mogelijk op grond van de artt. 4 en 5 ZW, WAO en WW. Van groot belang daarbij is de volgorde van de toetsing aan de zojuist genoemde artikelen: eerst moet bezien worden of sprake is van een dienstbetrekking gegrond op art. 3 ZW, en eerst nadien is toetsing aan de artt. 4 en vervolgens 5 aan de orde.⁴⁹¹

Een en ander is met name voor flexibele arbeidsrelaties van groot belang, omdat art. 3 geen speciale minima qua tijdsduur en minimum beloning kent. Is eenmaal geconstateerd dat een arbeidsverhouding als een dienstbetrekking in de zin van art. 3 ZW is te kwalificeren, dan is de duur en de verschijningsvorm ervan niet van doorslaggevend belang: dat betekent dus dat het niet doorslaggevend is of bijvoorbeeld 38 of 40 uur per week wordt gewerkt, maar indien eenmaal van een dienstbetrekking gesproken kan worden, kan ook sprake zijn van werk op bijvoorbeeld enkele uren per week of zelfs enkele uren per maand. Evenmin geldt een ondergrens ten aanzien van datgene wat van de werkgever wordt ontvangen - bijvoorbeeld ook beloning ver beneden datgene wat vereist is krachtens de Wet minimumloon kan toch nog als loon in de zin van art. 3 gelden (al zal wel bij zeer irreële situaties een vraagteken worden geplaatst door de

6. Een belangrijk punt van geschil is wel dat de Hoge Raad en CRvB verschillend oordelen over de vraag of een directeur-grootaandeelhouder in dienstbetrekking staat.

7. KB van 24 december 1986, Stb. 1986, 655, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 2 februari 1997, Stb. 1997, 100.

8. Zie in deze zin CRvB 27 februari 1997, RSV 1997, 149.

rechter).⁴⁹² Krachtens art. 5 en het daarop gebaseerde KB daarentegen gelden juist wél bepaalde minima qua gewerkte tijdsduur en qua ontvangen beloning. Het zijn juist deze minima die voor de flexibele arbeidsrelaties die verzekerd zouden willen zijn ex art. 5 ZW, WAO en WW een speciale belemmering opleveren. Op de hier bedoelde minima en de interpretatie daarvan kom ik hierna nog terug (zie par. 2.6.).⁴⁹³

Het voorgaande betekent dus dat krachtens art. 5 wel, en krachtens art. 3 geen minima gelden qua tijdsduur of qua te ontvangen beloning, indien maar wordt gearbeid krachtens de criteria die aan art. 3 jo art. 7:610 zijn ontleend. Dan is sprake van een dienstbetrekking. We raken hier aan een van de aspecten waarin het sociaal zekerheidsrecht verschilt van het arbeidsrecht. Immers, is sprake van een dienstbetrekking, hoe gering qua tijdsduur ook (bijvoorbeeld enkele uren per maand) dan gelden op zichzelf alle regels die betrekking hebben op de ontslagbescherming. Datzelfde geldt ook wel voor het verzekerd zijn, maar daaraan is toch een andere consequentie verbonden, omdat het recht op uitkering dat de concretisering vormt van het verzekerd zijn, nu eenmaal gerelateerd is aan een bepaald percentage van het laatstverdiende loon (bij de Ziektewet 70 procent van het laatstverdiende loon - lees: het dagloon). Dat wil dus zeggen dat datgene wat (netto) wordt ontvangen, gerelateerd is aan de beloning per week of per maand waarbij, zoals nog zal blijken, de dagloonregelen nog weer voor een iets verdere verlaging van dat bedrag kunnen zorgen. Met andere woorden: de aan het verzekerd zijn van bepaalde marginale vormen van arbeid gekoppelde uitkeringslasten zijn dus eigenlijk niet zo groot (dat roept dan meteen ook de vraag op hoe het staat met het evenwicht tussen de uitkeringslasten en de met de premie-inning gemoeide lasten).

Hiervoor zagen we dat in de sociale zekerheid de mogelijkheid bestaat dat er geen dienstbetrekking is, maar dat de arbeidsrelatie toch leidt tot een verzekeringsplicht. Kort gezegd: geen dienstbetrekking, maar wel verzekering. Het omgekeerde is echter ook mogelijk, te weten dat er sprake is van een dienstbetrekking die doorloopt, maar dat gedurende die dienstbetrekking de verzekering komt te ontbreken. Kort gezegd: wel een dienstbetrekking, maar geen verzekering. Met name art. 6 ZW en WAO bevat een regeling op grond waarvan gedurende de looptijd van de dienstbetrekking de verzekering kan vervallen, indien geen arbeid wordt verricht en minder dan de helft van het normale loon wordt ontvangen. Op de in dit artikelonderdeel bedoelde situaties kom ik nog uitgebreid terug. Ik

9. Soms kent de wet wel een ondergrens, zie bijvoorbeeld art. 41 WW (een uitkering van minder dan 1/8 van het minimumloon per week wordt niet uitbetaald). Zie ook hierna § 1.2 over de daglonen.

493. Het verschil tussen verzekering o.g.v. art. 3 (het bestaan van de dienstbetrekking bedoeld in art. 7: 610 BW) en die o.g.v. art. 5 ZW/WAO/WW is ook van belang in verband met art. 29 lid 2 sub a ZW.

vermeld hier vervolgens slechts dat het een en ander voor de WW anders ligt. Krachtens art. 8 van die wet behoudt namelijk de werknemer die hoedanigheid na beëindiging van zijn dienstbetrekking (en dus ook gedurende de gehele dienstbetrekking) zolang hij of zij geen arbeid gaat verrichten ten aanzien waarvan hij niet als werknemer wordt beschouwd. Toch ontstaan er, met name voor flexibele arbeidsrelaties, ook krachtens de WW wel problemen indien geen arbeid wordt verricht, omdat krachtens die wet men, kort gezegd, in de 39 weken direct voorafgaande aan het ontstaan van de eerste werkloosheidsdag in 26 weken arbeid als werknemer moet hebben verricht (terwijl tevens moet zijn voldaan aan de zogenaamde 4 uit 5-eis).

7.2.3 De criteria voor de verzekeringsplicht / art. 3 ZW/WAO/WW

Krachtens art. 3 ZW/WAO/WW bestaan drie standaardcriteria voor het aannemen van een dienstbetrekking, te weten:

- het bestaan van een gezagsverhouding;
- het vereiste dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht;
- loonbetaling van de zijde van de werkgever.

Het vereiste dat een zekere tijdsduur moet zijn gewerkt, speelt in de rechtspraak van de CRvB in feite geen of wellicht slechts een zeer geringe rol.⁴⁹⁴

Een gezagsverhouding moet aanwezig zijn hetgeen betekent dat de werkgever direct of indirect aanwijzingen kan en mag geven. Niet nodig is dat die aanwijzingsbevoegdheid dagelijks of zelfs maar af en toe wordt gehanteerd. De (reële) mogelijkheid tot het geven van instructies is voldoende, dat wil zeggen, de mogelijkheid als zodanig kan al de gezagsverhouding scheppen. Niet vereist is dat de instructies steeds de essentie van de arbeid betreffen of kunnen betreffen: ook een arts kan in dienst zijn van een ziekenhuis, ook al zal de directie van dat ziekenhuis geen aanwijzingen geven met betrekking tot de vraag hoe hij moet opereren of hoe hij een diagnose moet stellen. Soms wordt door de rechter uit de aard van de arbeid afgeleid - zo de instructiebevoegdheid door de werkgever wordt ontkend - dat het niet goed denkbaar is dat de desbetreffende arbeid wordt verricht zonder dat van enig toezicht sprake is.

Het element persoonlijk arbeid verrichten betekent in de eerste plaats dat de werkgever de betrokkene om zijn of haar persoonlijke kwaliteit heeft aangenomen - het is dan ook de bedoeling dat de betrokkene de arbeid zelf verricht. Vervanging zonder toestemming van de werkgever en ook vervanging door een willekeurige derde, staat met een dergelijke

494. Zie o.a. CRvB 27 maart 1984, RSV 1984., XXX

arbeidsverrichting op gespannen voet. Zo ook indien sprake zou zijn van een volledige vrijheid om de eigen werktijden te bepalen; daarmee bedoel ik dat niet alleen dat de betrokkene vrij is om te komen wanneer hij wil, maar ook vrij is met betrekking tot het bepalen van het tijdstip van vertrek. Op de voor flexibele arbeidsrelaties zeer belangrijke casuïstiek van dit deelaspect van de dienstbetrekking kom ik nog terug.

Het element loonbetaling is, zo de vraag aan de orde is of al dan niet sprake is van een verzekering krachtens de werknemersverzekering, doorgaans het meest eenvoudig te toetsen: daaronder valt namelijk elke vorm van contraprestatie voor het verrichten van arbeid (stukloon, provisie, uurloon etc.). Is aan al deze drie vereisten voldaan, dan kan een verzekering op grond van art. 3 ZW/WAO/WW worden aangenomen.

De tegenhanger van de 'echte' werknemer is de zelfstandige. Deze werkt in een arbeidsrelatie waarin de aspecten 'gezag' en persoonlijke arbeidsverrichting ontbreken. Soms echter is de grens moeilijk te trekken omdat de opdrachtgever van de zelfstandige ook bepaalde wensen ten aanzien van het uit te voeren werk heeft hetgeen leidt tot aanwijzingen (vooraf). Het onderscheid met de 'werknemer' die veel vrijheid geniet en slechts af en toe aanwijzingen ontvangt is een enkele keer moeilijk zichtbaar vergeleken met sommige vormen van zelfstandigheid. Voor flexibele arbeidsrelaties is een en ander met name relevant omdat de zelfstandige uitoefening van bedrijf of beroep in art. 4 ZW en art. 8 van het al genoemde KB ex art. 5 ZW uitdrukkelijk wordt uitgezonderd. Zelfstandigheid betekent in de jurisprudentie van de CRvB vooral het lopen van een reëel ondernemersrisico. Dat wil zeggen, het doen van investeringen die moeten worden terugverdiend. Het werken met eigen gereedschap, eigen materiaal en/of met eigen personeel en/of voor verschillende opdrachtgevers kan voor een en ander een indicatie zijn.⁴⁹⁵ Bij twijfel pleegt de CRvB de lijn aan te houden dat slechts van zelfstandigheid sprake is, indien de omstandigheden daarop overtuigend en duidelijk wijzen.

7.2.4 De toepassing van deze criteria op flexibele arbeidsrelaties

Een in arbeidsrechtelijke literatuur - zie ook hiervoor hoofdstuk ... - veel gehanteerd onderscheid kan ook nuttige diensten bewijzen bij het vraagstuk van de verzekeringsplicht van oproepcontracten e.d. Het oproepcontract kan zich immers voordoen in de vorm van een voorovereenkomst, dan wel in de vorm van de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht, hierna arbeidsovereenkomst mup.

⁴⁹⁵ Zie uitspraken gepubliceerd in RSV 1995, 183 en 184.

In het eerste geval (zie ook hiervoor hoofdstuk 3.2.1.) is sprake van een afspraak (een mondeling of schriftelijk contract) waarbij de oproepkracht zich beschikbaar houdt voor een oproep van de zijde van de werkgever; hoe vaak die oproep zal plaatsvinden, hoe vaak de werkgever behoefte zal hebben aan de desbetreffende oproepkracht, staat meestal niet vast. Een verplichting om te komen op de oproep is meestal niet aanwezig (soms bestaat wel de verplichting om indien opgeroepen wel de opdracht of dienst wel af te maken. Dat wil dus zeggen het weigeren om te komen of het ruilen met een ander ten aanzien van de oproep is toegestaan). De verplichting om te verschijnen op de oproep is bij de arbeidsovereenkomst mup juist datgene wat deze tweede contractsvorm onderscheidt van de eerstgenoemde: er is sprake van een - doorlopende - arbeidsovereenkomst die zich echter onderscheidt van de 'normale' (full-time) variant dat de prestatieplicht aan de kant van de beide partijen als het ware is uitgesteld (de werkgever zal de oproepkracht oproepen zo hem dit uitkomt, de oproepkracht heeft slechts na oproep een verplichting om te komen werken). Denkbaar, en ook veel voorkomend, is de variant op deze arbeidsovereenkomst mup waarbij ook in zekere mate verplichtingen bestaan aan de zijde van de werkgever, bijvoorbeeld indien is afgesproken dat de oproepkracht gedurende een minimum aantal dagen of een minimum aantal uren zal worden opgeroepen door de werkgever; eerstbedoelde arbeidsovereenkomst mup wordt ook wel aangeduid als de overeenkomst zonder werkgarantie maar met verschijningsplicht, de tweede variant als arbeidsovereenkomst mup met werkgarantie en met verschijningsplicht.⁴⁹⁶ Of het hier bedoelde onderscheid tussen de twee varianten van de arbeidsovereenkomst mup ook voor de werknemersverzekeringen een even groot belang heeft als in het arbeidsrecht, is mijns inziens overigens nog wel dubieus.⁴⁹⁷ Het onderscheid echter tussen de oproeprelatie in de vorm van voorovereenkomst dan wel in de vorm van arbeidsovereenkomst mup is, zij het slechts sporadisch, wel uitdrukkelijk in de jurisprudentie van de CRvB terug te vinden. Hoewel dit meestal niet erg expliciet gebeurt, acht de CRvB in de meeste voorgelegde casusposities een overeenkomst in de vorm van een voorovereenkomst aanwezig.

Het kernverschil tussen de situatie waarin sprake is van een voorovereenkomst dan wel de situatie waarin sprake is van een overeenkomst mup, is dus kort gezegd deze dat bij de voorovereenkomst

496. De verschillende vormen die hier zijn bedoeld zijn o.m. terug te vinden in het beleid van een van de toenmalige uitvoeringsorganen dat op haar beurt weer is terug te vinden in de uitspraak van de CRvB van 17 juli 1995, *RSV* 1996, 71.

497. Immers, zoals hierna zal blijken, wordt tijdens de werkperiodes heel vaak verzekeringsplicht aangenomen maar in de periodes tussen 2 oproepen -in beide gevallen- niet.

voordat de betrokkene is opgeroepen c.q. tussen twee oproepen er slechts een 'zwakke' juridische relatie aanwezig is tussen de oproepcontractant en degene die hem of haar heeft ingehuurd, waarbij wellicht op grond van het algemene verbintenissen- en contractenrecht wel verplichtingen aanwezig zijn tussen de oproepkracht en degene met wie hij of zij heeft gecontracteerd. Daarentegen is bij de arbeidsovereenkomst mup sprake van een doorlopende arbeidsovereenkomst. Het belang van dit onderscheid moet echter voor de sociale zekerheid met betrekking tot de verzekeringsplicht wel weer worden gerelativeerd. De sociale zekerheid kent immers, als aangegeven, althans in de ZW en de WAO, ook de situatie dat er wel een dienstbetrekking bestaat maar gedurende de looptijd van de dienstbetrekking de verzekering op grond van art. 6 lid 2 ZW/WAO in bepaalde situaties komt te vervallen. Het tweede lid van art. 6 ZW/WAO bepaalt immers dat geen verzekering aanwezig is over dagen dat in feite geen arbeid wordt verricht en geen beloning dan wel een beloning dan minder dan de helft van het normale loon wordt ontvangen. Bij de arbeidsovereenkomst mup zal de situatie zich tussen twee oproepen heel vaak voordoen - op de vraag of de 'beloning' bij een arbeidsovereenkomst mup met een minimale werkgarantie van de werkgever als het ware kan worden gespreid over de gewerkte en de niet gewerkte dagen en/of uren kom ik hierna nog terug.

Het is dus zaak ten aanzien van beide contractsvormen (voorovereenkomst en overeenkomst mup) een verschil te maken tussen de periodes waarin wordt gewerkt en de tussen de oproepen gelegen periodes en vervolgens voor wat betreft de eerste situatie een verschil te maken tussen eventueel verzekering op grond van art. 3 en die op grond van art. 5.

7.2.5 De voorovereenkomst en de arbeidsovereenkomst mup / verzekeringsplicht tijdens de gewerkte periodes op grond van art. 3

Het zijn niet de criteria gezagsverhouding en loonbetaling die bij de voorovereenkomst tot problemen met betrekking tot de verzekeringsplicht aanleiding geven, maar het criterium persoonlijke arbeidsverrichting; doorgaans is er ook ten aanzien van oproepkrachten sprake van de situatie dat zij hetzelfde werk verrichten als 'gewone werknemers' van het bedrijf in kwestie, zij het op los/vaste basis, zodat zij in feite onder dezelfde gezagsverhouding staan als de desbetreffende gewone werknemers, terwijl er tevens uiteraard per uur of per dag loon wordt betaald. De aan de oproeprelatie inherente vrijheid daarentegen is het kernprobleem: kan hier nog wel van een persoonlijke arbeidsverrichting als bedoeld in art. 3 ZW/WAO/WW worden gesproken? Van groot belang hierbij is dat in veel gevallen wel de vrijheid bestaat om niet te komen indien men wordt

opgeroepen, maar niet de vrijheid bestaat om tijdens de periode waarvoor de oproep geldt (tijdens de opdracht, c.q. tijdens de dienst) naar believen ook weer weg te gaan. Dat wil zeggen, geeft men eenmaal aan de oproep gehoor, dan moet men gedurende de tijd waarvoor men is opgeroepen ook het werk dat moet worden verricht afmaken en is men niet vrij om als het ware tussentijds te vertrekken; de aard van het werk en de omstandigheden waaronder arbeid wordt verricht, zullen dat ook heel vaak in het geheel niet toelaten (en juist de feitelijke situatie is meestal voor de rechter beslissend). Dat wil dus zeggen dat indien er wel sprake is van een vrijheid om te komen maar niet van een vrijheid om te gaan - zelfs indien dit laatste wel op papier staat maar door de feitelijke situatie wordt weersproken - er sprake zou kunnen zijn van verzekering ex art. 3. Dit laatste is vooral van belang in combinatie met het andere gegeven dat met name vanaf de jaren tachtig veel voor verzekeringsplicht ex art. 3 heeft gezorgd, te weten dat de oproepkracht bij weigering wel vervangen kan worden door een ander, maar dat die vervanging vervolgens uitsluitend geschiedt uit een door de werkgever van tevoren samengestelde pool of samengesteld bestand van oproepkrachten. De desbetreffende oproepkrachten staan dus op een van tevoren door de werkgever samengestelde lijst in die zin dat vervanging alleen maar door iemand anders die op die lijst staat kan geschieden. Blijkens de jurisprudentie gaat het er daarbij niet zozeer om of de werkgever vervolgens een ander uit de lijst kiest of dat onderling ruilen binnen de vastgestelde pool of binnen de vastgestelde lijst mogelijk is. Illustratief is in dit verband de door de CRvB in 1984 berechte situatie van de weekendhulpen in een bejaardentehuis.⁴⁹⁸ In deze uitspraak nam de CRvB verzekeringsplicht o.g.v. art. 3 aan ondanks het feit dat de weekendhulpen zich mochten laten vervangen -binnen de groep die op een bepaalde lijst stond- maar daarbij werd wel aangenomen dat het welhaast ondenkbaar was dat iemand zijn of haar dienst zomaar weg kon gaan. Tevens was sprake van (minimale) aanwijzingen.

Het voorgaande betekent dus dat de rechter in de zojuist bedoelde situatie heeft aangenomen dat steeds wanneer de oproepkracht in feite aan het werk ging, er een overeenkomst voor bepaalde tijd ontstond die van rechtswege afliep op het moment dat de oproepkracht ophield met werken. Die overeenkomst voor bepaalde tijd leidt dan in de hiervoor geschetste omstandigheden tot het aannemen van verzekeringsplicht. Een belangrijke kanttekening bij een en ander is natuurlijk wel dat de rechter heel feitelijk pleegt te beslissen. De feitelijke omstandigheden van het geval kunnen net de doorslag naar het al dan niet aannemen van verzekeringsplicht geven.

498. CRvB 31 januari 1984, RSV 1984, 156.

Met deze slag om de arm kan heel globaal worden gezegd dat verzekeringsplicht ex art. 3 kan bestaan ten aanzien van degene voor wie geldt dat:

- vervanging niet willekeurig geschiedt maar uit een vast bestand van werknemers;⁴⁹⁹
- de desbetreffende vrijheid beperkt is tot het niet hoeven komen op de oproep maar dat er indien eenmaal aan de oproep gevolg wordt gegeven, de desbetreffende dienst of opdracht geheel moet worden afgemaakt. Veelal spelen nog wel andere omstandigheden een ondersteunende rol ten behoeve van het aannemen van verzekeringsplicht, te weten dat
- het werk dat wordt verricht een essentieel of wezenlijk onderdeel is van de bedrijfsvoering en/of
- het werk qua aard en/of omstandigheden waaronder het wordt verricht, niet wezenlijk afwijkt van het werk dat door andere werknemers in het bedrijf (full-time) wordt verricht ten aanzien van welke werknemers zonder meer vaststaat dat van verzekeringsplicht sprake is.⁵⁰⁰

Soms treft men in de overwegingen van de CRvB (tevens) de gedachte aan dat er weliswaar van een los/vaste arbeidsrelatie sprake is, maar dat toch tevens sprake is van een hecht samenstel van afspraken⁵⁰¹ of dat de desbetreffende werkzaamheden 'structureel zijn ingekaderd in de bedrijfsvoering'.⁵⁰² Bij het voorgaande moet nog wel worden aangetekend - omdat de beoordeling nu eenmaal uiterst feitelijk is - dat zich ook nog de situatie kan voordoen dat zich een vast arbeidspatroon heeft ontwikkeld in de zin dat in feite steeds op 8 uur per dag of 35/36 uur per week wordt gewerkt en dat alleen al op grond daarvan wordt aangenomen dat sprake is van een gewone verzekeringsplicht op grond van art. 3 ZW.⁵⁰³

Let wel: het grootste deel van de uitspraken waarin oproepkrachten aan de orde zijn, gaat niet over de vraag of zij verzekerd zijn maar primair over een andere vraag, te weten of de desbetreffende werkgever voor hen premieplichtig is. Anders gezegd, over de consequenties van het verzekerd zijn reppen de uitspraken derhalve niet. Op dit punt past wel enige voorzichtigheid, nog daargelaten dat de meeste oproepkrachten, zoals we hierna nog zullen zien, tussen de twee oproepen in niet verzekerd zijn. Immers, de uitkering die de oproepkrachten zouden kunnen claimen indien

16. Men zou ook kunnen zeggen dat juist het werkgeversgezag, dat wil zeggen het element gezagsverhouding tot uiting komt in het gegeven dat de werkgever de lijst op stelt waarop de personen voorkomen die tot het vaste bestand van oproepkrachten behoren; juist in deze selectie komt het werkgeversgezag tot uiting.

500. De gedachte hierachter is dat weliswaar vrijheden bestaan maar dat als het soort werk van de werknemer ten aanzien van wie de verzekeringsplicht betwist wordt, hetzelfde is als ten aanzien van de werknemers voor wie die verzekeringsplicht vast staat, de desbetreffende vrijheden toch ook in een ander licht komen te staan.

501. CRvB 30 januari 1989, RSV 1989, 216.

502. Zie CRvB 6 april 1994, RSV 1994, 258.

503. Zie CRvB 17 juli 1995, RSV 1996, 71.

wordt aangenomen dat zij verzekerd zijn, bedraagt, zoals voor elke andere werknemer, een percentage - 70 procent of lager - van het dagloon.⁵⁰⁴ De desbetreffende dagloonregelen staat doorgaans toe dat het loon gemiddeld wordt over een bepaalde periode voorafgaande aan de eerste werkloosheids- of eerste ziekte dag (de zogenaamde referteperiode).⁵⁰⁵ Wat uiteindelijk in concreto per dag (zeker netto) aan uitkering wordt ontvangen is heel vaak slechts marginaal te noemen.⁵⁰⁶

Het voorgaande betekent natuurlijk niet dat alle oproepkrachten c.q. alle flexibele arbeidskrachten verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen. Als gezegd, veel hangt af van de feitelijke situatie. Wanneer bestaat er aanleiding om te twijfelen aan het aannemen van de verzekeringsplicht? In elk geval indien:

- er sprake is van een - reële - vrijheid om tijdens de dienst al te vertrekken, waarvan ook feitelijk gebruik wordt gemaakt of gebruik kan worden gemaakt;

- er sprake is van zeer incidenteel werk (bijvoorbeeld op enkele dagen per jaar) en het om zeer eenvoudig werk gaat, waarbij slechts een instructie vooraf voldoende is en instructie tussendoor overbodig moet worden geacht⁵⁰⁷

- er sprake is van een - reële - vrijheid met het gaan en komen en het werk juist niet structureel is ingekaderd in de bedrijfsvoering⁵⁰⁸

- er sprake is van bepaalde vrijheden gecombineerd met het marginale of incidentele karakter van de arbeid en er sprake is van werk voor een ideële (non-profit) organisatie. Het is niet helemaal zeker of deze kwalificaties cumulatief zijn.

Ten aanzien van laatstbedoelde categorie die zeer recent in de jurisprudentie is ontwikkeld, is een slag om de arm wel op zijn plaats. Het is geheel niet zeker dat het enkele werken voor een non-profit organisatie het ontbreken van verzekeringsplicht met zich mee brengt; nodig is mijns inziens in elk geval dat naast het non-profit karakter van de instelling ook

504. Zie over het dagloon en de dagloonregelen ook hierna.

505. Niet gewerkte dagen hebben dus een drukkende invloed op de hoogte van het dagloon. Voor de WW speelt tevens dat daarbij de uitkering plaatsvindt over een aantal arbeidsuren en bij wisselende arbeidspatronen het gemiddelde aantal arbeidsuren wordt genomen over een bepaalde referteperiode, zie par. 4.1.

506. Een en ander kan de vraag oproepen of er bij zeer marginale arbeidsverhoudingen geen wanverhouding gaat bestaan tussen de administratieve verplichtingen voor de werkgever annex de premiebetaling en de verzekeringsplicht. De CRvB heeft daaraan speciale aandacht besteed in een uitspraak uit april 1992, RSV 1993, 87.

507. Zie o.a. CRvB 15 december 1993, RSV 1994, 169 en CRvB 22 augustus 1983, RSV 1983, 232.

508. Zie o.a. CRvB 6 april 1994, RSV 1994, 258.

sprake moet zijn van bepaalde vrijheden en van een los/vaste arbeidsrelatie of althans van een zeer incidentele arbeidsverrichting.⁵⁰⁹

Ten aanzien van de arbeidsovereenkomst mup geldt hetgeen hiervoor is gezegd over het al dan niet verzekerd zijn des te sterker omdat de essentie van deze variant op de oproeprelatie is dat er een verschijningsplicht bestaat. Noodzakelijk is dan natuurlijk wel dat de rechter de arbeidsrelatie inderdaad als arbeidsovereenkomst mup aanmerkt, hetgeen lang niet altijd het geval is. De verschijningsplicht die naar algemeen wordt aangenomen de essentie van deze contractsvorm is, leidt nu juist tot het verzekerd zijn indien tenminste aan de overige criteria is voldaan. Het probleem ligt hier, afgezien van de dagloonbepaling, eerder in de juridische duiding van de tussen de oproepen gelegen periodes.

7.2.6 Verzekeringsplicht ex art. 5 ZW / voorovereenkomst en arbeidsovereenkomst mup

Is aan een van de criteria van art. 3 ZW niet voldaan, dan is dus ook geen sprake van een verzekeringsplicht ex art. 3. Dan kan er wel een verzekering zijn op grond van de artt. 4 en 5 ZW, omdat die artikelen nu juist zijn bedoeld om gelijkstelling te laten plaatsvinden met de echte dienstbetrekking ook in situaties dat bijvoorbeeld de gezagsverhouding of de persoonlijke arbeidsverrichting ontbreekt; de gedachte daarachter is dat de desbetreffende personen vaak volledig economisch afhankelijk zijn van hun arbeid en de daarvoor bedoelde beloning en dat in die beloning geen reservering is opgenomen voor calamiteiten als ziekte en werkloosheid.⁵¹⁰ Ten aanzien van zowel de voorovereenkomst als de overeenkomst mup geldt, dat in de eerste plaats gekeken moet worden naar de omschrijvingen in art. 4. Doorgaans zullen deze niet van toepassing zijn. Veeleer zal men vervolgens dan juist moeten kijken naar de vraag of verzekeringsplicht mogelijk is ex art. 5. Een punt dat al direct voor verwarring zorgt, is het woord 'persoonlijk' in art. 5 ZW/WAO/WW. Hiermee wordt krachtens jurisprudentie niet bedoeld dat voldaan moet zijn aan het persoonlijk arbeid verrichten zoals dat bedoeld is als element van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW; bedoeld is dat de desbetreffende arbeidskracht de arbeidsrelatie zelf moet zijn aangegaan. Ook al is er sprake van grote

509. Zie CRvB 18 maart 1996, RSV 1996, 228 (non-profitinstellingen) en CRvB 22 juli 1996, RSV 1997, 84 (werkzaamheden aan volksuniversiteit), alsmede CRvB 20 maart 1997, RSV 1997, 150 (sportleiders). Van belang hierbij is dat desbetreffende instellingen in feite alleen faciliteiten beschikbaar stelden en dat van een reële gezagsuitoefening geen sprake was. Zie voor specifieke problematiek van docenten in verschillende soorten werkvormen: CRvB 22 april 1998, RSV 1999, 224.

vrijheid, bijvoorbeeld vrijheid om te komen en te gaan en bijvoorbeeld een vrijheid om zich zonder toestemming van de werkgever te laten vervangen, dan nog kan er verzekering mogelijk zijn op grond van art. 5 sub d ZW/WAO/WW: verzekerd is dan degene die de arbeidsrelatie is aangegaan en niet degene die bijvoorbeeld als vervanger af en toe naar het werk wordt gestuurd.⁵¹¹

De omschrijving van art. 5 sub d is zodanig ruim, dat in feite vrijwel alle soorten los/vaste arbeidsrelaties daaronder zouden kunnen vallen. De wet- en besluitgever heeft (dan ook) beperkingen aangebracht die te vinden zijn in het KB van 24 december 1986.⁵¹² Daarbij gaat het dan vooral om de eis:

- dat doorgaans op tenminste twee dagen per week arbeid wordt verricht;
- dat de arbeidsverhouding voor een aaneengesloten periode van tenminste 30 dagen is aangegaan en
- dat het bruto inkomen doorgaans tenminste 40 procent van het minimumloon als bedoeld in art. 8 onder b van de Wet minimumloon bedraagt.

Men dient zich te realiseren dat de zojuist bedoelde vereisten qua minimumtijdsduur en qua minimumbeloning voor veel flexibele arbeidsrelaties problemen kunnen opleveren.⁵¹³ Vinden de oproepen immers niet elke week plaats - de beoordeling is immers per week - maar wel met een zekere regelmaat, dan nog is al snel de situatie aanwezig dat niet op twee dagen per week (gedeelten van dagen tellen ook als dagen) wordt gewerkt of dat niet aan de vereisten van het loon (40 procent van het minimumloon) wordt voldaan. Of doorgaans aan de zojuist bedoelde vereisten zal zijn voldaan, moet volgens de jurisprudentie⁵¹⁴ door de werkgever zo goed mogelijk van tevoren voor het starten van het werk worden getaxeed. Daarbij zal de intentie van de gemaakte afspraak of de afspraak zelf een rol spelen. Is bijvoorbeeld afgesproken dat de oproep naar behoefte van de werkgever zal plaatsvinden, terwijl de aard van de afspraak inhoudt dat een en ander ook echt geheel open ligt, dan zal van een intentie om echt elke week arbeid te laten verrichten door de betrokkene meestal geen sprake zijn. Wel houdt de genoemde jurisprudentie in dat, als enige afspraak onduidelijk is of in het geheel geen afspraak is gemaakt,

510. Het aspect van de maatschappelijke gelijkstelling, genoemd in art. 5 sub d speelt in de rechtspraak niet of nauwelijks een zelfstandige rol, zie o.a. CRvB 3 november 1975, RSV 1976, 108

511. Zie RSV 1976, 108.

512. Stb. 1986, 655.

513. Zie over het 2/5 criterium ook Rb. Groningen 29 augustus 1994, PS 1994, p. 694, welke uitspraak later is vernietigd door de CRvB, zie RSV 1997, 235. Zie over deze problematiek ook C.J. Smitskam en I.Y. PISO: Alle rariteiten verplicht verzekerd? SR 1995, p. 81 e.v.

514. Zie CRvB 18 maart 1991, AB 1991, 509.

aangenomen wordt dat aan de bedoelde criteria is voldaan; anders gezegd: op de werkgever op wie de premieplicht berust c.q. op het uitvoeringsorgaan dat verzekeringsplicht wil ontkennen, rust de bewijslast voor de stelling dat aan de zojuist bedoelde eisen niet is voldaan.

Als het vereiste van 2 dagen per week dan wel 2/5 van het minimumloon geen knelpunt oplevert, dan nog is er altijd nog het vereiste dat de arbeidsverhouding is aangegaan voor tenminste 30 dagen (dat wil zeggen tenminste 23 werkdagen). Een en ander kan een reële belemmering opleveren, immers dat aaneengesloten arbeid is bedoeld, staat minstens op gespannen voet met de afspraken bij veel flexibele arbeidsrelaties. Ook hier geldt dus dat de afspraak, schriftelijk of mondeling, centraal staat (vaak is wel afgesproken of bedoeld dat regelmatig arbeid zal worden verricht, maar het is lang niet altijd zeker dat de bedoeling zich ook richt op een aaneengesloten periode van 30 dagen). Hoewel doorgaans datgene wat partijen op papier hebben gezegd juist bij de verzekeringsplicht niet beslissend is teneinde ontduiking van de verzekeringsplicht te voorkomen, zal hier toch op een of andere wijze de partijafpraak wel degelijk een (grote) rol kunnen spelen.

Wel past de kanttekening - die overigens ook geldt voor de minima qua tijdsduur en beloning - dat indien de feitelijke arbeidsverrichting een vast arbeidspatroon laat zien, en de rechter de feitelijke situatie laat prevaleren boven de gemaakte afspraak, er - als overigens aan alle vereisten is voldaan - verzekeringsplicht aanwezig kan zijn.

Het voorgaande houdt in dat art. 5 ZW/WAO/WW soms wel, maar lang niet altijd soelaas biedt voor flexibele arbeidsrelaties. Een en ander onderstreept het belang van de ontwikkeling van ongeveer de laatste 20 jaar in de jurisprudentie om meer nadruk te leggen op verzekeringsplicht ex art. 3 dan op die ex art. 5 ZW/WAO/WW.

7.2.7 Verzekeringsplicht gedurende de tussen twee oproepen liggende periodes/de voorovereenkomst

De toepassing van art. 6 lid 2 ZW en WAO kan meebrengen, dat tijdens de duur van de dienstbetrekking toch tot het einde van de verzekering moet worden geconcludeerd). De achtergrond van art. 6 lid 2, welk artikel niet specifiek voor flexibele arbeidsrelaties in de wet is opgenomen, is het tegengaan van oneigenlijk gebruik van de arbeidsovereenkomst. Werkgever en werknemer zouden immers, nadat enige periode 'normaal' is gewerkt en partijen uit elkaar willen, kunnen overeenkomen dat de feitelijke arbeidsverrichting en de loonbetaling wordt beëindigd, maar het dienstverband pro forma blijft doorlopen ten behoeve van de verzekering.

Nu veronderstelt art. 6 lid 2 de aanwezigheid van een dienstbetrekking. Dat levert voor met name de oproeprelatie die is vormgegeven in een voorovereenkomst een specifiek probleem op. Het wezen van die relatie houdt in dat er tussen twee oproepen geen dienstbetrekking maar slechts een contractuele relatie aanwezig is. Met andere woorden: het gaat voor het geval aan de oproep gevolg wordt gegeven, om een overeenkomst voor *bepaalde tijd* die telkens weer na afloop van de bepaalde tijd direct van rechtswege afloopt.⁵¹⁵ In verband met het wezen van de voorovereenkomst is in de tussenliggende periodes (tussen twee oproepen) geen dienstbetrekking en dus ook geen verzekering aanwezig, zodat aan art. 6 lid 2 in het geheel niet wordt toegekomen.⁵¹⁶ Ziekmelding in die periode leidt dan ook mijns inziens niet tot het verkrijgen van een recht op uitkering. Wel kan soms recht worden ontleend aan de nawerkingsartikelen - zie art. 46 ZW en 17 WAO. Krachtens deze artikelen kan indien binnen acht dagen resp. na 1 maand na de afloop van de verzekering een ziekmelding plaatsvindt, onder bepaalde voorwaarden een recht op uitkering ontstaan.

Op het zojuist genoemde punt bestaat naar mijn indruk wel enige verwarring. Deze wordt onder andere veroorzaakt door de situatie dat een flexibele arbeidskracht zich ziek voelt in de periode tussen twee oproepen (omdat hij op dat moment slechts een zwakke juridische relatie met zijn werkgever heeft, zal hij dit doorgaans niet spontaan melden en eerst pas op een moment dat de werkgever hem benadert met de vraag op een bepaald moment op een bepaalde dag te komen werken). Gesteld nu dat deze situatie zich voordoet en een flexibele arbeidskracht op 15 januari ziek is en op die dag door de werkgever wordt benaderd met de vraag of hij of zij op 20 januari wil komen werken; doorgaans zal hij of zij dan melden ziek te zijn en dat die situatie wellicht op de 20ste nog hetzelfde zal zijn. Het is aantrekkelijk deze situatie te vergelijken met de situatie van de werknemer die een normale arbeidsrelatie heeft op basis van een arbeidsovereenkomst en op de eerste werkdag ziek wordt; op zich kan er dan een recht op ziekgeld bestaan (de ZW noch de WAO kennen referte-eisen vergelijkbaar met die in de WW); wel is het mogelijk dat de werknemer dan geconfronteerd wordt met de weigeringsbevoegdheid van het uitvoeringsorgaan op grond van art. 44 lid 1 aanhef en sub a resp. sub b ZW (het aanwezig zijn van ziekte op de eerste dag van de verzekering dan wel het aannemelijk zijn dat deze binnen een half jaar nadien zal intreden). Toch is deze vergelijking hier niet toepasbaar omdat er kleine, subtiele, maar relevante verschillen bestaan tussen deze situatie en de zojuist genoemde

515. Daargelaten de werking per 1 januari 1999 van art. 7:667 lid 4 en art. 7:668 BW. Zie hiervoor verder hoofdstuk XXX

516. Zie in deze zin RSV 1988, 208.

oproepkracht. De CRvB heeft namelijk⁵¹⁷ de zojuist bedoelde gedachte, te weten dat deze situatie vergelijkbaar is met ziekmelding op de eerste werkdag, verworpen.⁵¹⁸ Uit deze uitspraken valt af te leiden dat de rechter aanneemt dat in het zojuist bedoelde voorbeeld op 15 januari geen afspraak tot stand is gekomen om op 20 januari te komen werken in verband met de mededeling van de werknemer dat hij of zij nog ziek is.⁵¹⁹ Het bizarre van deze gedachte van de rechter is, dat indien de werknemer op zich zou zeggen dat hij bereid is om op 20 januari te komen - bijvoorbeeld omdat hij hoopt tegen die tijd beter te zijn en indien dit laatste niet zo is, zich eerst op 20 januari na aanvang van de arbeid zou ziekmelden - er wellicht wel een recht op ziekgeld zou.

Het is overigens niet uitgesloten dat, indien in de eerste plaats er sprake is van een vast arbeidspatroon en er tevens sprake is van een situatie waarin de weigering om aan de oproep gevolg te geven in feite niet mogelijk is, de rechter een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht aanneemt (zie hierna). Mogelijk is dat de rechter een arbeidsovereenkomst aanneemt. Nodig is dan wel dat de rechter de feitelijke situatie van het vaste arbeidspatroon laat prevaleren boven hetgeen wellicht op papier is gezet; wellicht is ook noodzakelijk dat dat arbeidspatroon minimaal al enige tijd bestond. Een fraai voorbeeld is te vinden in de uitspraak van de CRvB⁵²⁰,; daar kwam de betrokkene zo regelmatig elke week op een dagdeel dat hij op den duur niet eens meer werd opgeroepen omdat hij toch wel elke week op dat dagdeel verscheen zodat de werkgever op hem kon rekenen (juridisch was er geen verschijningsplicht). Een dergelijke zeer regelmatige feitelijk optredende verschijning komt al heel dicht bij de situatie van een vaste part-timer.⁵²¹

7.2.8 De verzekeringsplicht in de tussenliggende periode / de arbeidsovereenkomst mup

Het kenmerk van de arbeidsovereenkomst mup is als gezegd het doorlopen van de arbeidsovereenkomst met name ook in de periode tussen twee oproepen, in welke periode echter nu juist geen arbeid wordt verricht. In die situatie zou dus art. 6 lid 2 ZW en WAO van toepassing kunnen worden. Te onderscheiden valt:

517. In RSV 1988, 208 en 1998, 220.

518. D.w.z. ware het een overeenkomst mup dan stuit het recht op ziekgeld toch af op art. 6, lid 2 sub e althans volgens de CRvB, RSV 1988/220.

519. Voor de overeenkomst mup: zie de vorige noot en hierna.

520. Gepubliceerd in RSV 1996, 71.

521. Vergelijk ook HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (Agfa-arrest).

- de situatie bedoeld in art. 6 lid 2 aanhef
- die bedoeld in art. 6 lid 2 sub a
- die bedoeld in art. 6 lid 2 sub d
- die bedoeld in art. 6 lid 2 sub e.

Art. 6 lid 2 aanhef bepaalt dat indien er sprake is van de situatie dat er geen arbeid wordt verricht en geen ‘uitkering’ dan wel een ‘uitkering’ van minder dan de helft van het normale loon wordt genoten, er geen verzekering krachtens de ZW en WO geacht wordt aanwezig te zijn. Op zich zou dit artikelonderdeel van belang kunnen zijn voor de arbeidsovereenkomst mup: immers aan de ene kant is er sprake van doorlopende arbeidsovereenkomst vereist krachtens art. 6 lid 2 aanhef en in de tweede plaats wordt tussen de werkperiodes geen arbeid verricht. Denkbaar zou zijn dat de beloning verkregen in de periode van werken zodanig is dat indien deze wordt uitgesmeerd over de gehele periode van het werken, niet werken en weer wel werken, een gemiddelde over de hele periode van minimaal de helft van het normale loon wordt verkregen zoals art. 6 lid 2 aanhef vereist. Vraag echter is of dit vaak zal gebeuren. In de eerste plaats zal het meestal zo zijn dat de periode tussen twee oproepen te lang is en het loon dat voor het werk wordt verkregen te laag om een (zinnige) middeling tot de vereiste helft van het normale loon over de gehele periode te verkrijgen. In de tweede plaats valt te verdedigen dat het loon van oproepkrachten nu juist niet voor de periode tussen twee oproepen is bedoeld maar specifiek voor de uren en dagen waarop wordt gewerkt.⁵²²

Dat kan evenwel anders liggen bij de arbeidsovereenkomst mup met een *werkgarantie*. In de eerste plaats kan het zich voordoen dat de werkgarantie zodanig is dat de periode tussen twee oproepen niet al te lang is en tevens valt uiteraard te verdedigen dat de essentie van de werkgarantie mede is om over een bepaalde periode, met inbegrip van de periode waarin geen arbeid wordt verricht, te voorzien in een zekere inkomensgarantie. De tegenprestatie in loon tezamen met de werkgarantie is als het ware voor de hele periode is bedoeld, zowel die waarin gewerkt wordt als die waarin niet wordt gewerkt. In enkele gevallen zal dat afhankelijk van de situatie een middeling opleveren die kan voldoen aan de criteria van art. 6 lid 2 aanhef ZW en WAO. Voorbeelden dat de toepassing in concreto door

39. Een en ander kan natuurlijk anders liggen als er sprake zou zijn van het geheel of gedeeltelijk doorbetalen van loon, ook over de periode van niet werken -echter een zuivere loondoorbetaling bijvoorbeeld voor een periode van leegloop of als bindingspremie zal bij flexibele arbeidsrelaties in eigenlijke zin niet voorkomen, of beter gezegd, het is de vraag of dan nog wel van een flexibele arbeidsrelatie sprake is. Ik laat daar wat rechtens is indien partijen zijn overeengekomen dat het loon bewust wordt uitgesmeerd over de periode van werken en niet werken en of zulks door de rechter zal worden geaccepteerd (eigenlijk is er dan sprake van een doorlopende arbeidsovereenkomst).

uitvoeringsorganen en rechters ook op deze wijze geschiedt, biedt de schaarse jurisprudentie op dit punt echter niet.

Een voorbeeld is elk geval niet de uitspraak van de CRvB van 24 december 1986.⁵²³ Daar ging het om een nachthoofd werkzaam in de verpleging die op een rooster werkte van drie weken zeven nachten werken en een week vrij. Toen het ziekenfonds geld van haar wilde vorderen in verband met onrechtmatige inschrijving over de vrije weken, oordeelde CRvB dat art. 6 lid 2 aanhef ZW van toepassing was: zij ontving immers een vast maandloon dat ook bedoeld was voor de vrije (de roostervrije) periode van de maand. Het betrof hier een situatie van iemand met een *vast* maandloon die in feite werkzaam was op een gewone arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, met alleen die bijzonderheid dat in een bepaald rooster van zeven nachten drie weken en een week vrij werd gewerkt. Juist in verband met dit laatste in combinatie met het gegeven dat het gaat over de situatie van een vast maandloon waarin volgens een vast rooster wordt gewerkt, maakt dat deze casus mijns inziens niet direct van toepassing is op de gewone afroeparbeidsovereenkomst mup.

Art. 6 lid 2 aanhef heeft in de praktijk slechts een geringe betekenis; mijns inziens vooral in de situatie van de arbeidsovereenkomst mup (met werkgarantie) en dan nog vooral in die situaties dat de periodes tussen de twee oproepen niet te lang is en een zodanig loon wordt genoten dat aan de minimum eis van art. 6 lid 2 aanhef voor wat betreft het te ontvangen loon wordt voldaan.⁵²⁴

Art. 6 lid 2 sub a

Een volgende - eventuele - escape voor de flexwerker voor wat betreft de tussen twee oproepen gelegen periode is de 'normale onderbreking' van de arbeid bedoeld in het zojuist genoemde artikelonderdeel. Dat wil zeggen zo deze onderbreking tenminste niet langer dan een maand duurt. Zeker bij de doorlopende arbeidsovereenkomst mup zouden de tussenliggende perioden kunnen worden aangemerkt als normale onderbrekingen van de arbeid.

Hiertegen zijn echter twee argumenten in te brengen. Ten eerste dat deze uitzondering daarvoor destijds niet was bedoeld; de wetgever heeft het desbetreffende artikel onderdeel destijds in de ZW en WAO opgenomen voor onderbrekingen als vakantie, bijzonder verlof e.d. Ten tweede dat bij de hier weergegeven interpretatie van het onderdeel sub a de onderdelen sub d en sub e van art. 6 lid 2 hun betekenis zouden verliezen. Beslissend

40. RSV 1986, 124.

hoeft dit laatste overigens niet te zijn mijns inziens. De CRvB heeft toen hij de mogelijkheid kreeg om het desbetreffende artikelonderdeel in een concrete casus toe te passen deze weg uitdrukkelijk niet gevolgd.⁵²⁵ Des te meer reden om vervolgens aandacht te besteden aan:

Art. 6 lid 2 sub d

De in dit onderdeel genoemde modaliteit betreft de situatie dat de dienstbetrekking ertoe strekt slechts gedurende gedeelten van de normale werkweek arbeid te verrichten. Het is echter de vraag of deze situatie zich in veel gevallen van flexibele arbeid (niet zijnde regulier deeltijdwerk) voordoet. Meestal zal de werkgever, zo deze bijvoorbeeld een bepaalde groep personen op een lijst heeft staan teneinde in te vallen bij piekbelasting en dergelijke, ook zelf niet precies weten wanneer hij welke arbeidskracht voor welke arbeid nodig heeft. Met andere woorden, de strekking is dan wel degelijk het invallen bij piekbelasting maar niet perse ook elke week. Uit de sporadisch aanwezige jurisprudentie valt af te leiden dat de rechter de in art. 6 lid 2 sub d bedoelde situatie en de aldaar bedoelde strekking slechts aanneemt indien deze *expliciet* uit de gemaakte afspraken blijkt.⁵²⁶ Indien de situatie van art. 6 lid 2 sub d wordt aangenomen, is er gedurende de hele kalenderweek waarin de dag of de dagen valt c.q. vallen waarop wordt gewerkt sprake van een verzekering krachtens de ZW/WAO/WW.

Art. 6 lid 2 sub e

Deze uitzondering betreft de situatie dat geen arbeid wordt verricht in verband met de omstandigheid dat de overeenkomst ertoe strekt dat niet regelmatig elke kalenderweek wordt gewerkt en voor zo ver de betrokkene althans in die kalenderweek werkt of gewerkt zou hebben als hij niet ziek zou zijn geworden.

De hier weergegeven situatie is, anders dan de voorgaande gevallen, wel goed toepasbaar op veel flexibele arbeidsrelaties en met name op de arbeidsovereenkomst mup. Gelet op de tekst van dit artikelonderdeel gaat het erom dat een claim op ziekgeld of WAO-uitkering alleen bestaat

41. Het ligt natuurlijk anders indien iemand bijvoorbeeld op basis van een voorovereenkomst van maandag t/m vrijdag werkt en midden in die week bijvoorbeeld een feestdag ligt: bij ziekte op die dag geldt wellicht wel art. 6 lid 2 aanhef ZW en WAO. Zie ook de nota M 93-37 van de toenmalige FBV: daarin wordt "middeling" van loon over de hele periode wel geaccepteerd, indien de werkgarantie (in een overeenkomst mup) geformuleerd is als een garantie per week.

42. Zie RSV 91/41. Zie ook de noot van Rutten onder deze uitspraak.

indien gesteld kan worden dat betrokkene gewerkt zou hebben in de desbetreffende periode als hij niet ziek zou zijn geworden. Met andere woorden, ziekmeldingen op en na de eerste werkdag kunnen tot een recht op uitkering leiden; ziekmeldingen daarvoor leiden niet tot een recht op uitkering. Dat een en ander zo wordt toegepast valt onder andere af te leiden uit de uitspraak van de CRvB van 27 januari 1988. Deze uitspraak laat bovendien zien dat de CRvB zich het recht voorbehoudt het samenstel van afspraken naar eigen inzicht te interpreteren. In casu werd aangenomen dat sprake is van een voorovereenkomst zodat sowieso geen verzekering bestaat in de tussenliggende periodes. De Raad voegt daaraan echter toe dat voor het geval dat er toch sprake zou zijn van een overeenkomst mup er al evenmin recht op ziekgeld zou bestaan o.g.v. art. 6 lid 2 sub e omdat de ziekmelding plaatsvond enige dagen voordat de oproep daadwerkelijk geconcretiseerd zou worden.

7.2.9 Slot

De situatie van de flexibele werker is, met betrekking tot de vraag of deze verzekerd is voor de ZW/WAO/WW op het eerste gezicht niet echt gunstig. In elk geval zal *tijdens werkperiodes* heel vaak wel van een verzekering sprake zijn, zelfs op grond van art. 3 ZW/WAO/WW en indien aan de getalscriteria van het KB van 14 december 1986 wordt voldaan op grond van art. 5 ZW/WAO/WW. Dit geldt temeer indien de betrokkene feitelijk steeds op de oproepen verschijnt, ook al is hij of zij daartoe juridisch niet verplicht en bijvoorbeeld tevens indien zijn of haar werk is ingebed in het kader van een samenhangend geheel van werkafspraken of de arbeid die hij verricht wezenlijk is voor het werk dat de onderneming verricht; ook kan het van belang zijn dat hij of zij hetzelfde werk doet als het personeel dat evident wel verzekerd is voor de ZW/WAO/WW.

Tussen de werkperiodes is de situatie inderdaad minder rooskleurig. Ofwel omdat er geen dienstbetrekking aanwezig is, ofwel omdat zich een van de uitzonderingen op de verzekeringsplicht opgenomen in art. 6 lid 2 ZW en WAO voordoet. Dat dusdoende degene die tussen een werkperiode wordt opgeroepen om bijvoorbeeld over een week of over 10 dagen te komen werken en zich dan ziek meldt niet, terwijl degene die zich ziek meldt in de loop van de eerste werkdag wel verzekerd is, toont aan dat de huidige structuur van de verzekeringsplicht nog niet is aangepast aan een aantal nieuwe flexibele arbeidsvormen die in dit boek worden besproken. Duidelijk omliggende plannen tot verbetering van deze situatie via wetswijziging zijn bij mijn weten tot nu toe niet aan de orde.

43. Opvallend omdat meestal hetgeen partijen op papier zetten juist niet doorslaggevend is.

7.3 De invloed van de Wet flexibiliteit en zekerheid

7.3.1 Art. 7:610a BW

Hiervoor is al aangegeven dat sociale zekerheidsrechter bij de vraag of er al niet sprake is van een verzekering krachtens onder andere Ziektewet, WAO en WW veel waarde hecht aan de feitelijke situatie.⁵²⁷ Blijkt - ook al is heel iets anders op papier gezet - dat er in feite volgens een vast arbeidspatroon wordt gewerkt, dat de betrokkene aan bijna elke oproep gehoor geeft zodat de werkgever althans de arbeidsorganisatie in feite op zijn of haar komst kan rekenen, dan zal meestal wel een arbeidsovereenkomst (dat wil zeggen het persoonlijk verrichten als bedoeld in art. 3 ZW, WAO en WW) wordt aangenomen: dit eventueel in die zin dat bij het vervullen van elke oproep een overeenkomst voor bepaalde tijd ontstaat die nadien weer van rechtswege eindigt. In de praktijk blijkt echter dat het bewijzen en onderbouwen van een feitelijke situatie voor de werknemer niet altijd heel eenvoudig is. Gaat het om een geding voor de bestuursrechter dan geldt daar de zogenaamde vrijbewijsleer welke inhoudt dat de rechter vrij is bewijs op te dragen aan de meest gereede partij en vrij is in de bewijswaardering. Bij de civiele rechter geldt nog altijd de hoofdregel van art. 177 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, kort gezegd: wie stelt moet bewijzen. De civiele rechter stelt zich overigens op dit punt de laatste jaren wat minder strak op en meet zichzelf wat meer speelruimte aan dan in het verleden gebruikelijk was. Een en ander neemt niet weg dat de wetgever het ook in civiele zaken juist heeft geacht om de bewijspositie van de flexibele werknemer te versterken.

Dit komt tot uiting in de per 1 januari 1999 in werking getreden artt. 7:610a BW en 7:610b.

Art. 610a geeft aan dat als iemand in feite arbeid tegen beloning heeft verricht voor een ander gedurende drie opvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende 20 uur per maand, de arbeidsrelatie wordt vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn.

Dit artikel betekent niet dat een arbeidsrelatie die evident geen arbeidsovereenkomst is via art. 7:610a wel een arbeidsovereenkomst wordt. Dit artikel geeft slechts een bewijsvermoeden in situaties waarin de feitelijke gegevens onduidelijk zijn. Dit bewijsvermoeden kan bovendien uit de aard der zaak worden weerlegd door de werkgever. Het is overigens niet uitgesloten dat indien niet aan de vereisten van art. 7:610a is voldaan,

44. De HR volgt in toenemende mate ook deze lijn, zie M. Fleuren-van Walsem en T. van Peijpe, De gezagsverhouding -stand van zaken, SMA 1995, p. 412 e.v.

de civiele rechter toch de bewijslast (gedeeltelijk) op de werkgever legt; veel concreter voorbeelden dat dit ook daadwerkelijk geschiedt zijn overigens niet voorhanden.⁵²⁸

Art 610a geldt uiteraard in civiele procedures, dat wil zeggen in procedures tussen de werkgever en de werknemer. Het artikel is derhalve op zich niet *rechtstreeks* van toepassing in sociale zekerheidszaken, ook niet in die zaken die de vraag betreffen of iemand al dan niet verzekerd is voor de werknemersverzekeringen. Indien iemand evenwel in een civiele procedure via het bewijsvermoeden van art. 610a het bestaan van de arbeidsovereenkomst en/of - zie art. 610b - de omvang ervan via de civielrechtelijke weg heeft laten vaststellen, een dergelijke vaststelling ook betekenis heeft in sociale zekerheidsprocedures. Voor de sociale zekerheidsrechter geldt immers dat een civielrechtelijk gewijsde, hoewel de bestuursrechter daar strikt genomen niet aan gebonden is, toch voor deze rechter een bijzondere betekenis heeft krachtens de geldende jurisprudentie van de CRvB.

Er is echter nog een andere weg waarlangs art. 610a BW betekenis heeft voor sociale zekerheidszaken. Al jaar en dag geldt dat iemand zijn civielrechtelijke aanspraken uit het oogpunt van toepassing van de *WW* niet zonder meer mag prijsgeven. Civiele rechten zoals een potentieel recht op loondoorbetaling of op een loondervingsvergoeding gaan als het ware voor op het recht van *WW*-uitkering. Indien de uitvoeringsorganisatie bijvoorbeeld meent dat een werknemer een loonvordering had en deze zo sterk was dat hij hem zeker niet zonder meer had mogen laten schieten dan kan dit leiden tot de stelling dat de werknemer verwijtbaar werkloos is geworden (art. 24 lid 1 sub a jo art. 27 lid 1). Ook is denkbaar dat het uitvoeringsorgaan een sanctie oplegt in verband met het plegen van een benadelingshandeling (art. 24 lid 6 *WW*).⁵²⁹

Voor flexibele arbeidsrelaties speelt in dit verband art. 610a BW niet op zichzelf een rol maar vooral in relatie met art. 7:628 BW (werknemer behoudt het recht op loon indien hij de overeengekomen arbeid niet kan verrichten als gevolg van een oorzaak die in redelijkheid voor risico van de werkgever dient te komen). Dat betekent dat een uvi kan stellen dat als eenmaal via het bewijsvermoeden van art. 610a BW een arbeidsovereenkomst blijkt te bestaan en de werkgever iemand die hij op sommige weken wel en op sommige weken niet laat werken over een

45. Een en ander heeft ook een relatie met art. 7:655 BW.

46. Sedert 1 augustus 1996, de invoering van de Wet boeten en maatregelen, is de definitie van art. 24 lid 2 sub b *WW* namelijk zo verruimd dat daaronder ook vallen het zonder gegronde reden actief of passief meewerken aan het einde van het dienstverband; voor wat betreft art. 24 lid 6 *WW* (de benadelingshandeling) geldt het sanctieregime onder art. 27 lid 3 en het zgn. Maatregelenbesluit.

bepaalde week niet oproept, dat dan art. 628 BW ook toegepast kan worden. Dat wil zeggen dat de uvi stelt dat over die week - bijvoorbeeld omdat in verband met gebrek aan werk geen oproep plaatsvond - de oorzaak van dat niet werken voor risico van de werkgever komt zodat de werknemer een loonaanspraak heeft. Die loonaanspraak mag hij niet zondermeer laten schieten (meestal volgt dan de sanctie op grond van de benadelingshandeling voor wat betreft de WW, de Ziektewet kent in art. 45 lid 1 sub j daarvan een aparte variant).

Een en ander kan zich ook voordoen in combinatie met art. 610b BW. De werkgever roept iemand over een bepaalde week wel op maar voor veel minder uren dan gebruikelijk is in het arbeidspatroon van de betrokkene. Wordt de omvang van de arbeid gelet op het gemiddelde van de afgelopen 3 maanden via art. 610b BW op een hoger aantal uren vastgesteld, dan betekent dat wederom dat de werkgever voor wat betreft de niet opgeroepen uren inclusief die van art. 610b BW een verplichting heeft het loon door te betalen via art. 628 BW. Dan dreigt uiteraard weer het in stelling brengen van de benadelingshandeling.⁵³⁰

Het voorgaande kan zich ook in het kader van de Ziektewet voordoen. Als een arbeidsrelatie via art. 610a BW eenmaal is geduïd als arbeidsovereenkomst, betekent dat tevens dat ook art. 629 BW van toepassing is. Dat artikel geeft de werknemer recht op loondoorbetaling jegens zijn werkgever indien hij ziek is. Art. 29 lid 1 ZW regelt dat een dergelijke loonaanspraak voorgeat boven het recht op ziekengeld, zodat de werknemer die zich wendt tot de uitvoeringsorganisatie van de ZW teruggewezen zal worden naar de werkgever.

7.3.2 Art. 7:610b BW

Art. 7:610b BW geeft aan dat indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de omvang van de bedongen arbeid in een maand wordt vermoed gelijk te zijn aan het gemiddelde van de omvang van de arbeid per maand in de drie daaraan voorafgaande maanden.

Ook hier gaat het om een - weerlegbaar - vermoeden, nu echter een met betrekking tot de omvang van de verrichte arbeid; het bestaan van de arbeidsovereenkomst als zodanig wordt krachtens de tekst van dit artikel verondersteld. Op het eerste gezicht lijkt deze bepaling van weinig belang voor de vraag naar het al dan niet verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen. Echter, als hiervoor aangegeven, stelt het KB van 24 december 1986 ex art. 5 ZW, WAO en WW (het zogenaamde Rariteiten-KB) nadere eisen qua gewerkte tijd en de omvang van de

47. Zie hierover, met name over art. 610b BW, Rb. Breda, 28 juni 2000, RSV 2000, 212.

beloning, waaraan voldaan moet zijn, wil iemand zich met succes beroepen op de stelling dat er sprake is van een verzekeringsplichtige, met een gewone dienstbetrekking gelijkgestelde, arbeidsverhouding. Ook kan art. 610b BW van belang zijn voor de flexwerker die moeite heeft om te voldoen aan de eisen die art. 17 sub a WW stelt, welke wekeneis een van de voorwaarden is om voor WW-uitkering in aanmerking te komen.⁵³¹ Voor de eis dat men in 39 weken onmiddellijk voorafgaande aan de werkloosheid in 26 weken heeft gewerkt, is voldoende dat in elke week is gewerkt, hoe gering ook; bij bijvoorbeeld een nulurencontract kan het bewijs verkregen via art. 610b BW dat er wekelijks een bepaalde arbeidsomvang is, dus wel degelijk relevant zijn.

Het bewijsvermoeden van dit artikel kan uiteraard weerlegd worden door de wederpartij van de werknemer. Dat zal bijvoorbeeld kunnen gebeuren indien de werkgever meent dat de drie maanden genoemd in art. 610b BW geen representatief beeld opleveren van de arbeidsverrichting - stel bijvoorbeeld juist in die drie maanden was sprake van een piekperiode in het aanbod van het werk, waarvan anders zelden of nooit sprake was geweest. Niets belet de werkgever, mits uiteraard afdoende onderbouwd, om te verwijzen naar een langere periode dan genoemd in art. 610b die een meer maatgevend beeld heeft van de arbeidsverrichting. Zie voor de relatie tussen dit artikel en het eventueel stellen van de benadelingshandeling hoofdstuk....

7.3.3 Art. 628a BW

Dit artikel geeft de werknemer onder de in dit artikel genoemde voorwaarden over elke periode waarin minder dan drie uur arbeid is verricht een loonaanspraak alsof die werknemer gedurende drie uur arbeid zou hebben verricht. De relevantie van dit artikel voor de werknemersverzekering is - indirect⁵³² - aldaar gelegen waar in de sociale verzekeringswetten eisen worden gesteld met betrekking tot het ontvangen van loon; men denke aan de eis van het verdienen van 40 procent van het minimumloon, dat geldt krachtens het KB van 24 december 1986 ex art. 5 ZW, WAO en WW. Ik denk daarbij aan de situatie dat iemand schijnbaar net niet aan de desbetreffende eis zou kunnen voldoen, maar dat toch via art. 628a BW duidelijkheid is te geven over het antwoord op de vraag of daaraan voldaan is. Ook is het denkbaar dat dit artikel een rol speelt bij de

48. Ook voor het bewijs dat wordt voldaan aan de drempel van het verlies van vijf arbeidsuren ex art. 16 lid 1 WW en ten behoeve van het gemiddelde aantal arbeidsuren als bedoeld in art. 16 lid 2 WW kan dit artikel nuttige diensten bewijzen.

49. Zie hetgeen hiervoor is gezegd onder het kopje De relatie met de sociale zekerheid.

eisen voor wat betreft het ontvangen van loon, opgenomen in art. 17 sub b en 42 WW (kort gezegd: de eis dat iemand in een bepaald aantal jaren voorafgaande aan het ontslagjaar over 52 dagen in elk afzonderlijk jaar loon heeft ontvangen).

Een heel specifieke rol kan art. 628a BW spelen bij de toepassing van art. 16 WW. Dit artikel bepaalt in lid 1 dat o.a. werkloos is de werknemer die voldoet aan de eis dat hij ten minste vijf dan wel de helft van zijn arbeidsuren heeft verloren. Deze eis van het verliezen van een bepaald aantal arbeidsuren betekent dus een zekere drempel die gehaald moet worden om werkloos te worden geacht; voor flexibele werknemers kan dat soms een probleem opleveren, met name als het gaat om heel 'kleine' oproepcontracten. Art. 628a BW kan - zij het indirect - behulpzaam zijn bij de vraag of aan een dergelijk arbeidsurenverlies kan worden toegekomen. Iets dergelijks geldt op overeenkomstige wijze voor de toepassing art. 16 lid 2 WW. De betrokkene ontvangt namelijk uitkering over het aantal arbeidsuren per week dat is verloren (voor de full-timer is dat dus bij volledig ontslag een verlies van 38 uur per week en vindt de uitkering dus ook over 38 uur per week plaats). Voor mensen die werken in een wisselend arbeidspatroon valt het moeilijker dan bij de gewone full-timer om het aantal arbeidsuren vast te stellen; art. 16 lid 2 bepaalt nu dat in een dergelijke situatie het gemiddelde moet worden genomen van de 26 weken direct voorafgaande aan het verlies van arbeidsuren. De vraag is of daarbij de extra uren ten aanzien waarvan art. 628a BW is toegepast, ook bij deze berekening moeten worden meegenomen. Hoewel nog geen volledig zicht bestaat op de uitvoeringspraktijk in deze, lijkt het er wel op dat deze extra uren voor de berekening van art. 16 lid 2 in aanmerking kunnen komen. Dat zou ook in zoverre logisch zijn, dat de gerealiseerde loonaanspraak over de uren die via art. 628a BW als uren waarover loon wordt genoten kunnen worden aangemerkt, mede het rechtens geldend loon vormen. Het rechtens geldend loon is datgene wat als basis dient voor de dagloonberekening.⁵³³ Bij art. 16 lid 1 en lid 2 WW kan art. 6:610b BW een soortgelijke rol spelen.

7.3.4 De dagloonbepaling

De problematiek rond de vraag of flexibele arbeidskrachten al dan niet verzekerd zijn, is niet het enige probleem waar deze groep mensen in de sociale zekerheid mee te maken krijgt. Een volledig overzicht van de verschillende knelpunten in de sociale zekerheid gaat het kader van dit

50. Art. 7:628a BW betreft een loonaanspraak. Loon is niet hetzelfde als een 'arbeidsuur' of '-uren'. Het is echter wel erg aannemelijk dat een aanspraak op drie uur loon correspondeert met drie arbeidsuren.

boek, waarin de arbeidsrechtelijke aspecten van de flexibele arbeid centraal staan, te buiten.⁵³⁴

Er is echter nog wel één specifiek probleem dat meer om aandacht vraagt, temeer omdat dit voor alle drie de sociale werknemersverzekeringen geldt. Ik doel hier op het gegeven dat de wetgever - heel in het algemeen gezegd - heeft beoogd de omvang van het uitkeringsrecht zo goed mogelijk te laten aansluiten bij de omvang van het arbeidspatroon van de betrokkene.

Uiteraard geldt dat de WW-uitkering een percentage is het van laatstverdiende loon, terwijl de beloning van de meeste flexwerkers lager is dan die voor 'gewone' full-time werknemers en de hoogte van de uitkering ook samengaat met de omvang van het arbeidspatroon. De lage beloning samenhangend met de qua omvang geringe arbeidsverrichting van veel flexwerkers weerspiegelt zich dus ook in een veel lagere uitkering. Zo gezien is er dus ook qua financiële lasten geen enkele belemmering om kleine, eventuele marginale, arbeidsverrichtingen binnen de verzekering krachtens de werknemersverzekering te brengen.⁵³⁵

Het laatst verdiende loon vormt in veel gevallen⁵³⁶ de basis voor het berekenen van de hoogte van de uitkering. Op welk bedrag dat laatst verdiende loon per dag moet worden gesteld, is tot in detail geregeld in de verschillende zogenaamde dagloonregelen krachtens de ZW, WAO en WW; voor elke wet gelden eigen dagloonregelen.⁵³⁷ Deze regelen bepalen doorgaans voor flexwerkers⁵³⁸ dat in aanmerking moet worden genomen het loon dat de werknemer in een bepaalde periode - voor de ZW is dat 13 weken, voor de WAO 52 weken, onmiddellijk voorafgaande aan het ontstaan van arbeidsongeschiktheid - gemiddeld heeft genoten, over de in die periode gelegen dagen waarop hij of zij ten minste in de voor het laatst uitgeoefende beroep normale werktijd werkzaam is geweest.⁵³⁹ Zijn er in deze zogenaamde referteperioden van bijvoorbeeld 13 of 52 weken te weinig gewerkte dagen te vinden en/of geeft deze methode kennelijk geen

51. Zo laat ik o.a. onbesproken de kwestie van de dag- en weekverzekering voor de Ziekenfondswet, de vraag of de berekening van het premimaximum voor of nadelig is voor flexwerkers en de kwestie rond de verschillende franchises in de sociale zekerheid.

52. Daar staat tegenover dat de daarmee samenhangende premie- en administratieve lasten onevenredig kunnen zijn, zie daarover de al eerder genoemde uitspraak van de CRvB opgenomen in *RSV* 1993/87.

53. Zulks geldt niet bij de uitkering ingevolge het vervolgdagloon van de WAO dan wel bijvoorbeeld voor de zogenaamde kortdurende uitkering krachtens de WW.

54. Wat de Ziektewet en WAO betreft, het SVR besluit van 20 april 1967, laatstelijk gepubliceerd in *Stcrt.* 2000, 164, wat de WW betreft de dagloonregelen Invoeringswet stelselherziening (Besluit SVR 18 juni 1987 eveneens laatstelijk gepubliceerd in *Stcrt.* 2000, 164).

55. Voor niet-flexwerkers kan doorgaans worden volstaan met de toepassing van de zogenaamde vastloonbepaling, zie art. 6 Dagloonregelen ZW en art. 7 Dagloonregelen WAO.

56. Voor de WW geldt een referteperiode van 26 weken.

juiste maatstaf ten aanzien van hetgeen door de betrokkene door het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid aan loon wordt gederfd, dan kan worden overgegaan tot het in aanmerking nemen van een langere referteperiode. Voor de WW geldt mutatis mutandis hetzelfde.

Een nadeel voor veel flexwerkers zal ontstaan doordat in de dagloonregelen ook de mogelijkheid is opgenomen om tot evenredige verlaging over te gaan.⁵⁴⁰ Voor de ZW en WAO is geregeld dat een evenredige verlaging van het dagloon kan plaatsvinden indien de werknemer die behoudens in het geval van de regeling tot verkort werken dan wel in geval van bijzonder verlof - gemiddeld een geringer aantal uren per week werkzaam placht te zijn dan het normale aantal uren per week of uit eigen verkiezing afwisselend wel en niet placht te werken. Krachtens het tweede lid van de desbetreffende dagloonartikelen kan de evenredige verlaging niet kan worden toegepast indien in verband met de zojuist genoemde omstandigheden al een lager dagloon voor de betrokkene was vastgesteld.

De berekening van de evenredige verlaging kan soms ongunstig uitpakken voor werknemers met een wisselend arbeidspatroon. Wel moet er, gelet op de tekst van de desbetreffende dagloonartikelen sprake zijn van een zeker patroon van o.a. afwisselend wel en niet werken.⁵⁴¹ Hoewel de term 'uit eigen verkiezing' meebrengt dat de verlaging niet kan worden toegepast indien de betrokkene 'noodgedwongen' in de bedoelde omstandigheden verkeert, wordt aan het bewijs van het begrip 'uit eigen verkiezing' door de uitvoeringsinstelling geen erg hoge eisen gesteld. In het algemeen zal, indien het afwisselend werken feitelijk uit een bepaald arbeidspatroon blijkt, in beginsel worden aangenomen dat van het hier bedoelde begrip sprake is en dat tot evenredige verlaging kan worden overgegaan; tegenbewijs is echter wel mogelijk.⁵⁴² Voor de WW ligt een en ander veel scherper omdat de desbetreffende dagloonregeling (art. 10 van de Dagloonregelen) bepaalt dat de evenredige verlaging al plaats kan vinden indien een geringer aantal uren dan het normale aantal uren per week wordt gewerkt of indien de betrokkene afwisselend al dan niet afwisselend werkzaam is.

Ook hier geldt dat een en ander geen toepassing vindt indien al eerder in verband met de genoemde omstandigheden een lager

57. Voor de ZW art. 8 Dagloonregelen, voor de WAO art. 14 Dagloonregelen, voor WW art. 10 Dagloonregelen.

58. Zie voor een voorbeeld de uitspraak gepubliceerd in CRVB 11 juni 1985, RSV 1985, 53.

59. Vakantiedagen, snipperdagen, vorstverletdagen, ADV-dagen mogen volgens de jurisprudentie niet worden aangemerkt als dagen waarop de betrokkene uit eigen verkiezing niet heeft gewerkt, zie o.a. CRVB 11 juni 1985, RSV 1986, 53.

uitkeringsdagloon was vastgesteld of indien een en ander al in de uitkering was verwerkt.⁵⁴³

De begrippen 'placht te werken' en 'uit eigen verkiezing' die wel in de dagloonregelen ZW en WAO voorkomen, komen in de dagloonregelen WW derhalve niet voor. De reden voor het afwisselend werken doet niet ter zake en evenmin is doorslaggevend of er sprake is van een herhaald patroon van al dan niet werken.⁵⁴⁴ Deze scherpere formulering in de WW-dagloonregelen hangt samen met een bijzonderheid van het uitkeringssysteem van de WW, te weten dat elk relevant arbeidsurenverlies tot een eigen uitkeringsrecht kan leiden, waarbij ook uitkeringsrechten - met een eigen uitkeringsduur - naast elkaar kunnen lopen. De CRvB heeft al te harde consequenties van het hiervoor bedoelde art. 10 Dagloonregelen in beperkte mate verzacht door het desbetreffende dagloonartikel buiten toepassing te laten indien dit tot - ook kennelijk door de wetgever niet - beoogde onaanvaardbare consequenties zou leiden.⁵⁴⁵ Dit betreft dan vooral de situatie dat iemand een WW-uitkering ontvangt na een (relatief) hoog dagloon en vervolgens doet wat van hem wordt verlangd, te weten werk aanvaarden en wel tegen een lager loon. Bij hernieuwde werkloosheid vindt evenredige verlaging van het dagloon plaats terwijl de betrokkene anders WW-uitkering had kunnen blijven ontvangen naar het voornoemde hoge dagloon.⁵⁴⁶ Overigens geldt deze uitzondering weer niet indien het oude uitkeringsrecht (naar het hoge dagloon) herleeft.⁵⁴⁷ In veel andere gevallen geldt art. 10 Dagloonregelen WW onverkort.

7.4 Behandeling per vorm van flexibele arbeidsrelatie

Tot slot zal in dit hoofdstuk aandacht worden besteed aan enkele specifieke soorten flexibele arbeidsrelaties die elders in dit boek vanuit meer arbeidsrechtelijk gezichtspunt zijn besproken. Dit betreft dan:

- de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
- de uitzendovereenkomst
- de deeltijdarbeid.

7.4.1 De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

60. Zie o.a. CRvB 11 mei 1999, *USZ* 1999, 213.

61. Zie specifiek voor uitzendarbeid de uitspraken CRvB d.d. 22 mei 1991, *RSV* 1991, 239, 4 november 1992, *RSV* 1993, 254 en 21 december 1993, *RSV* 1994, 157 m. nt. Rutten.

62. Zie o.a. CRvB 12 december 1990, *RSV* 1991, 238 en 22 mei 1991, *RSV* 1991, 239 en tevens 5 februari 1992, *RSV* 1992, 177 (raadpleeg ook *RSV* 1992, 278).

63. Zie CRvB 4 november 1992, *RSV* 193, 253.

64. Een andere uitzondering betreft de situatie dat art. 17 van de Dagloonregelen, de zogenaamde Dagloongarantieregeling, niet gehanteerd zou kunnen worden door toepassing van de zojuist genoemde dagloonregel.

Op zich doen zich voor wat betreft de verzekeringsplicht bij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als zodanig geen bijzondere problemen voor. Is immers vastgesteld van een bepaalde arbeidsrelatie dat deze tot verzekeringsplicht op basis van art. 3 jo. art. 5 ZW, WAO en WW leidt, dan doet de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst als een voor bepaalde of voor onbepaalde tijd niet ter zake.

Maar er zijn wel enkele andere problemen. Daarbij wijs ik er allereerst op dat hetgeen hiervoor is gezegd over de verzekeringsplicht van oproepcontracten hier mutatis mutandis ook geldt omdat, als aangegeven, de uitvoeringsinstellingen sterk de neiging hebben oproeprelaties te duiden als steeds terugkerende overeenkomsten voor bepaalde tijd. De zojuist bedoelde knelpunten liggen vooral op het terrein van de WW; deze betreffen:

- a) het ontstaan van de werkloosheid en de omvang ervan,
- b) de zogenaamde referte-eisen;
- c) het eventueel verwijtbaar werkloos worden.

a) Werkloos is de werknemer die ten minste vijf dan wel de helft van zijn arbeidsuren per week verliest, zo stelt art. 16 lid 1 WW. De WW kent dus een soort drempel van vijf uren per kalenderweek. Wel moet worden aangetekend dat ook een verlies van ten minste de helft van de arbeidsuren in aanmerking kan worden genomen: stel iemand werkt voor zeven uur per week en verliest daarvan vier arbeidsuren, dat is dan wel minder dan vijf, maar wel meer dan de helft van zijn arbeidsuren. Bovendien bestaat krachtens een Koninklijk Besluit ex art. 16 lid 5 WW⁵⁴⁸ de mogelijkheid om een niet relevant arbeidsurenverlies (dus een van minder dan vijf uur per week) op te tellen bij een volgend urenverlies, waardoor bij elkaar toch weer een relevant arbeidsurenverlies ontstaat (heel kort gezegd komt dit er wel op neer dat het volgende urenverlies binnen een jaar na het eerste urenverlies moet optreden).

Een speciaal aspect van de WW dat samenhangt met de zojuist bedoelde vijfurenregel is dat verschillende uitkeringsrechten naast elkaar kunnen bestaan, omdat de wet nu eenmaal werkt in werkloosheidsperiodes van een aantal arbeidsuren per week (stel, iemand gaat van 40 uur eerst naar 34 uur per week terug en een half jaar later van 34 uur naar 24 uur per week terug, dan ontstaat dus eerst een zelfstandig recht van zes uur per week en nadien een eigen recht met een eigen uitkeringsduur van 10 uur per week). Elk van deze stapjes van werkloosheid leidt dus tot een eigen afzonderlijk recht waarbij de rechten ook naast elkaar kunnen lopen en volgens het

65. Besluit nadere regelen arbeidsurenverlies, KB 29 december 1986, Stb. 1986, 687 zoals nadien gewijzigd.

hiervoor genoemde KB bij elkaar opgeteld kunnen worden. Het zojuist bedoelde KB kent namelijk ook nog de mogelijkheid tot optelling van wel relevante arbeidsurenverliezen tot één recht. Kortom, de genoemde drempel kan tot problemen leiden, behoudens een beroep op het genoemde KB.

Een volgend punt speelt met name bij kleine oproepcontracten die elkaar afwisselen dan wel bij oproepcontracten waarbij op wisselend aantal uren wordt gewerkt. Art. 16 lid 2 geeft aan dat in deze gevallen moet worden overgegaan tot bepaling van een arbeidsurenverlies door het gemiddelde te nemen van het aantal gewerkte arbeidsuren per week over de 26 weken onmiddellijk voorafgaande aan het arbeidsurenverlies. Omdat in beginsel wordt uitgegaan van de periode van 26 weken kunnen in deze periode tijdvakken liggen waarin (tussen twee oproepen) niet is gewerkt. Deze kunnen het arbeidsurenverlies nadelig beïnvloeden. Het Lisv is overigens ex art. 16 lid 7 sub d WW bevoegd voor de situatie van wisselende arbeidspatronen nadere regels te stellen, hetgeen neerkomt op het in aanmerking nemen van een langere telperiode dan de zojuist genoemde 26 weken.⁵⁴⁹

b) Art. 17 WW geeft aan dat, wil iemand voor WW-uitkering in aanmerking komen, dat wil zeggen voor de zogenaamde loongerelateerde WW-uitkering, het noodzakelijk is dat hij of zij - in de 39 weken onmiddellijk voorafgaande aan de eerste werkloosheidsdag in 26 weken - arbeid als werknemer heeft verricht; en in de vijf jaar onmiddellijk voorafgaande aan het kalenderjaar waarin de eerste werkloosheidsdag is gelegen, in vier kalenderjaren over 52 dagen loon heeft ontvangen.

Op zich kunnen deze zogenaamde referte-eisen voor personen die op arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werken en meer in het algemeen voor flex-werkers problemen opleveren. Dat zal steeds geheel van de bijzondere omstandigheden van het geval afhangen.⁵⁵⁰ Ik wijs er wel op dat een en ander specifiek voor de WW speelt.⁵⁵¹ Dergelijke weken- of jaren-eisen kennen de ZW en WAO niet; dit zijn in zoverre echte risicoverzekeringen dat indien iemand bijvoorbeeld op de tiende werkdag arbeidsongeschikt wordt, dat op zich niet uitmaakt ten opzichte van iemand

66. Lisv-besluit 18 december 1984, Stcrt. 1984, 248 zoals nadien gewijzigd (met name per 1 augustus 1994, Stcrt. 1994, 104).

67. Zie ook de artt. 17a en 17b WW.

68. Zo alleen wordt voldaan aan de 29/39-eis bestaat nog wel recht op een kortdurende uitkering krachtens art. 52a e.v. WW.

die na tien jaar werk arbeidsongeschikt wordt. De lengte van het werk doet daarbij dus in beginsel niet ter zake.⁵⁵²

c) Er wordt wel eens gedacht dat het accepteren van een overeenkomst voor bepaalde tijd problemen zou kunnen opleveren na afloop daarvan in verband met het verkrijgen van WW-uitkering, zulks in verband met de aan die uitkering verbonden eis dat men niet verwijtbaar werkloos mag zijn geworden (art. 24 lid 1 sub a WW). Immers, bij het accepteren van een overeenkomst voor bepaalde tijd, waarbij de betrokkene zich bewust is dat deze overeenkomst maar voor een bepaalde, van tevoren vastgelegde periode overeengekomen is, is voorzienbaar dat deze na verloop van tijd afloopt. Toch behoeft dit geenszins het geval te zijn: iemand die (volledig) werkloos is, moet immers passende arbeid aanvaarden. Ook een overeenkomst voor bepaalde tijd kan zodanige passende arbeid inhouden. Sterker nog, het niet accepteren van een dergelijke overeenkomst in het geval dat deze aan een werkloze wordt aangeboden, kan zelfs tot problemen leiden omdat men immers ook verplicht is om juist zoveel mogelijk passende arbeid te aanvaarden.

Iets anders is het dat een probleem kan ontstaan indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd afloopt en de betrokkene deze overeenkomst heeft aanvaard na het overstappen uit een overeenkomst voor *onbepaalde* tijd, die hem op zichzelf voldoende zekerheid bood. Wordt de voorlaatste arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) zonder dringende reden prijsgegeven teneinde over te stappen naar een baan met een minder sterke werkgarantie, dan kan dat dus leiden (bij het einde van die tweede baan) tot werkloosheid maar ook tot de stelling van het uitvoeringsorgaan dat men verwijtbaar werkloos is geworden.⁵⁵³ De gedachte is dan dat het zonder meer prijsgeven van de overeenkomst voor onbepaalde tijd op zichzelf tot verwijtbare werkloosheid zou hebben geleid en dat deze verwijtbaarheid als het ware *doorwerkt* in de werkloosheid die is ontstaan na het aflopen van de daarop volgende overeenkomst voor bepaalde tijd. Het verwijt dat de betrokkene treft, houdt dan in dat hij nu eenmaal ontslag heeft genomen zonder dringende noodzaak uit de baan die hem op zichzelf zekerheid bood⁵⁵⁴, terwijl tevens gezegd moet worden dat de tweede baan qua duurzaamheid duidelijk negatief afsteekt tegen de eerste (bijvoorbeeld bij overstap van een overeenkomst voor onbepaalde tijd naar seizoenwerk).

69. Zie overigens wel art. 44 ZW en art. 30 WAO.

70. Het ontslag nemen valt immers onder art. 24 lid 1 jo. 24 lid 2 sub b WW en het gaat hier dan om het ontslag nemen uit de voorlaatste dienstbetrekking.

71. Zie o.a. CRvB 5 april 1993, RSV 1993, 245 m.nt. Kooijman en 14 juni 1994, RSV 1994, 256.

In het algemeen wordt aangenomen dat deze toepassing van het doorwerken van verwijtbare werkloosheid niet kan worden uitgeoefend indien de laatste baan 26 weken of langer heeft geduurd (men heeft dan immers voor een deel een nieuw recht opgebouwd). Tevens pleegt de rechter rekening mee te houden met de vraag of de betrokkene had kunnen voorzien dat de laatste baan risico's qua duurzaamheid met zich bracht, terwijl de rechter in het algemeen ook gewicht toekent aan de vraag of de laatste baan de betrokkene een bepaald perspectief bood, bijvoorbeeld doordat aan de laatste arbeidsovereenkomst een duidelijke positieverbetering is verbonden.

7.4.2 De uitzendovereenkomst

Ook voor de uitzendrelatie is de datum 1 januari 1999 belangrijk: met ingang van deze datum zijn via de Wet flexibiliteit en zekerheid de artt. 7:690 en 691 in het BW ingevoerd. Deze artikelen beogen de positie van de uitzendkracht te verbeteren, althans in elk geval deze te verduidelijken. Ten aanzien van de juridische duiding van de relatie uitzendorganisatie en uitzendkracht aan de ene kant en die tussen inlener en uitzendkracht aan de andere verwijst ik naar hoofdstuk... in dit boek.

Voor 1 januari 1999 werd de relatie uitzendbureau/uitzendkracht veelal niet gezien als een arbeidsovereenkomst. De vraag is in hoeverre daarin verandering is gekomen door de inwerkingtreding van art. 7:690 BW. De literatuur is niet eenstemmig over het antwoord op de vraag of art. 7:690 BW nu zo geïnterpreteerd moet worden dat de uitzendrelatie die aan de criteria van art. 7:690 BW voldoet, fictief geacht moet worden een arbeidsovereenkomst te zijn of wel dat de uitzendrelatie eerst aan de eisen van art. 7:610 BW moet voldoen, zodat vervolgens kan worden toegekomen aan de vraag naar de toepasselijkheid van de criteria van art. 690 BW en de consequenties daarvan.⁵⁵⁵

Voor de verzekeringsplicht van uitzendkrachten krachtens de ZW, WAO en WW kan het antwoord op deze vraag strikt genomen in het midden worden gelaten. Immers, uitzendkrachten waren al ex art. 5 ZW/WAO/WW via het KB 24 december 1986 verzekerd in die zin, dat hun arbeidsrelatie bij wege van wetsduiding met een dienstbetrekking gelijk werd gesteld: art. 3 van dit KB betrof degene die persoonlijk arbeid verricht ten behoeve van een derde via tussenkomst van de natuurlijke persoon of het lichaam tot wie de arbeidsverhouding bestaat. Anders dan de meeste andere via dit KB fictief met een dienstbetrekking gelijkgestelde

72. In deze zin o.a. Rb. Roermond 18 augustus 2000, nr 99/1143 in een zaak betreffende premieplicht van de werkgever. De rechtbank hechtte daarbij aan het gegeven dat de feitelijke situatie ten aanzien van de arbeidsverhouding voor en na 1 januari 1999 ongewijzigd was gebleven.

arbeidsrelaties gelden voor uitzendkrachten op basis van art. 3 van het KB geen nadere eisen qua omvang van de arbeid dan wel qua beloning; met andere woorden, niet is vereist dat o.a. zou moeten worden voldaan aan het gegeven dat 40 procent van het minimumloon wordt verdiend of gemiddeld per week op ten minste twee dagen wordt gewerkt.

Het verschil met een eventuele verzekeringsplicht ex art. 3 - welke eventueel het gevolg zou kunnen zijn van de inwerkingtreding van art. 7:690 BW - krachtens welk art. 3 evenmin eisen gelden qua tijdsduur en omvang van de arbeid, is derhalve vrijwel nihil.⁵⁵⁶ Wel is het zo dat voor 1 januari 1999 in geval van twijfel verzekering werd aangenomen op grond van art. 5 ZW omdat deze nu eenmaal via wetsduiding aanwezig was. Na 1 januari 1999 zal het uitvoeringsorgaan eerst kijken naar art. 3 - wordt de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst aangenomen, dan is juist géén recht op ziekingeld, omdat de loondoorbetalingsplicht van de werkgever voortgaat (zie art. 29 lid 1 sub a ZW). Eindigt de uitzendrelatie (rechtsgeldig), dan kan wél sprake zijn van betaling van ziekingeld op grond van art. 29 lid 2 sub c ZW. Bijvoorbeeld in de situatie bedoeld in art. 7:691 lid 2 BW zal het uitvoeringsorgaan, waar nodig, wel zekerheid willen hebben over de vraag of de aldaar bedoelde 'derde' de terbeschikkingstelling van de werknemer inderdaad heeft willen beëindigen.

Het belang van de artt. 7:690 en 691 BW is overigens vooral, als gezegd, daarin gelegen dat eventueel ook op uitzendkrachten allerlei bepalingen uit het gewone arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing zouden kunnen zijn (men denke o.a. aan de hiervoor besproken art. 7:610a en 610b, alsmede aan art. 7:628a BW). Een en ander betekent natuurlijk niet, dat uitzendkrachten geen problemen ondervinden op het terrein van de sociale zekerheid, maar deze problemen zijn niet anders dan die welke ook voor 1 januari 1999 en voor de meeste andere flexibele arbeidsrelaties golden en gelden. Wel kan wellicht nog de vraag opkomen of enkele, overigens zeer sporadisch voorkomende bepalingen in bijzondere dagloonbesluiten, die speciaal uitzendkrachten betreffen, hun gelding hebben behouden na invoering van art. 7:690 BW. Deze bepalingen hebben echter niet specifiek betrekking op de vraag of de verzekeringsplicht van uitzendkrachten op art. 3 dan wel op art. 5 ZW/WAO/WW is gebaseerd,

73. Behoudens dan -heel curieus- dat bij art. 3 ook altijd de toetsing plaatsvindt naar de vraag of sprake is van de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf, terwijl art. 3 van het Rariteiten-KB nog steeds niet is opgenomen in art. 8 van datzelfde KB, welk laatste artikel de uitzondering met betrekking tot het zelfstandig uitoefenen van een beroep of bedrijf bevat (voor een aantal specifieke arbeidsrelaties, bijvoorbeeld die van interim-manager inmiddels wel nadere regels zijn opgesteld teneinde dit aspect van de verzekeringsplicht uit te zonderen).

maar betreffen meer in het algemeen het bijzondere karakter van de uitzendarbeid.

7.4.3 Deeltijdarbeid

De kern van de met betrekking tot het werken in deeltijd bestaande problemen in de sociale zekerheid zijn doorgaans niet gelegen in de vraag naar de verzekeringsplicht. Art. 3 ZW/WAO/WW kent immers, als gezegd, geen nadere eisen qua omvang van de arbeid; art. 5 en het daarop gebaseerde KB kent zo'n eis wel maar als hieraan eenmaal is voldaan, is het verder niet relevant of sprake is van full-time of part-time werkzaamheden. Globaal gesproken zijn er twee belangrijke gebieden aanwijsbaar waarbij het deeltijdaspect van de arbeid voor de sociale zekerheid een bepaalde rol kan spelen:

- a) de schatting van de mate van arbeidsongeschiktheid in de WAO;
- b) de vraag wat passende arbeid is in het kader van de WW.

a) Het kader van het boek leent zich er niet voor om een uitgebreide uiteenzetting te geven over de wijze waarop de mate van arbeidsongeschiktheid in de WAO wordt vastgesteld; verwezen zij naar de handboeken ter zake. Het komt er op neer dat indeling plaatsvindt in verschillende arbeidsongeschiktheidsklassen; tenzij iemand als gevolg van zijn handicap volledig buiten staat is tot enige arbeid (en dus vrijwel automatisch in de hoogste arbeidsongeschiktheidsklasse wordt ingedeeld), zal het meestal gaan om de situatie dat iemand nog wel enige zogenaamde resterende verdien capaciteit bezit. Dat wil zeggen dat diegene of wel door het aangepast verrichten van zijn eigen werk, of wel door het verrichten van andere gangbare arbeid nog inkomsten kan verwerven, mede in aanmerking genomen zijn bekwaamheden en zijn handicap. Het verschil tussen deze verdiensten, de zogenaamde restcapaciteit, en hetgeen de betrokkene voor het ontstaan van de handicap verdiende, het zogenaamde maatmanloon, wordt uitgedrukt in een percentage dat via de in art. 21 WAO opgenomen tabel leidt tot een bepaald uitkeringspercentage.⁵⁵⁷

Hoe zit het nu met iemand die jarenlang part-time heeft gewerkt, arbeidsongeschikt voor dit werk is geworden maar die in beginsel nog wel enige restcapaciteit, met name in part-time werk, kan realiseren? Voor het maatmanloon werkt dit redelijk eenvoudig: volgens vaste jurisprudentie gaat het hier om het loon van een aan de betrokkene soortgelijke, maar wel volledig gezonde, werknemer (zo althans dat loon voldoende representatief, maatgevend, is). In de praktijk wordt dan heel vaak eenvoudigweg het

laatstverdiende loon genomen - voor de part-timer betekent dat dus het laatstverdiende part-time loon.

Bij de restcapaciteit ligt het veel lastiger. Het gaat daarbij immers per definitie - zie art. 18 lid 5 en 18 lid 6 WAO - om geheel ander werk dat de betrokkene doorgaans niet eerder heeft verricht en dat algemeen geaccepteerde arbeid is, dat wil zeggen op de arbeidsmarkt voorkomt.⁵⁵⁸ Stel nu dat de betrokkene 14 uur per week werkzaam was voordat hij of zij arbeidsongeschikt werd: zou dan, nu het toch gaat om een theoretische schatting, van de betrokkene gevergd kunnen worden dat hij zijn uren uitbreidt, bijvoorbeeld tot een full-time of wellicht tot een part-time baan die iets groter van omvang is, bijvoorbeeld 15 uur of 16 uur? Let wel: ook een urenuitbreiding van enkele uren kan al verschil uitmaken ten aanzien van de hoogte van de toe te passen arbeidsongeschiktheidsklasse. Van belang is hierbij dat het Schattingsbesluit⁵⁵⁹ nadere eisen stelt aan de schatting van de mate van arbeidsongeschiktheid. Zo mogen geen functies worden geduid die vrijwel geen arbeidsplaatsen vertegenwoordigen (meestal gaat men er vanuit dat er per functie circa zeven arbeidsplaatsen moeten kunnen worden aangewezen). Uiteindelijk moet het gaan om drie verschillende in Nederland aanwijsbare functies die bij elkaar gemiddeld 30 arbeidsplaatsen vertegenwoordigen.⁵⁶⁰

Het zou dus, mede gelet op het feit dat na 1 januari 1987 de schatting in hoge mate een theoretische schatting is geworden, denkbaar zijn om van de betrokkene enige souplesse te vragen in die zin, dat hij zijn part-time uren enigszins uitbreidt. Hoewel deze gedachte voorheen wel werd onderschreven, heeft de CRvB⁵⁶¹ geoordeeld dat de part-time arbeid inmiddels een zodanige plaats in de samenleving heeft ingenomen, dat van de betrokkene niet zonder meer gevergd kan worden dat hij zijn aantal arbeidsuren uitbreidt buiten de grenzen van de omvang van zijn verzekering. Dat betekent natuurlijk niet dat dit geheel zonder probleem is: het is immers goed voorstelbaar dat het niet makkelijk zal zijn om voor een part-timer steeds functies te vinden in exact dezelfde omvang als die waarin voorheen werd gewerkt. In het gegeven voorbeeld zou het dan moeten gaan

74. Afrooparheid zonder enige werk- of inkomensgarantie vertegenwoordigt volgens de CRvB geen reële restcapaciteit: CRvB 3 november 1998, RSV 1999, 9.

75. Tenzij de betrokkene weer in staat moet worden gedacht om met zijn eigen of ander werk ongeveer hetzelfde te verdienen, althans 85,1 procent of meer van hetgeen hij voorheen verdiende. Overigens vertegenwoordigt een zuiver nul-urencontract geen restcapaciteit: zie CRvB 3 november 1998, nr. 96/7409.

76. Laatstelijk KB 8 juli 2000, Stb. 2000, 307.

77. Zie de artt. 9 resp. 10 van het Schattingsbesluit. Meestal zal een functie als het een veel voorkomende functie is, zoals bijvoorbeeld die van administratief medewerker, in verschillende varianten voorkomen die onder dezelfde functiecode vallen; per functiecode dient dan aan de arbeidsplaatsenseis te worden voldaan.

78. CRvB 17 november 1992, RSV 1993, 38

om drie verschillende functies in een omvang van 14 uur per week. In de rechtspraak is dan ook aangenomen dat voor uitvoeringsorganen wel in zoverre enige verzachting geldt, dat ook functies binnen een bepaalde 'bandbreedte' mogen worden gevonden. In het gegeven voorbeeld betekent dit dat drie functies binnen de range van bijvoorbeeld 13 tot 19 uur wellicht geaccepteerd zouden kunnen worden. Met andere woorden: enige urenuitbreiding wordt wel acceptabel geacht. Het Lisv heeft gepoogd het een en ander te concretiseren in het Besluit uurloonschatting.⁵⁶² De rechtspraak heeft nadien een mijns inziens iets andere nuancering aangebracht dan in dit besluit is weergegeven. Het is namelijk volgens de CRvB⁵⁶³ voldoende dat de functies die part-time van karakter zijn en binnen de zojuist bedoelde bandbreedte van enkele uren meer of minder vallen, niet de vereiste zeven arbeidsplaatsen vertegenwoordigen maar minder. Eventueel kan met één arbeidsplaats worden volstaan; wel geldt dan de eis dat het totaal van de te duiden functies voldoet aan de eisen van het Schattingsbesluit. Ook blijft wel gelden dat aannemelijk moet zijn dat alle te duiden functies voor de part-timer ook inderdaad part-time verricht kunnen worden; de voorheen nog wel door het Lisv geponeerde stelling dat anno 2000 en 2001 vrijwel elke functie in Nederland ook part-time verricht kan worden wordt als te algemeen en als te vaag verworpen. Voor degene die om medische redenen part-time moet werken gelden andere regels; doorgaans zijn de eisen in dat geval veel strenger.

Een apart probleem wordt gevormd door de part-timer die, zoals bij flexibele arbeid wel vaker voortkomt, twee banen combineert in die vorm dat de ene baan bijvoorbeeld 20 uur per week bedraagt en de ander 10 uur per week. Wat dient te gebeuren als de betrokkene voor een van beide banen wegens ziekte uitvalt? Zou het dan geoorloofd zijn dat het Lisv een andere baan of misschien zelfs een combinatie van banen duidt waardoor een restverdiencapaciteit wordt verkregen die zodanig is dat toch geen verlies van verdiencapaciteit ontstaat. In de rechtspraak is aanvaard dat zulks in beginsel mogelijk is. Wel is uiteraard vereist dat aan de hiervoor genoemde eisen van het Schattingsbesluit en de andere uit de wet of regelgeving voortvloeiende eisen moet zijn voldaan. Daarbij let de CRvB⁵⁶⁴ er met name op dat een zodanige combinatie van functies ook medisch gezien acceptabel is (waarbij de raad terecht noteert dat het combineren van twee verschillende functies zwaarder is dan het uitoefenen van een en dezelfde functie). Ook hier geldt dat de schatting in zoverre realiteitswaarde moet hebben dat noodzakelijk is dat de functiecombinatie ook feitelijk

79. Het Besluit Uurloonschatting is te vinden in het Lisv-besluit 23 februari 1999, Stcrt. 1999, 40.

80. Zie o.a. CRvB 19 oktober 1999 RSV 2000/2 en 28 maart 2000, RSV 2000/118.

81. O.a. RSV 1997,10 en RSV 1998,67.

geheel uitvoerbaar moet zijn en elk van de functies voldoende arbeidsplaatsen vertegenwoordigt.⁵⁶⁵ Een ander - meer specifiek - probleem betreft het combineren van werk in de huishouding en (part-time) werk buitenshuis. Werk in de huishouding is geen arbeid waarvoor tot op heden verzekeringsplicht krachtens de ZW/WAO/WW bestaat, zodat tot op heden in de jurisprudentie wordt aangenomen dat het niet goed mogelijk is om daarmee ten aanzien van het bepalen van de maatman of het bepalen van de resterende verdien capaciteit rekening te houden. Wel kan natuurlijk medisch gezien de vraag spelen of de psychische belasting van het combineren van twee verschillende soorten (functies) de draagkracht van de betrokkene al dan niet te boven gaat.

Wat de WW betreft dient in de eerste plaats gelet te worden op de weken- en jarenis zoals die is opgenomen in art. 17 WW. Voor het toekennen van een WW-uitkering is het immers noodzakelijk dat betrokkene een aantal weken arbeid als werknemer heeft verricht en dat hij voldoet aan het vereiste om in een aantal jaren loon te hebben ontvangen. Beide eisen hoeven voor part-timers echter geen grote problemen op te leveren. Voor de wekeneis is niet vereist dat gedurende volledige weken is gewerkt, voldoende is dat in elke week als werknemer arbeid is verricht. Voor de eis van het ontvangen van loon (de zogenaamde vier uit vijf-eis) gaat het als gezegd niet om het verrichten van arbeid, maar om het ontvangen van loon over 52 dagen per kalenderjaar.

De volgende vraag betreft die naar het al dan niet accepteren van passende arbeid en met name welke arbeid voor een part-timer passende arbeid is. Laatstgenoemd begrip is gedefinieerd in art. 24 lid 4 WW als alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding ervan om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van de betrokkene kan worden verlangd.⁵⁶⁶ Betekent dit dat van een part-timer die werkloos wordt een urenuitbreiding mag worden verwacht zodat op den duur ook full-time werk als passende arbeid moet worden aangemerkt? In de zogenaamde Richtlijn passende arbeid van het Ministerie van SZW van 13 mei 1992⁵⁶⁷ wordt aan dit specifieke probleem geen bijzondere aandacht besteed. Het antwoord op de gestelde vraag valt derhalve, naar mag worden aangenomen, onder het algemene uitgangspunt van deze richtlijn, te weten dat iemand in beginsel het eerste halfjaar van zijn werkloosheid mag uitzien naar werk van het

82. Ook moet de combinatie in die zin feitelijk uitvoerbaar zijn dat bijvoorbeeld de arbeidstijden in de ene baan het niet feitelijk onmogelijk maken om die te combineren met de andere arbeidstijden.

83. De sanctie op weigering tot aanvaarding is zwaar, te weten in beginsel blijvend gehele weigering, zie art. 27 lid 2 WW.

84. Dit besluit is genomen op basis van art. 24 lid 5 WW.

oude niveau (daarbij gaat het vooral om het voorheen verdiende loon en de aard van de voorheen verrichte arbeid) en dat de betrokkene nadien elk half jaar een minder hoge eis dient te stellen aan de te verkrijgen arbeid.⁵⁶⁸ In dezelfde lijn zal ook van een part-timer voor wat betreft de omvang van zijn of haar arbeid geëist mogen worden dat hij of zij stap voor stap voor wat de omvang van de arbeid betreft zijn of haar eisen zal moeten bijstellen.

85. Zo zal een academicus in een aantal halfjaarlijkse stappen terug moeten gaan totdat hij bij de derde stap op LBO-niveau is aanbeland (het betreft hier steeds stappen van een half jaar).

trefwoorden

Aanneming van werk 1.2.1, 1.2.7, 5.3, 5.4.3,
Aanpassing arbeidsduur 2.3
ABU-CAO 6.5
ADO 1.3.7
Agentuurovereenkomst 1.2.1
Algemene wet gelijke behandeling 1.2.6, 2.2,
Allocatieve functie 6.2
Alpha-hulpen 2.1.3
Ambtenaren 2.3.3
Ambtenarenwet 2.1.2
Arbeidsduur
 Aanpassing 2.3.
 Verbod onderscheid 2.2
Arbeidsomstandighedenwet 6.2.4
Arbeidsongeschiktheid 4.35
Arbeidsovereenkomst
 Oproepovereenkomst 4
 Thuiswerk 5.2, 5.3.4,m
 Totstandkoming 3.2.1
 Uitzendovereenkomst 6.1.1, 6.2.1
 Voor bepaalde tijd 3, 7.4.1.
Arbeidstijdenwet 2.1.1
Arbeidsverhouding 1.2.5, 1.2.6

BBA 1945
 Toepasselijkheid bij opdrachtovereenkomst 1.2.5
 Bij opzegging tijdelijke arbeidsovereenkomst 3.3.2
 Bij opzegging thuiswerkovereenkomst 5.6.4
Bedoeling van partijen 1.3.3
Bemiddelingsovereenkomst 1.2.1
Belemmeringsverbod 6.7
Beroep of bedrijf 6.2.2.
Bijkomstige arbeid 1.3.6

CAO
 ABU 6.1.4,
 En aanpassing arbeidsduur 2.3.7
 art. 7:668a BW 3.5
 art. 7:628 BW (loondoorbetaling) 4.3.4
 En opdrachtnemer 1.4.4
 Een regeling omvang van de arbeidsovereenkomst 4.2.5
 En tijdelijke arbeidsovereenkomst 3.9.3
 En uitzendkracht 6.1.4, 6.5
 En werknemer 1.1.2

Concurrentiebeding 3.8.3, 6.7
 Conversie tijdelijke arbeidsovereenkomst 3.5

 Dagloon 7.3.4.
 Deeltijdarbeid 2, 7.4.3
 Detachering 6.2.1
 Doorlening 6.2.4
 Draaideurconstructie 3.5, 3.6
 Drie keer drie-regel 3.5, 4.2.3, 6.3.1
 Duur van de arbeidsovereenkomst 1.3.5, 2.1.1

 Economische afhankelijkheid 1.1.3
 EG-richtlijn
 arbeidsovereenkomsten bepaalde tijd 3.9.4
 deeltijd 2.1.2, 2.2.1
 detacheringsrichtlijn 6.9
 Eenmansbedrijf 1.3.6
 Eigen rijder 1.1.1
 Einde
 Van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 3.3
 Van opdrachtovereenkomst 1.2.4
 Van thuiswerkovereenkomst 5.6
 Van rechtswege 3.3.1, 6.3.2
 Van de uitzendovereenkomst 6.5.3

 Fasenstructuur 6.5.2
 Formeel werkgeversgezag 1.3.5, 5.2.7,
 Fotograaf 1.3.6

 Gelijke behandeling
 Deeltijders 2.2
 Oproepkracht 4.5.2
 Geneeskundige behandeling 1.2.1
 Gezagsverhouding 1.3, 5.2.6, 7.2.3
 Goed werkgeverschap 4.3.3

 Indirecte discriminatie 2.2
 Informatieplicht werkgever 4.1.3, 5.2.9, 6.2.4
 Industrial citizenship 1.3.7
 Instructiebevoegdheid opdrachtgever 1.2.2

 Kennelijk onredelijke opzegging 3.3.2

 Lastgeving 1.2.1
 Loon
 Dagloon 7.3.4

Gelijk loon mannen/vrouwen	2.1.1
Matiging loonvordering	1.4.2
Loonbetaling	
En opdrachtovereenkomst	1.2.3
En oproepovereenkomst	4.1.3, 4.2.6
En sociale verzekeringswetgeving	7.2.3
En thuiswerkovereenkomst	5.2.4, 5.4.
Uitsluiting	3.8.1, 4.1.3, 4.3.1, 4.3.4, 4.3.6
En uitzendkrachten	6.5.4
Loonverhoudingsvoorschrift	6.4
Maatschappelijke positie van partijen	1.3.4
Materieel gezagsbegrip	1.3.5
Minimum oproep	2.1.3, 4.6, 7.3.3
Min-max contracten	4.4
Nul-urencontract	4.1.1
Objectieve rechtvaardigingsgronden	2.2.4
Omvang arbeidsovereenkomst	4.2.4, 4.2.5, 7.3.2
Ondergeschiktheid	1.3, 5.2.3, 5.2.6, 5.3.4
Onderkruipersverbod	6.4.2.
Ondernemingsraad	
En deeltijdwerker	2.2.3
En oproepkracht	4.5.4
En regeling aanpassing arbeidsduur	2.3.7
En uitzendkracht	6.6
Onderscheid naar arbeidsduur	2.2
Ongelijkheidcompensatie	1.1.2
Ontbinding	
Van de opdrachtovereenkomst	1.4.1
Ontbindende voorwaarde	3.7
Onvoorziene omstandigheden	1.4.1
Opdracht	1, 5.4.1, 5.4.4,
Opdrachtnemer	
Verplichtingen van	1.2.2
Opdrachtgever	
Verplichtingen van	1.2.3
Oproepkracht	4.1.1.
Oroepovereenkomst	
Minimale oproep 3 uur	2.1.3, 4.6, 7.3.3
Met uitgestelde prestatieplicht (mup)	4.1.3, 4.3, 4.5.1, 7.2.8
En sociale verzekeringen	7.2.5, 7.2.6
Voorovereenkomst	4.1.3, 4.2,
Opvolgende werkgevers	3.6

Opzegging van
 Aanneming van werk 5.6.2
 Opdrachtovereenkomst 1.2.2, 1.2.4, 1.4.3, 1.4.4, 5.6.3
 Thuiswerkovereenkomst 5.6.1
 Tijdelijke arbeidsovereenkomst 3.3.

Opzegtermijn bij opdrachtovereenkomst 1.4.3
 Opzegverboden 2.3.8, 3.3.2
 Overeenkomst van opdracht 1.2
 Overgang van onderneming 5.6.5
 Overwerkvergoeding 2.2.3

Pensioen (uizendkracht) 6.5.7
 Pensioenpremie 2.2.3
 Pensioenregel 3.2.2
 Personeelsvertegenwoordiging 2.3.7
 Persoonlijke arbeidsverplichting
 In de opdrachtovereenkomst 1.2.2, 1.2.5
 In sociale verzekeringswetgeving 7.2.3
 Proeftijd 3.8.2, 6.5.5

Ragetlie-regel 3.3.5
 Rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst 1.3.2, 5.2.9, 7.3.1
 Rechtsvermoeden omvang 4.1.3, 4.2.4, 4.2.5, 5.2.9, 7.3.2
 Redacteur 1.3.6

Schijnconstructie 1.1.1
 Schijnzelfstandige 1.1.3
 Scholing (uizendkrachten) 6.5.8
 Self-employment 1.1.4
 Sollicitatie 2.2.2

Thuiswerk 5
 Thuiswerkverdrag 5.7
 Toestemming RDA 1.2.5, 3.3.2
 Toezicht en leiding 6.2.3
 Tussentijdse opzegging 3.3.4
 Tijdelijke arbeidsovereenkomst 3, 6.3.1, 7.4.1

Uitlening 6.2.1.
 Uitsluiting loondoorbetalingsverplichting 4.3.1, 4.3.4
 Uitzendbeding 6.3.2
 Uitzendovereenkomst
 Definitie van 6.2.1
 Doorlening 6.2.4
 En sociale verzekering 7.4.2
 En tijdelijke arbeidsovereenkomst 3.6, 3.9.1, 6.2.4

Vakantie 4.5.3
Vermeerdering arbeidsduur 2.3
Vermindering arbeidsduur 2.3
Verzekeringsplicht 7.2.2
Voltijd 2.1.1
Voorovereenkomst 4.1.3, 4.2, 4.5.1, 7.2.4.
Voorzetting tijdelijke arbeidsovereenkomst 3.4

Werkgeversgezag 1.3.5
Wet allcatie arbeidskrachten door intermediairs 6.2.4, 6.4,
Wet aanpassing arbeidsduur 2.1.2, 2.3
Wet arbeid en zorg 2.2.1, 2.3
Wet arbeid vreemdelingen 1.2.6
Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid 6.9.1
Wet CAO 1.2.6, 3.9.3
Wet gelijke behandelen mannen en vrouwen 2.2
Wet op de arbeidsovereenkomst 1.3.1
Wet op de loonvorming 1.2.6
Wet op de ondernemingsraden
Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 3.9.2
Oproepkrachtens 4.5.4
Wet minimumloon 1.2.6, 5.4.2.
Wijziging van werkzaamheden 3.8.1

Ziekte
Opdrachtkracht 4.3.5
Ziektekostenverzekering 2.2.3
ZZP-er 1.1.1, 1.1.3, 1.1.4, 2.1.3