

De mythe van flexibele arbeid

Door: mr. dr. A.H. Lamers¹ en mr. dr. J.H. Ermers²

Inleiding

De gevolgen van het ontstaan van een arbeidsovereenkomst zijn bepaald niet gering en manifesteren zich ten minste in drie juridische dimensies, het civiele recht, het fiscale recht en het sociale zekerheidsrecht. Er zijn als gevolg daarvan in de praktijk vijf mogelijke partijen die verregaande belangen hebben bij de vraag of er tussen twee personen sprake is van een arbeidsovereenkomst: 1) de werknemer, 2) de werkgever, 3) de belastingdienst, 4) het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) en 5) een eventuele pensioenverzekeraar.

De Werknemer heeft met name belang bij de arbeidsrechtelijke bescherming (tit. 7.10 BW) en het eventuele recht op een uitkering indien de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Het belang van de 'werknemer' kan ook omgekeerd zijn. Hij kan er juist belang bij hebben niet als werknemer maar als opdrachtnemer te worden gekwalificeerd hetgeen zijn concurrentiepositie verbetert en hem (in het geval hij ook aan andere voorwaarden voldoet) recht op fiscale zelfstandigenaftrek oplevert³. Dit laat zich het beste illustreren aan de hand van de wedervaardigheden van twee deelnemers van het reality-programma "De Gouden Kooi". De één, in de wandeling 'Terror Jaap' genaamd, zag zich geconfronteerd met een belastingaanslag en zette alles in het werk om duidelijk te maken dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen en hem en de producent, Endemol. De ander vroeg een WW-uitkering aan en voerde juist aan dat er wel sprake was van een arbeidsovereenkomst. In beide gevallen oordeelde de rechter (tot de Hoge Raad aan toe) dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst.⁴

Ook het belang van de werkgever kan twee verschillende gezichten hebben. De werkgever kan geen belang hebben bij een relatie die is te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst om reden dat een dergelijke overeenkomst een risico voor de werkgever oplevert. Daarbij is bijvoorbeeld te denken aan de tweejarige loondoorbetalingsverplichting in het geval de werknemer wordt getroffen door ziekte of de zogenaamde drie in drie regel van art. 7:668a BW op grond waarvan de arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd snel overgaat in een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd. Een snelle blik in Titel 7.10 BW, de wet op de loonbelasting en de sociale wetgeving inzake werknemersverzekeringen leert dat de verplichtingen en de risico's die de arbeidsovereenkomst voor de werkgever met zich brengt, aanzienlijk zijn. Toch kan een werkgever ook juist wel belang hebben bij een arbeidsovereenkomst. Een 'vaste' relatie met een werknemer kan als voordeel hebben dat de werkgever in de werknemer kan investeren bijvoorbeeld door het aanbieden van scholing. De andere voordelen voor de werkgever kunnen bestaan uit een grotere loyaliteit van de werknemer, dat de werknemer een relatief veilige dienstbetrekking niet snel zal inruilen voor een nieuwe baan met een proeftijd, de werknemer wellicht eerder bereid zal zijn in de buurt van zijn werkplek te gaan wonen, etc. Het is duidelijk dat de werkgever deze voordelen vooral zal voelen bij een krappe arbeidsmarkt. Te denken valt tot slot aan de situatie dat werkgever en werknemer op intieme voet staan en de werkgever graag de werknemer de zekerheid van de werknemersverzekeringen wil bieden. De arbeidsrelaties in het kader van het persoonsgebonden budget zijn hiervan een voorbeeld. In vroeger tijden was de arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten nietig. Nu wordt dit niet op voorhand uitgesloten, maar in de praktijk zal vaak worden aangenomen dat in een dergelijke relatie de familieband overheerst en er dus geen sprake is van een *dienstbetrekking* (het element gezag ontbreekt). Wat nu als het huwelijk (en bijgevolg ook de arbeidsverhouding) wordt ontbonden? Niet zelden zal de vroegere echtgenoot zich alsnog op het standpunt stellen dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. Een dergelijke missie is misschien kansloos, maar

¹ Mr. dr. A.H. (Ton) Lamers is als postdoc verbonden aan de OU.

² Mr. dr. J.H. (Jeroen) Ermers werkt als jurist bij UWV en is als docent aan de OU verbonden.

³ Op het moment dat dit artikel werd geschreven overweegt de wetgever overigens stapsgewijze afschaffing van de zelfstandigenaftrek.

⁴ HR 11 mei 2012, *LJN* BW5408 (Terror Jaap) en HR 25 maart 2011, *LJN* BP3887 (Natasia), zie over deze casus ook J. van de Streek, 'De lange arm van de fiscus strekt tot in de gouden kooi', *AA* 2011, 02, p. 88-90

het tekent wel dat het van de eigen positie afhankelijk is of het beter is zich te presenteren als werknemer of anderszins.

Het belang van de fiscus is niet tweeledig. De fiscus heeft doorgaans belang bij vaststelling van een dienstbetrekking omdat de werkgever dan kan worden aangesproken op de loonheffingen.⁵ UWV heeft er belang bij dat de kring van verzekerden juist wordt vastgesteld en dat geen uitkeringen ingevolge de werknemersverzekeringen worden verstrekt aan niet-werknemers. Bij het vaststellen van het recht op de uitkering (en de hoogte daarvan) gaat het UWV af op het oordeel van de belastingdienst. Bestempelt deze bijvoorbeeld bepaalde inkomsten als loon uit dienstbetrekking, dan betreft UWV deze bij de vaststelling van het recht. In de praktijk zal de belastingdienst overigens de eigen inschatting van de werkgever volgen. Pas als er reden is tot twijfel zal de belastingdienst de arbeidsrelatie zelf beoordelen.⁶ Een eventuele pensioenverzekeraar verenigt de hoedanigheden van belastingdienst en UWV in zich: zij heeft bij het vaststellen van de kring der verzekerden zowel belang bij premiebetaling als bij de uitkering van pensioenen.⁷

Het is evident dat dit stelsel van tegengestelde belangen⁸ in verschillende dimensies een bron van juridische strijd is. De wetgever heeft mede met de introductie van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR)⁹ gepoogd enige rust te brengen op dit strijdtoneel. Het is echter maar de vraag of dat is gelukt en de VAR niet juist nog meer onduidelijkheid zaait. In dit artikel zal een poging worden gedaan om met gebruikmaking van in de jurisprudentie en de literatuur opgedane criteria alsmede met het plaatsen van de onderhavige problematiek in het licht van de afdelingen 7.7 en 7.7 BW tot meer duidelijkheid te komen met betrekking tot de vraag of in een bepaalde situatie sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht.

Het wettelijk kader

Het arbeidsovereenkomstenrecht is gericht op ongelijkheidscompensatie tussen werkgever en werknemer. De werknemer neemt in het economisch verkeer immers een zwakkere positie in dan de werkgever. Het is daarom dat titel 7.10 BW overwegend van dwingend recht is. De laatste decennia is echter vanwege economische redenen welke hier verder onbesproken blijven, een roep om flexibele arbeid ontstaan.¹⁰

Gebleken is dat de bestaande stramien niet voldoen. Enerzijds zijn er werkgevers die er belang bij hebben over een flexibele schil van losse krachten te beschikken waar men zich die bij economisch zwaar weer van kan ontdoen; anderzijds lijken er steeds meer (jonge) professionals te zijn die deze flexibiliteit juist ambiëren. In hoeverre het inderdaad zo is dat steeds meer werknemers liever ondernemer zijn of dat men gedwongen is dit te doen door de economische omstandigheden is nog de vraag. In ieder geval lijken de grenzen tussen werknemerschap en ondernemerschap te vervagen. Zoals in het voorgaande besproken kan de oorzaak van die zoektocht opkomen van de zijde van de werkgever maar ook van de zijde van de werknemer. Zonder het (fiscale) belang van de werknemer te willen bagatelliseren, kan gesteld worden dat de belangen van de werkgever het grootst zijn. De oude Joodse, bepaald niet vriendelijke, wens zegt genoeg; 'ik wens u veel personeel'.¹¹

Partijen menen de oplossing voor een escape uit het dwingendrechtelijke regime van de arbeidsovereenkomst op grond van titel 7.10 BW niet zelden te zoeken in het nadrukkelijk kwalificeren van de arbeidsrelatie als overeenkomst van opdracht zoals bedoeld in art 7:400 BW. Deze partijen veronderstellen blijkbaar, getuige de hierna te bespreken jurisprudentie, dat de gevolgen van een overeenkomst in de sfeer van het inhuren van arbeid en diensten geheel ter eigen dispositie staan.¹² Dat is een

⁵ Daarbij moet worden opgemerkt dat dit belang relatief is in die zin dat de fiscus de belastingplichtige bij de heffing van de IB toch wel weer tegenkomt.

⁶ Corrigeert de werkgever zijn aangifte dan zal niet zelden de inspecteur wel een nieuwe aanslag opleggen maar doorgaans ervan afzien dit door te geven aan het UWV. Zie hierover J.H. Ermers, 'Eenmalige gegevensuitvraag werk en inkomen bij het UWV', PS Documenta 2013/6 p. 391-401

⁷ HR 13 juli 2007, NJ2007, 449 (Thuiszorg Rotterdam/PGGM)

⁸ Zie ook annotatie Molenaar bij Rechtbank 's Gravenhage 7 juli 2010, NTFR 2010/2118 (LJN BN3387) Terror Jaap

⁹ kamerstukken II 2003/04 29677, art. 3.156 Wet op de Inkomstenbelasting 2001

¹⁰ De redenen van deze ontwikkeling is ongetwijfeld van rechtssociologische aard. Omdat niet de redenen van deze ontwikkeling in dit artikel aan de orde is maar de gevolgen ervan, zullen deze redenen onbesproken blijven.

¹¹ Een vluchtige blik door afd. 7.10 BW geeft een beeld van de vele rechten van de werknemer.

¹² Zulks blijkt ook uit een archief van ruim negentig contracten welke de afgelopen vijf jaar in het kader van dit onderzoek zijn verzameld.

mythe, art. 7:400 lid 1 en 2 sluiten zulks nadrukkelijk uit.¹³ Voornoemd artikel schrijft dwingendrechtelijk¹⁴ voor dat een overeenkomst welke op grond van de kenmerken zoals beschreven in titel 7.10 is te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst, niet op eigen gezag van partijen tot een overeenkomst van opdracht kan worden gedecimeerd. Afdeling 7.7.1 (overeenkomst van opdracht) is een vangnetregeling die alleen van toepassing is op overeenkomsten die dienstverrichting inhouden die geen arbeidsovereenkomst zijn. Teneinde op de juiste wijze na te gaan of er sprake is van een arbeidsovereenkomst kan uitsluitend worden getoetst aan art. 7:610 BW. Het inhuren van arbeid onder de vigeur van de huidige wetgeving is daarmee nauwelijks flexibel te noemen.

Verschillende invalshoeken in rechtspraak en literatuur

Omdat er met betrekking tot de vraag of er wel of geen sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van titel 7.10 BW zoveel verschillende belanghebbenden en belangen zijn is het niet verwonderlijk dat er met betrekking tot dit thema voortdurend wordt geprocedeerd. Men zou verwachten dat de stroom rechtspraak na verloop van tijd wel minder zou worden omdat op een gegeven moment op grond van de jurisprudentie wel duidelijk is waar de grenzen liggen maar zulks is met betrekking tot het onderhavige thema nauwelijks het geval. De oorzaak daarvan is mede gelegen in het feit dat drie ‘verschillende’ rechters, te weten de civiele kamer van de Hoge Raad, de Belastingkamer van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep en de daaraan voorafgaande lagere rechters, vanuit verschillende invalshoeken over hetzelfde vraagstuk oordelen.¹⁵ Hierna wordt op hoofdpunten een overzicht gegeven van ons inziens opvallende jurisprudentie gedurende de laatste decennia. Daarbij is een indeling gemaakt naar de drie hiervoor beschreven juridische dimensies, te weten: 1) het civiele perspectief, 2) het fiscale perspectief en 3) het socialezekerheidsperspectief. Daarna worden nog enkele overwegingen uit de rechtspraak en de literatuur aangehaald die onafhankelijk van de drie voornoemde perspectieven licht werpen op de kwalificatievraag vanuit het perspectief van de vraag of er al dan niet sprake is van gezag in de zin van art. 7:610 BW.

Met het arrest Groen/Schoevers¹⁶ gaf de Hoge Raad een zeer ruime uitleg aan het hiervoor beschreven wettelijk kader. De wetgever heeft, zoals hiervoor reeds aangehaald, door de combinatie van de leden 1 en 2 van art. 7:400 BW immers bepaald dat afdeling 7.7.1 (Overeenkomst van opdracht) heeft te gelden als een vangnetregeling in die zin dat de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht alleen kan worden vastgesteld aan de hand van art. 7:610 BW. In het eerst lid van art. 7:400 BW geeft de wetgever aan dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst de werking van afd. 7.7.1 uitsluit en in het tweede lid wordt dit nog eens versterkt door in het algemeen te stellen dat afd. 7.7.1 alleen dan van toepassing kan zijn indien niet iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of de aard van de overeenkomst (...) of van een andere rechtshandeling of gewoonte. Niet voor niets wordt in de literatuur gesproken van de zogenaamde ‘uitschakelbepaling’.¹⁷ Daar komt nog bij dat ook in art. 1 van de Dienstenwet van 12 november 2009¹⁸ uitdrukkelijk wordt vermeld dat deze wet alleen van toepassing is op diensten ‘anders dan in loondienst verricht’. Ook de Dienstenrichtlijn¹⁹ is alleen van toepassing op diensten ‘anders dan in loondienst verricht’.

Op grond van de wettelijke regelingen voornoemd doet de kwalificatie die partijen aan de overeenkomst geven in beginsel niet ter zake. Dat laatste legt de Hoge Raad in het arrest Groen/Schoevers anders uit door te bepalen dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten (...). Vervolgens betoogt de Hoge Raad dat wat tussen partijen heeft te gelden mede wordt bepaald door hetgeen zij bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond (...). Hiermee brengt Hoge Raad de wil van partijen in als ‘nieuw’ ankerpunt aan de hand waarvan de rechter, ‘mede in aanmerking genomen de wijze

¹³ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Bijzondere overeenkomsten* (Asser 7 IV), Deventer: Kluwer 2009, nr. 36 en 48

¹⁴ Art. 7:400 is naar haar aard van dwingend recht

¹⁵ D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en sociale-verzekeringsrecht* (Diss. UvA), Deventer: Kluwer 2008

¹⁶ HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schoevers)

¹⁷ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Bijzondere overeenkomsten* (Asser 7 IV), Deventer: Kluwer 2009, nr. 48

¹⁸ Stb. 2009, 505

¹⁹ Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt PbEU 2006, L 376/36 (Bolkesteinrichtlijn), art. 1 en 4 lid 2

waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven', kan vaststellen of er sprake is van een overeenkomst van opdracht dan wel van een andere in de wet geregelde overeenkomst.

De civiele jurisprudentie geeft verder het beeld dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst bepalend is voor de vraag hoe een overeenkomst dient te worden gekwalificeerd²⁰, dat de tekst van de (akte van) de overeenkomst niet doorslaggevend kan zijn²¹ en dat bij de uitleg van een arbeidsverhouding het wezen voor de schijn gaat.²² Een enkele keer oordeelt de Hoge Raad dat indien partijen geen arbeidsovereenkomst maar een overeenkomst van opdracht hebben beoogd, dit weliswaar van belang is, maar niet beslissend voor de kwalificatievraag.²³ De bedoeling van partijen is daarmee hoogstens een nevenschikkend argument.²⁴

De fiscale jurisprudentie spitst zich toe op een bijzonder detail van de kwalificatievraag. Hiervoor is reeds betoogd dat de kwalificatievraag dient te worden beantwoord aan de hand van art. 7:610 BW. In dit artikel worden de drie kenmerken van een dienstbetrekking gegeven: gezag, arbeid en loon. De componenten arbeid en loon zijn weliswaar ook soms onderwerp van discussie tussen partijen²⁵ maar in een overwegend aantal gevallen is de gezagscomponent het punt waarop de belanghebbende zich in rechte bekeunt.²⁶ In de fiscale jurisprudentie ligt de nadruk meer op de materiële component van het gezag, slechts de mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen is voldoende om fiscaal aan het gezagscriterium te hebben voldaan. Er is op dit punt ruime jurisprudentie.²⁷ In fiscalibus speelt de bedoeling van partijen slechts een ondergeschikte rol.²⁸ Het is op zijn minst merkwaardig dat de fiscale jurisprudentie zich op een andere wijze ontwikkelt dan de civiele jurisprudentie. De wetgever heeft getuige art. 2.1 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 immers bepaald dat het fiscale recht het civiele dienstbetrekkingsbegrip dient te volgen.

De jurisprudentie inzake het kwalificatievraagstuk vanuit het perspectief van sociale zekerheid voegt enkele interessante gezichtspunten toe. In gevallen waarin de Centrale Raad van Beroep concludeerde tot de aanwezigheid van een dienstbetrekking zijn de volgende overwegingen van belang. De aard van de werkzaamheden kan zich er tegen verzetten dat een opdrachtnemer vrij is met betrekking tot de uitvoering van zijn opdracht²⁹ en het feit dat de werkzaamheden worden gecontroleerd en geëvalueerd duidt op een dienstbetrekking.³⁰ In gevallen waarin de Centrale Raad van Beroep het vermeende bestaan van een dienstbetrekking afwees zijn de volgende overwegingen van belang. In een zaak waarin een boer voor één dag en zeer onregelmatig kuikenvangers inhuurde overwoog de Raad dat de omvang van de arbeidsprestatie in tijd gemeten te kort is om werkgeversgezag uit te oefenen. In de zaak tussen de IND en een tolk overwoog de Centrale raad van Beroep 'De werkgever heeft de arbeidsverhouding steeds gezien als een overeenkomst van opdracht en heeft daarnaar gehandeld. Belanghebbende heeft door zijn inschrijving als ondernemer in het handelsregister en doordat hij omzetsbelasting in rekening heeft gebracht, zich gepresenteerd als zelfstandige. Dat hij zich al voor een aanvraag van een WW uitkering hierin niet kon vinden en dat hij voor zijn inkomen in hoofdzaak afhankelijk was van zijn werkzaamheden als tolk voor de IND, maakt dat niet anders.³¹ Deze overwegingen achten wij op gespannen voet met elkaar, in een volgende paragraaf zal hierop nader worden ingegaan.³²

²⁰ HR 5 april 2002, *NJ* 2003, 124 (ABN AMRO/Mahli)

²¹ HR 10 oktober 2003, *NJ* 2007, 446 (Van der Male/Den Hoedt)

²² HR 14 april 2006, *JAR* 2006, 119 (Beurspromovendi); HR 15 december 2007, *JAR* 2008, 19 (Van Houdts/BBO)

²³ HR 10 december 2004, *JAR* 2005, 15 (Diosinth/Groot)

²⁴ Zo ook: D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en socialeverzekeringsrecht* (Diss. UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 128

²⁵ Hof Amsterdam 28 augustus 2010, *LJN* BN4958 (managementovereenkomst BV U-trex/Gorilla); Hof Amsterdam 6 januari 2011, *LJN* DP3299 (Docenten opleidingsinstituut)

²⁶ HR 14 april 2006, *JAR* 2006, 119 (Beurspromovendi); HR 25 maart 2011, *LJN* BP3887 (Gouden Kooi)

²⁷ Hof Amsterdam; 18 december 2002, *LJN* AF 3011; 12 februari 2003, *LJN* AF 5240; 25 september 2003, *LJN* AM7966; 21 april 2004, *LJN* AO9136; Hof 's Hertogenbosch 28 mei 2010, *LJN* BM8457, HR 17 juni 2005, *LJN* AT7633; 6 januari 2011, *LJN* BP5113; 25 maart 2011, *LJN* BP3887

²⁸ D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en socialeverzekeringsrecht* (Diss. UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 127-128

²⁹ CRvB 21 december 1994 *LJN* ZB2567 (pizzabezorgers)

³⁰ CRvB 12 oktober 2008, *LJN* BF7427 (Museumgidsen)

³¹ CRvB 21 februari 2008, *LJN* BC6040 (IND/Tolk)

³² CRvB 15 december 1993, *LJN* ZB2454 (Kuikenvangers)

In de literatuur wordt overwogen dat indien werkzaamheden een wezenlijk onderdeel vormen van de bedrijfsvoering dit mede duidt op de aanwezigheid van een gezagsverhouding. Dat laatste is ook het geval als er sprake is van formeel gezag. Dit formele gezag onderscheidt zich van materieel gezag omdat het is afgeleid van de organisatorische gang van zaken binnen een bedrijf of organisatie.³³

Vanuit het perspectief van de vraag of er al dan niet sprake is van gezag in de zin van art. 7:610 BW willen wij de volgende overwegingen niet onbesproken laten. Reeds in 1991 bepaalde de Hoge Raad in een zaak aangaande een fotomodel dat de enkele mogelijkheid tot het geven van instructies onvoldoende is om daaruit te concluderen dat er sprake is van een gezagsverhouding.³⁴ Interessant in verband met het voorgaande is de conclusie van A-G Langemeijer bij een arrest van de Hoge Raad waarbij in het geding was of de bestuurder van de management BV de arbeid persoonlijk moest verrichten.³⁵ ‘Bij een overeenkomst van opdracht gaat het om “nadere bepaling van de verlangde prestaties” (...) De aanwijzingen bij een overeenkomst van opdracht zijn beperkt tot de uitvoering ervan; de instructiebevoegdheid van de werkgever omvat naast de uitvoering ook andere aspecten van de functie. De aanwijzingen bij een opdracht zijn bovendien minder dwingend van aard. Een opdrachtgever hoeft alleen gevolg te geven aan aanwijzingen die tijdig verleend en verantwoord³⁶ zijn. Bij arbeids-overeenkomsten spreekt men wel in strengere bewoordingen van “bevelen of opdrachten”’.

Twee auteurs vallen op vanwege hun andere visie op de onderhavige kwestie. Trap betoogt dat indien partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend verkiezen geen arbeidsovereenkomst te sluiten er niets op tegen is om de opdrachtnemer de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht te ontzeggen. Hij zwakt dat direct af met de opmerking dat naar gelang de economische afhankelijkheid toeneemt er aanleiding bestaat sneller een arbeidsovereenkomst aanwezig te achten.³⁷ Vooral het eerste standpunt van deze auteur is erg optimistisch over de onderhandelingspositie van de werknemer bij de totstandkoming van de overeenkomst. De opdrachtnemer zal niet zelden in een omstandigheid verkeren waarin hij alles accepteert dat de opdrachtgever/werkgever dicteert. Van een wil van ‘partijen’ zal vaak geen sprake zijn. De sterke partij dringt zijn wil eenvoudig op. ‘Wilt u dat niet? Dan vragen we een ander...’.³⁸ Hetzelfde gaat op voor het betoog van Van Westen die stelt dat de wil van partijen doorslaggevend zou moeten zijn voor de vraag of er wel of geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.³⁹ Deze auteur gaat in zijn betoog van fiscale aard volledig voorbij aan de civiele gevolgen van zijn stellingname. Een meer realistische visie is van van de Wiel-Rammeloo die betoogt dat een arbeidsovereenkomst strekt tot het uitoefenen van gezag over de gehele contractperiode. In het geval van een overeenkomst van opdracht is het geven van instructies veeleer gericht op de uiteindelijk te leveren prestatie, het eindproduct.⁴⁰

Terminologie als rookgordijn

Een bijzondere ontwikkeling die naar ons idee mede de suggestie wekt dat een arbeidrelatie in Nederland flexibel kan worden ingericht is het gebruik van woorden als freelance, zzp-er, oproepkracht, invalkracht en nuluren-contract.⁴¹ Deze begrippen suggereren een onafhankelijke relatie met een opdrachtgever en bovendien suggereren de begrippen freelance en zzp-er, ondernemerschap. De begrippen freelance en zzp-er hebben echter geen juridische inhoud. Ze betekenen slechts dat wat partijen er in de gegeven situatie voor inhoud aan wensen te geven. Hoewel niet zonder gevaar, wordt ter

³³ D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en sociale-verzekeringsrecht* (Diss. UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 185 en 51-51

³⁴ HR 18 december 1991, *LJN ZC4848* (Fotomodel)

³⁵ HR 8 mei 1998, *NJ 2000*, 81 (Management consultants Europe BV/Schoenmaker c.s.)

³⁶ Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Bijzondere overeenkomsten* (Asser 7 IV), Deventer: Kluwer 2009, nr. 103 die overigen ook betoogd dat de aanwijzingsbevoegdheid van regeland recht is. Opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen de instructiebevoegdheid dus uitsluiten waarmee de instructiebevoegdheid niet kan worden gezien als wezenlijk kenmerk van een overeenkomst van opdracht.

³⁷ J.J. Trap, ‘De Hoge Raad na Groen/Schoevers, What’s new?’, *Arbeidsrecht* 2007/24

³⁸ In het onderzoeksarchief bevinden zich een niet gering aantal contracten waarin de werknemer zeer uitdrukkelijk als opdrachtnemer wordt aangeduid en alle risico’s in het geval de rechter ooit anders concludeert nadrukkelijk bij de ‘werknemer’ worden gelegd. Van dit soort contracten gaat een sterke intimiderende werking uit.

³⁹ G.W.B. van Westen, ‘Loonsomheffing: niet nodig en niet wenselijk’, *NtFR* 2010/983

⁴⁰ D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en sociale-verzekeringsrecht* (Diss. UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 185 en 51-51

⁴¹ Zelfstandige zonder personeel

afbakening van het bestaande juridische begrippenstelsel hierna een poging gedaan om de begrippen ‘freelance’ en ‘zzp-er’ te definiëren. Eerst volgt een omschrijving. Een freelancer is iemand die naar de verkeersopvatting geen duurzame vaste werkgever heeft. Hij of zij voert voor rekening van anderen werkzaamheden uit die van korte duur zijn in die zin dat de werkgever/opdrachtgever en de werknemer/opdrachtnemer op het moment van het aangaan van de arbeidsrelatie de wil hebben geuit dat deze arbeidsrelatie tijdelijk is. Daarmee is freelance te definiëren als ‘niet in vaste dienstbetrekking werkzaam’. Deze definitie zegt niets over de civiele of de fiscale betrekking tussen partijen. Iemand die in een korte dienstbetrekking van bijvoorbeeld 6 maanden een marketingopdracht uitvoert is evenzeer freelancer als een zelfstandig gevestigd advocaat die in opdracht van een vennootschap een incasso-opdracht uitvoert. In dat laatste geval is er geen sprake van een civiele dienstbetrekking tussen de advocaat en de vennootschap. Het begrip ZZP-er staat voor ‘zelfstandige zonder personeel’. Het begrip valt dus in twee delen uiteen. Ten eerste is hij ‘zelfstandig’ en ten tweede heeft hij geen personeel. Met betrekking tot het begrip ‘zelfstandig’ als voornoemd wordt opgemerkt dat ook dit begrip geen vaststaande juridische betekenis heeft. Het is wel zo dat het begrip ‘zelfstandig’ in het kader van het ondernemingsrecht niet zelden wordt geassocieerd met ‘ondernemer’. Een natuurlijke persoon die ondernemer is wordt echter al sinds de invoering van het Wetboek van Koophandel⁴² aangeduid als ‘eenmanszaak’. De omstandigheid of een dergelijke ondernemer personeel heeft doet er niet toe als moet worden getoetst aan de artt. 7:610 en 610a. Daarmee is het begrip zzp-er niet nader te definiëren zonder de systematiek van de geldende wetgeving geweld aan te doen.

Beide hiervoor besproken begrippen hebben als gemeenschappelijke kenmerk dat ze in het maatschappelijke verkeer worden geassocieerd met ‘ondernemerschap ten opzichte van de opdrachtgever’. Daarvan kan op grond van het bovenstaande geen sprake zijn.

Inschrijving in het handelsregister en BTW-plicht

In de zaak IND/Tolk⁴³ overwoog de Centrale raad van Beroep dat belanghebbende zich door inschrijving in het Handelsregister had gepresenteerd als zelfstandige en zich daarom op het moment dat de IND de samenwerking opzegde geen aanspraak kon maken op een WW uitkering. Op grond van de artt. 5 en 8 Handelsregisterwet 2007, juncto art. 2 Handelsregisterbesluit 2008 en de beleidsregel inzake het ondernemingsbegrip in het Handelsregister van de Staatssecretaris van Economische zaken van 23 juni 2008⁴⁴, volgt inschrijvingsplicht in het handelsregister indien een natuurlijke persoon⁴⁵ BTW-plichtig is en, indien hij dat niet is, als hij meer dan 15 uren per week in zijn onderneming steekt. Daarbij wordt opgemerkt dat het onderscheid tussen bedrijf en beroep dat in de oude Handelsregisterwet een onderscheidend criterium voor de inschrijfplicht was – alleen bedrijven moesten zich inschrijven, beroepsbeoefenaren niet – niet meer van toepassing is. Alle ‘ondernemers’ die aan voornoemde criteria voldoen, moeten zich inschrijven. Deze grens ligt laag. De reden daarvan is slechts impliciet door de wetgever aangegeven. Het register moet worden gefinancierd uit de heffingen die door de ingeschrevenen worden betaald.⁴⁶ Er is dus belang bij zoveel mogelijk ingeschrevenen. De wetgever geeft als reden voor aanpassing van de Handelsregisterwet overigens een beter functioneren van de overheid en een beter functioneren van de doelen waarvoor het Handelsregister indertijd is ingesteld: de rechtszekerheid in het economische verkeer en de bevordering van de economische belangen van handel, industrie, ambacht en dienstverlening⁴⁷. Dat laatste is naar onze mening een drogreden. Waarom is het niet mogelijk het handelsregister op een elektronisch platform te tillen en op landelijk niveau te laten beheren door enkele tientallen deskundigen. Alsdan zouden de kosten voor het in stand houden van het handelsregister slechts een fractie bedragen van het huidige budget. Bovendien wordt opgemerkt dat een inschrijving in het handelsregister niet constitutief is. Uit de artt. 8 en 20 Hrgw volgt dat inschrijving pas verplicht is uiterlijk een week na aanvang van de bedrijfsuitvoering. Een beginnende ondernemer is dus pas verplicht zich in te schrijven als de onderneming aan het marktproces deelneemt en niet gedurende de tijd dat voorbereidingen worden getroffen. Inschrijving in het handelsre-

⁴² Inwerkingtreding 1 oktober 1838, Stb. 1838, 12

⁴³ CRvB 21 februari 2008, L/JN BC6040

⁴⁴ Stert. 30 juni 2008, nr. 123, p. 15

⁴⁵ Rechtspersonen zijn altijd inschrijfplichtig

⁴⁶ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 656, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 12 Overigens zal de verplichte bijdrage door ondernemers naar verwachting met ingang van 1-1-2013 komen te vervallen.

⁴⁷ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 656, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 3

gister is daarmee nauwelijks een kenmerk dat als aanknopingspunt kan dienen voor het feit of een persoon ondernemer is en zeker niet of de relatie die een ingeschrevene, ondanks het feit dat hij is ingeschreven, met zijn opdrachtgever heeft voldoet aan de beschrijving van de artt. 7:610 en 610a BW.

Uit voornoemd arrest van de Raad blijkt overigens ook dat belanghebbende ruim voor de aanvraag van een uitkering zelf al inzag dat zijn relatie met zijn opdrachtgever voldeed aan de vereisten voor een dienstbetrekking en niet meer kon doorgaan voor een overeenkomst van opdracht. Nu art. 7:400 BW in een dergelijke geval nadrukkelijk voorrang geeft aan kwalificatie als arbeidsovereenkomst is op zijn minst opmerkelijk dat de Raad aanvoert dat belanghebbende met een inschrijving in het Handelsregister zich duidelijk had geprofileerd als zelfstandige⁴⁸

Een vergelijkbare argumentatie als bovenstaande gaat ook op voor de BTW plicht die eveneens in de zaak IND/Tolk door de Raad werd aangevoerd als argument dat belanghebbende zich als zelfstandige had geprofileerd. Een natuurlijke persoon is op grond van art 7 Wet op de Omzetbelasting 1968 al BTW-plichtig als slechts sprake is van maar ‘enige’ zelfstandigheid. De geringste bijverdienste van een particulier kan zo al leiden tot BTW-plicht.⁴⁹

In verband met onderhavige kwestie wordt verder opgemerkt dat inschrijving in het Handelsregister en aanmelding voor de BTW bij de belastingdienst niet altijd uit vrije wil geschiedt. Werkgevers/opdrachtgevers sturen daar niet zelden bewust op aan door inschrijving in het Handelsregister en melding voor de BTW tot voorwaarde voor het verkrijgen van ‘het werk’ te verheffen. Ons zijn gevallen bekend dat werkzoekenden zich maar alvast hebben ingeschreven en gemeld want anders kunnen ze niet meedingen om het werk te verkrijgen. Juist om dit soort situaties te voorkomen is het arbeids-overeenkomstenrecht gericht op ongelijkheidscompensatie en dus van dwingend recht.

Tot slot is het van belang om te melden dat ondernemerschap met de bijbehorende inschrijvingsplicht in het handelsregister en BTW-plicht niet zelden samenloopt met een arbeidsovereenkomst. Het is goed mogelijk dat een persoon een arbeidsovereenkomst met een bescheiden omvang heeft, bijvoorbeeld een of twee dagen in de week, en daarnaast ten opzichte van andere opdrachtgevers, ondernemer is.

VAR als oplossing op het verkeerde niveau

Teneinde rust te scheppen aan het fiscale front betreffende de kwalificatievraag heeft de wetgever de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) ingevoerd.⁵⁰ De ondernemer of instelling die arbeid inhuurt van een persoon die drager is van een VAR met de status ‘winst uit onderneming’ is ‘in beginsel’ gevrijwaard van een loonheffingsclaim. Zeer nadrukkelijk staan in de voorgaande zin de woorden ‘in beginsel’ want deze vrijwaring kan natuurlijk alleen maar opgaan als beide partijen (opdrachtgever en opdrachtnemer) te goeder trouw zijn. De VAR wordt door de opdrachtnemer aangevraagd bij de belastingdienst voor hij een opdracht kan aannemen. Hij dient daartoe een formulier in te vullen waarin vragen moeten worden beantwoord waaruit de belastingdienst kan herleiden of er sprake is van ondernemerschap (in fiscale zin). Zo wordt in dat formulier vanuit verschillende perspectieven nadrukkelijk gevraagd naar de relatie met de opdrachtgever en het aantal (te verwachten) opdrachtgevers.⁵¹ Verder wordt onder andere gevraagd wie de risicodragers is, of de arbeid persoonlijk moet worden uitgevoerd, of er wordt geïnvesteerd (door de aanvrager) en of de opdrachtgever (materieel) gezag *kan* uitoefenen. Als een aanvrager het formulier met de beste bedoelingen zo invult dat de fiscus op basis daarvan concludeert tot ondernemerschap dan wordt een VAR met de status ‘winst uit onderneming’ (WUO) afgegeven. Als de drager van de VAR (WUO) vervolgens op een zodanige wijze werk gaat verrichten dat overduidelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst dan is de goede trouw ver te zoeken. Dat

⁴⁸ Overigens begrijpen wij de waarschijnlijke achterliggende gedachten van de rechters wel. De Werknemer heeft zicht voorgedaan als ondernemer ook al was hij het niet. Hij heeft de uiterlijke verschijningsvormen aangenomen zoals inschrijving in het Handelsregister en het in rekening brengen van BTW zonder dat daar een ‘echte’ onderneming achter zat. In dat geval kan men overwegen dat de schijn het moet winnen van de werkelijkheid (art. 3:36 BW). Het is overigens ook mogelijk dat de Raad heeft laten meewegen dat het de werknemer niet vrij staat de vruchten te plukken van het ondernemerschap (ondernemersaftrek) om vervolgens een beroep te doen op de werknemersverzekeringen.

⁴⁹ Natuurlijk weerhoudt de Kleine Ondernemersregeling (KOR) van art. 25 wet OB 1968 kleine ondernemers van het betalen van BTW maar de ‘ondernemer’ is dan al voor de BTW geregistreerd en is dan in beginsel verplicht BTW te specificeren.

⁵⁰ *Stb.* 2004, 720.

⁵¹ T. Lamers & R. Nagel, *Musiconomie*, Bussum: Coutinho 2010, p. 25 e.v.

laatste is met name het geval als de werkgever weet (of redelijkerwijs kan weten) dat de werknemer economisch afhankelijk is en dat er duidelijk sprake van gezag is omdat de werknemer hetzelfde werk op dezelfde wijze verricht zoals anderen dit voor dezelfde werkgever in dienstbetrekking doen. In een dergelijke geval kan de werkgever zich niet achter de VAR verschuilen.

De volgende complicatie is dat de VAR maximaal fiscale werking kan hebben. Uit het voorgaande is al gebleken dat de verschillende rechters, die arbeidsovereenkomsten vanuit hun eigen jurisdictie beoordelen, niet altijd dezelfde beoordelingscriteria gebruiken⁵². Bovendien kan het de bedoeling van de wetgever niet zijn geweest dat de belastingdienst op de stoel van de civiele rechter gaat zitten.

Een opdrachtnemer/werknemer die een VAR WUO heeft en die op een zodanige wijze werkzaamheden verricht voor een ander dat er volgens art. 7:610 BW e.v. sprake is van een arbeidsovereenkomst geniet dan alle arbeidsrechtelijke bescherming die het civiele recht en het sociale recht te bieden hebben. Dat volgt heel expliciet uit art. 1.2 Wet op de loonbelasting. Het argument dat het de bedoeling van partijen was om geen arbeidsovereenkomst te sluiten kan maar nauwelijks gelding hebben. Bij iemand die op zoek is naar werk en die door een potentiële werkgever/opdrachtgever wordt medege-deeld dat hij alleen mag komen werken als hij over een VAR WUO beschikt, mag alleen al gelet op de vraag of de opdrachtnemer/werknemer wel beseft wat de rechtsgevolgen zijn, niet zonder meer aangenomen worden dat 'zijn' bedoeling enige invloed heeft op de wijze waarop de overeenkomst tot het verrichten van arbeid (op papier) wordt gesloten. Blijft naar onze mening als enig criterium, waarin zowel de belangen van de werkgever als die van de werknemer op gelijke wijze naar voren komen, de vraag hoe partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst⁵³ als leidend thema over.

De VAR is daarmee een poging tot oplossing van het probleem (de roep om flexibele arbeid van de zijde van de werkgevers) die op het verkeerde niveau is geïmplementeerd. De VAR heeft immers maximaal fiscale werking maar tegelijkertijd schrijft de wetgever voor dat de fiscus het (een niveau hogere⁵⁴) civiele recht dient te volgen als het gaat om de in de voorgaande paragrafen besproken kwalificatievraag. Als de wetgever zekerheid wil bieden met betrekking tot de kwalificatievraag dan zal ze op civiel niveau een regeling moeten treffen. Een dergelijke ingreep zal diep in het arbeidsovereenkomstenrecht van tit. 7.10 snijden.

Er is nog een tweede bezwaar tegen het gebruik van de VAR, dat stoelt op de systematiek van de wet. Tot nu toe hebben wij het er voor het gemak en de leesbaarheid zo voorgesteld dat er alleen onderscheid gemaakt kan worden tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht. Civielrechtelijk is dat ook zo; meer smaken zijn er niet. Voor de uitvoering van de socialezekerheids-wetten en op fiscaal gebied bestaat er echter een groot grijs gebied. In de regel zal het niet moeilijk zijn om een 'zuivere' arbeidsovereenkomst te onderscheiden van een 'zuivere' overeenkomst van opdracht. In de woorden van Justice Stewart: "*I know it when I see it.*"⁵⁵ Er zijn echter ook arbeidsverhoudingen die (bijvoorbeeld door het ontbreken van het gezagselement) niet bestempeld kunnen worden als arbeidsovereenkomst maar wel als dusdanig moeten worden beschouwd in die zin dat de wet hier dezelfde rechtsgevolgen aan verbindt. Te denken valt bijvoorbeeld aan exoten als het lid van de bemanning van een vissersvaartuig dat aanspraak heeft op een aandeel in de besomming of de bestuurder van een coöperatie met werknemerszelfsbestuur.⁵⁶ Deze uitzonderingen zijn echter zo specifiek beschreven in de wet dat zij rechtzoekenden geen hoofdpijn bezorgen. De angel zit in artikel 5 van de verschillende wetten als de ZW, de WW en de WIA. Op grond van dit artikel (en in een onderliggend Besluit, het 'Rariteiten-KB' genaamd)⁵⁷ wordt ook als arbeidsovereenkomst beschouwd de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet als dienstbetrekking wordt beschouwd, doch hiermee maatschappelijk gelijk kan worden gesteld. Met deze bepaling zet de werkgever de deur ruim open voor een verplichte verzekering van alle werkenden. Prompt worden dan ook uitzonderingen beschreven die deze uitbreiding weer teniet doen. De belangrijkste is opgenomen in art. 8 lid 1 van het Rariteiten-KB. Hierin wordt bepaald dat de

⁵² Zie conclusie van AG van Ballegooijen bij HR 25 maart 2011, *LJN* BP3887 (Gouden Kooi)

⁵³ In de literatuur ook wel de 'substance over form' -benadering genaamd.

⁵⁴ Zulks volgt expliciet uit art. 2.1 Wet op de loonbelasting 1964

⁵⁵ *Nico Jacobellis v. Ohio*, 22 June 1964, 378 U.S. 184

⁵⁶ Art 4, eerste lid onder respectievelijk f en h, WW. Andere voorbeelden zijn de musicus, de topsporter, de thuiswerker en de sekswerker.

⁵⁷ Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd ("Rariteiten KB"), 24 december 1986, *Stb.* 1986, 655

uitzondering van art. 5 ZW namelijk niet van toepassing is op zelfstandigen. Artikel 8 van het Rariteiten KB maakt dat zij die op grond van hun arbeidsverhouding zojuist met een breed gebaar door de voordeur zijn binnengelaten nu schielijk door de achterdeur worden afgevoerd. Voor de toepassing van deze uitzonderingsbepaling (en alleen daarvoor) is de VAR ingevoerd en van nut. De werkgever zal dus eerst moeten afwegen of sprake is van een arbeidsovereenkomst en pas als hij hier niet van overtuigd is, moeten nagaan of er sprake is van een VAR winst uit onderneming, om zo uit te kunnen uitsluiten dat de uitzondering van art 5 ZW van toepassing is. In de praktijk gaan werkgevers kort door de bocht en checken zij eerst of er een VAR is (of beter gezegd: zij eisen van de opdrachtnemer dat deze over een VAR beschikt) met de redenering: als iemand zelfstandige is zal hij niet in dienstbetrekking werken. Dat is echter een misvatting. Dat iemand zelfstandig ondernemer is sluit niet uit dat hij in een bepaalde arbeidsverhouding in dienstbetrekking werkzaam is.

Conclusie

Het is zoals A-G Huydecooper in zijn conclusie bij het beurspromovendi arrest schreef een holistische afweging van feiten en belangen⁵⁸ als het gaat om de vraag of de relatie tussen opdrachtgever/werkgever en opdrachtnemer/werknemer is te kenschetsen als een arbeidsovereenkomst ex titel 7.10 BW danwel een overeenkomst van opdracht ex titel 7.7 BW.

Een ding is zeker, omdat de regelgeving betreffende de arbeidsovereenkomst overwegend van dwingend recht is en omdat de wetgever met de uitschakelbepaling van art 7:400 lid 2 BW expliciet heeft aangegeven dat de overeenkomst van opdracht niet naar keuze van partijen kan worden aangegaan met het oog op het vermijden van het ontstaan van een arbeidsovereenkomst, is flexibele arbeid naar het vigerende recht, een illusie.

In art. 7:610a BW heeft de wetgever het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst vastgelegd. Dit rechtsvermoeden komt er op neer dat er behoudens tegenbewijs vanuit kan worden gegaan dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst indien een natuurlijke persoon gedurende drie maanden wekelijks danwel tenminste twintig uren per maand arbeid verricht. Wij zouden de in dit artikel neer gelegde criteria “wekelijks *danwel* 20 uren gedurende drie maanden” als bovengrens willen beschouwen in die zin dat als kwantitatief meer arbeid wordt verricht en er sprake is van een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt om in dienst van de andere partij tegen loon gedurende een zekere tijd arbeid te verrichten (veelal samengevat in het klassieke trio: gezag/arbeid/loon), de overeenkomst als een arbeidsovereenkomst dient te worden gekwalificeerd met alle gevolgen van dien. Ook de VAR kan deze civiele basisregels van tit. 7.10 BW niet doorbreken.

Toekomst

Het arbeidsrecht is sinds de recente economische crisis een voortdurend onderwerp van politiek gesprek. Flexibilisering van arbeid is daarbij een veel gehoord adagium. Onlangs heeft de regering een sociaal akkoord gesloten waarin de positie van werknemers en quasiwerknemers tenminste duidelijker wordt. Zonder daarmee uitputtendheid te pretenderen staan de volgende maatregelen op de politieke agenda:

1. Momenteel is in art. 7:668a de zogenaamde “drie in drie regel” vastgelegd. Deze regel komt er op neer dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege overgaat in een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd als na het verstrijken van het derde tijdelijke contract binnen drie jaar (of korter) de arbeidsrelatie voortduurt of indien er sprake is van twee overeenkomsten die gezamenlijk drie jaar bestrijken, en na afloop waarvan de arbeidsrelatie voortduurt.

In het akkoord is overeengekomen dat de periode van drie jaar zal worden teruggebracht tot twee jaar. De werkgever moet dus na twee jaar een punt zetten achter de arbeidsrelatie als hij wil voorkomen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

2. Om te voorkomen dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat hoeft de werkgever naar het huidige recht⁵⁹ na drie contracten of drie jaar (zie onder “1” hiervoor) slechts een pauze van

⁵⁸ HR 14 april 2006, *JAR* 2006, 119 (Beurspromovendi)

⁵⁹ 2013

drie maanden in te lassen om de gehele cyclus opnieuw te laten starten. Van deze mogelijkheid wordt niet zelden in het onderwijs gebruik gemaakt. Op deze wijze kan een werkgever een werknemer on-eindig aan het lijntje houden als hij er maar voor waakt dat om de drie jaar de arbeidsrelatie voor drie maanden wordt onderbroken.

De coalitie heeft nu met elkaar afgesproken dat deze “pauze” van drie maanden om de “drie in drie” cyclus te stuiten zal worden opgerekt tot zes maanden.

3. In het huidige arbeidsrecht kunnen werkgever en werknemer een proeftijd overeenkomen. Gedurende deze periode kunnen zowel werkgever als werknemer de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen. Conform art. 7:652 kan deze proeftijd in het geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd maximaal twee maanden bedragen terwijl de proeftijd in het geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd welke korter is dan twee jaren maximaal één maand kan bedragen.

Onder het voorgenomen recht kan geen proeftijd meer worden bedongen voor een arbeidsovereenkomst met een maximale duur van zes maanden.

4. Momenteel kan bij CAO worden afgeweken van de “drie in drie regel”. Een voorbeeld waarin dat is gebeurd is de CAO HBO waarin is opgenomen dat docenten in het kunstvakonderwijs (HBO) die een aanstelling van minder dan 50% hebben én daarnaast ondernemer zijn (een zelfstandige beroepspraktijk als uitvoerend of beeldend kunstenaar uitoefenen), tot maar liefst acht jaren aan het lijntje kunnen worden gehouden met tijdelijke contracten van wisselende omvang.

De regering is van zins deze mogelijkheid om af te wijken van de wettelijke regel aan banden te leggen.

5. Onder het huidige recht loopt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege af bij het verstrijken van de contractduur. Opzegging is niet vereist. De werknemer kan dus op in beginsel de laatste dag van zijn contract te horen krijgen dat hij ‘morgen’ niet hoeft te verschijnen⁶⁰. Het spreekt voor zich dat deze mogelijkheid werknemers zeer kan frustreren omdat zij hopen dat de werkgever is vergeten dat het contract afloopt en de arbeidsrelatie stilzwijgend wordt voortgezet waarmee van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

De wetgever is voornemens voor tijdelijke contracten van 6 maanden of meer een aanzegtermijn van een maand in te voeren. De werkgever moet dan tenminste een maand voor het aflopen van het contract aan de werknemer laten weten dat hij het contract wenst te beëindigen. De werknemer wordt op deze wijze minder overvallen door het einde van de overeenkomst en kan zich zo voorbereiden op het aanstaande ontslag door te gaan solliciteren en/of een uitkering aan te vragen.

6. Zowel in het geval van arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als voor bepaalde tijd is het niet ongebruikelijk dat een (non-) concurrentiebeding wordt opgenomen. Een dergelijk beding beperkt de werknemer bij het wisselen van werkgever omdat de werknemers doorgaans contractueel worden beperkt in het aannemen van werk bij werkgevers in dezelfde branche en in de nabije omgeving. De achtergrond van een dergelijk beding is doorgaans de angst van de werkgever dat de werknemer klanten “meeneemt” naar de nieuwe werkgever.

In het sociaal akkoord voornoemd is overeengekomen dat het behoudens bijzondere omstandigheden niet meer zal zijn toegestaan om een concurrentiebeding op te nemen in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De ratio van deze maatregel is dat het werknemers niet moeilijk mag worden gemaakt om een nieuwe baan te vinden.

Voorgaande voorgenomen maatregelen bevorderen de flexibilisering van het arbeidsrecht bepaald niet:

1) de periode waarbinnen tijdelijke contracten mogen worden gesloten wordt korter, 2) de pauzeperiode voor het stuiten van de “3 in 3” cyclus wordt verdubbeld, 3) De proeftijd voor korte contracten wordt afgeschaft, 4) de mogelijkheid om bij CAO af te wijken van de “3 in 3” cyclus wordt beperkt en

⁶⁰ Art. 7:667 lid 2 BW

5) ook tijdelijke contracten moeten voortaan tijdig worden opgezegd door de werkgever. Het enige dat flexibiliteit bevordert (6) is de mogelijkheid dat een werknemer met een tijdelijk contract nu ongestraft op elk moment naar de concurrent kan lopen onder medeneming van de klanten. Toch zit er ook een element van flexibilisering in de voornemens van de regering. Onder het huidige recht kan de werkgever wel heel ruim sollen met werknemers om te voorkomen dat er een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd ontstaat. Werknemers zitten daardoor voortdurend op de schopstoel. Onder het voorgenoemen recht zal de werkgever eerder aan de werknemer moeten laten weten of hij een langdurige relatie wil aangaan en dat bevordert de arbeidsmobiliteit 'an sich' ook want als de werkgever dat niet wil of zich dat niet kan veroorloven dan moet hij afscheid nemen van de werknemer en kan hij 'm niet eindelijk aan het lijntje houden. De werknemer hoeft dan geen valse hoop te hebben en kan op zoek naar een andere werkgever.