

W 24
Flexibele arbeid:
juridische aspecten

mr. O. Albers

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Bibliotheek
Plein 1813, no. 4
2514 JM Den Haag
tel.: 070-3564454/52

S.v.p. terugbezorgen voor:

17-12-92	

's-Gravenhage, september 1987

Exemplaren van deze uitgave zijn te bestellen bij het
Distributiecentrum Overheidspublikaties, Postbus 20014,
2500 EA 's-Gravenhage, door overmaking van f 10,-- op
giro 751 dan wel schriftelijk of telefonisch (070-789911)
onder vermelding van titel en ISBN-nummer en het aantal
gewenste exemplaren.

ISBN: 90 346 1314 3

Publikatie van de Wetenschappelijke Raad voor het
Regeringsbeleid

WOORD VOORAF

In 1985 publiceerde de Raad het rapport "Waarborgen voor zekerheid". Daarin werd aandacht besteed aan de mogelijkheden die een gedeeltelijk basisinkomen biedt voor een flexibeler functioneren van de arbeidsmarkt. Inmiddels heeft het verschijnsel flexibiliteit grote en brede aandacht gekregen als algemene karakteristiek van de moderne economische bedrijvigheid.

Ter nadere exploratie van dit verschijnsel en in aansluiting op eerder genoemd rapport heeft de Raad verdere studies naar flexibiliteit en arbeid laten verrichten en begeleid. Die studies behelsden o.a. de beleving van de flexibele arbeid door werknemers en werkneemsters de juridische aspecten van flexibele arbeidscontracten. Over dit laatste thema gaat het voorliggende werkdocument.

De studie is in opdracht van de WRR verricht door mr. O. Albers, universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, tevens werkzaam als advocaat. Op gedegen en deskundige wijze heeft de auteur verschillende flexibele arbeidsrelaties geïnterpreteerd. Daarbij is vooral gekeken naar fricties in relatie tot het arbeids- en sociale zekerheidsrecht. Op persoonlijke titel verbindt de auteur daaraan enkele conclusies en aanbevelingen die ter verbetering van de huidige situatie kunnen leiden.

dr.ir. K. Teer
lid WRR

INHOUDSOPGAVE

	Pag
1 INLEIDING	
1.1 Opzet van het rapport	4
1.2 Omschrijving van de begrippen	5
1.3 Maatschappelijke relevantie	6
2 JURIDISCHE RELEVANTIE	
2.1 Algemeen	8
2.2 De ambtelijke aanstelling	9
2.3 Het civiele recht	10
2.3.1 Elementen van de arbeidsovereenkomst	10
2.4 Werkingssfeer van arbeidsrechtelijke regelingen	14
2.4.1 Algemeen	14
2.4.2 Motieven voor de gekozen werkingssfeer	15
2.4.3 Nadere uitwerking van de werkingssfeer van enkele wetten	17
3. FLEXIBELE ARBEIDSRELATIES EN HUN JURIDISCHE DUIDING	
3.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	20
3.2 Afroepovereenkomst	21
3.2.1 Algemeen	21
3.2.2 Voorovereenkomst	23
3.2.3 Arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht	25
3.3 Thuiswerkovereenkomst	26
3.4 Uitzendrelatie	28
3.5 Arbeidspool	30
3.6 Free-lance overeenkomst	31
3.7 De ambtelijke aanstelling in tijdelijke dienst krachtens art. 6, tweede lid onder e ARAR	32
3.8 Het arbeidscontract bij de overheid	32
4 FRICTIES IN HET ARBEIDSRECHT EN HET SOCIAAL VERZEKERINGSRECHT	
4.1 Arbeidsduur en werktijden	34
4.1.1 Fricties	37
4.2 CAO	38
4.2.1 Fricties	41

	pag.
4.3 Bovenwettelijke uitkeringen	41
4.3.1 Fricties	41
4.4 Loonaanspraak	42
4.4.1 Fricties	46
4.5 Loonhoogte	47
4.5.1 Fricties	49
4.6 Vakantie en vakantiebijslag	49
4.6.1 Fricties	50
4.7 Ontslagbescherming	50
4.7.1 Fricties	55
4.8 Sociale verzekeringen	56
4.8.1 Kring der verzekerden	56
4.8.2 Recht op uitkering	60
4.8.3 Premiebetaling	61
4.8.1 Fricties	61
5. AANPASSINGEN OM DE FRICTIES TE VERMIJDEN	
5.1 Inleiding	64
5.2 Interne of externe arbeidsmarkt	65
5.3 Sociale partners of wetgever	66
5.4 Flexibilisering met vast personeel	68
5.4.1 Wetgever	68
5.4.1.1 Arbeidswet	68
5.4.1.2 Ontslagrecht	69
5.5 Kwantitatief beperken van flexibele arbeidsrelaties	71
5.5.1 Sociale partners	71
5.5.2 Wetgever	71
5.5.2.1 Quotumregeling	72
5.5.2.2 Voorwaarden overeenkomst voor bepaalde tijd	73
5.5.2.3 Definitie arbeidsovereenkomst	73
5.5.2.4 Rechtsvermoeden	75
5.5.2.5 Wet op het terbeschikkingstellen van arbeidskrachten	75
5.6 Versterking van de rechtspositie van werknemers met een flexibele arbeidsrelatie	
76	
5.6.1 Sociale partners	76
5.6.1.1	76

	pag
5.6.2 Wetgever	77
5.6.2.1 Loonhoogte	77
5.6.2.2 Aanspraak op loon	77
5.6.2.3 Verplichting de arbeidsduur schriftelijk overeen te komen	80
5.6.2.4 Minimum aantal arbeidsuren	81
5.6.2.5 Bedongen en feitelijk gewerkte aantal uren	81
5.6.2.6 Verhouding tussen bedongen en oproepbare aantal uren	81
5.6.2.7 Vakantiewetgeving	82
5.7 Sociale verzekeringen	83
5.7.1 Kring der verzekerden in de werknemersverzekeringen	83
5.7.2 Het verzekerd zijn voor de ZW, WAO en ZFW	84
5.7.3 Franchise WAO	84
5.8 De ambtelijke aanstelling en het arbeidscontract naar burgerlijk recht	85
6 SAMENVATTING EN CONCLUSIES	
6.1 Algemeen	86
6.2 De rol van de sociale partners	86
6.3 Versterking van de positie van de werknemersvakorganisaties	87
6.4 Wegnemen van fricties t.a.v. flexibilisering met vast personeel	88
6.5 Het beperken van het aantal flexibele arbeidsrelaties en het versterken van de rechtspositie van werknemers op flexibele contracten	89
6.5.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	89
6.5.2 Afroepovereenkomst	90
6.5.3 Thuiswerkovereenkomst	92
6.5.4 Uitzendovereenkomst	92
6.4.5 Free-lance overeenkomst	93
6.5.6 De ambtelijke aanstelling en de overeenkomst naar burgerlijk recht	93
7. NOTEN	95

1 INLEIDING

1.1 Opzet van het rapport

Flexibilisering van de factor arbeid is een in omvang snel toenemend en niet meer weg te denken verschijnsel in de Nederlandse arbeidsverhoudingen. Flexibilisering houdt in dat de factor arbeid moet kunnen worden ingezet naar gelang het werkaanbod dat vereist.

Dit kan worden gerealiseerd door middel van het flexibel inzetten van het vaste personeel of door het aantrekken van losse, snel inzetbare en soms slechts een beperkt aantal uren werkzame werknemers op flexibele basis. In dit rapport zijn uitsluitend de juridische implicaties verbonden aan het verschijnsel flexibilisering en de wijze waarop de negatieve gevolgen kunnen worden voorkomen, dan wel verminderd, onderwerp van onderzoek geweest.

De opbouw van dit rapport is als volgt:

In hoofdstuk 1 zijn de begrippen interne en externe flexibilisering uitgewerkt en wordt op de omvang en de maatschappelijke gevolgen ingegaan.

Hoofdstuk 2 bevat een beschrijving van de verschillende contracten waarop in het civiele recht arbeid kan worden verricht. Van het ambtenarenrecht worden uitsluitend die vormen van aanstelling en arbeidscontract besproken, die worden toegepast in het kader van flexibilisering. In dit hoofdstuk wordt verder uitvoerig ingegaan op de elementen van de arbeidsovereenkomst. Tenslotte wordt een overzicht gegeven van de werkingssfeer van de belangrijkste arbeidsrechtelijke wetten.

In hoofdstuk 3 worden de verschillende flexibele arbeidsrelaties uitgewerkt. Besproken worden de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de afroepovereenkomst, de thuiswerkovereenkomst, de uitzendrelatie, de arbeidspool, de free-lance overeenkomst, de ambtelijke aanstelling in tijdelijke dienst krachtens art. 6 tweede lid onder e ARAR en het arbeidscontract bij de overheid. Daarbij wordt met name aandacht geschonken aan de vraag hoe deze overeenkomsten juridisch geduid kunnen worden.

Hoofdstuk 4 behandelt onderwerpsgewijs fricties die zich in het arbeidsrecht met betrekking tot de flexibilisering van arbeid voordoen. Aandacht wordt besteed aan de arbeidsduur en werktijden, de werkingssfeer van de cao, bovenwettelijke uitkeringen, loonaanspraak, loonhoogte, vakantie en vakantiebijslag, ontslag en sociale verzekeringen. Het zijn immers juist deze onderwerpen die bij flexibilisering een rol spelen.

De wijze waarop de gesignaleerde fricties kunnen worden vermeden wordt in hoofdstuk 5 besproken. Dit hoofdstuk heeft dezelfde opbouw als hoofdstuk 4 en bevat derhalve eveneens een onderwerpsgewijze behandeling. Gepleit wordt voor een versterking van de onderhandelingspositie van de werknemersvakorganisaties, opdat de sociale partners hun rol -primair verantwoordelijk te zijn voor de regulering van de flexibele arbeidsrelaties- kunnen realiseren.

Daarnaast heeft de wetgever ook een eigen verantwoordelijkheid.

Aanpassingen van de wetgeving teneinde de omvang van het aantal flexibele arbeidsrelaties te verminderen en de rechtspositie van deze werknemers te verbeteren, worden voorgesteld.

Hoofdstuk 6 tenslotte bevat de samenvatting en conclusies.

De in de hoofdstukken 4 en 5 beschreven fricties en wijzen waarop deze kunnen worden verminderd, worden in dit hoofdstuk per flexibele arbeidsrelatie samengevat. Daaraan voorafgaande is aandacht geschonken aan de rol die sociale partners en wetgever daarin hebben, alsmede aan de keuze tussen interne en externe flexibilisering.

1.2 Omschrijving van de begrippen

Een algemeen aanvaarde omschrijving van flexibilisering van arbeid bestaat niet. Globaal gesteld refereert flexibilisering van arbeid aan het soepeler inschakelen van arbeid in de bedrijfsvoering dan voorheen gebruikelijk was. Een bruikbare onderscheiding is die tussen flexibilisering met gebruikmaking van vast personeel en flexibilisering door middel van het aantrekken van werknemers werkzaam op flexibele en losse, of tijdelijke basis (in de rapportage van de Werkgroep Flexibele Arbeidsrelaties van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid respectievelijk aangeduid als flexibilisering via de interne arbeidsmarkt en de

externe arbeidsmarkt 1).

Flexibilisering met het vaste personeel houdt in dat de eigen werknemers in sterkere mate kunnen worden ingezet op die momenten waarop aan hen behoefte is. Deze werknemers hebben een normale arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een vaste arbeidsduur op jaarbasis. Deze vorm van flexibilisering komen we vooral tegen bij deeltijdarbeid, maar ook bij voltijd-werknemers die een wisselend aantal uren per dag, week of maand werken.

De arbeidsrechtelijke vragen die hierbij rijzen zijn van geheel andere aard dan die welke zich voordoen bij de flexibilisering door middel van flexibele arbeidsrelaties. Dat laatste houdt in dat de onderneming met werknemers overeenkomsten sluit welke inhouden dat alleen gewerkt zal worden op die momenten waarop de werkgever van de arbeid gebruik wil maken. De betreffende werknemers werken op afroep of in thuiswerk; zij hebben geen of slechts een minimumgarantie voor wat betreft het aantal te werken uren en loonbetaling vindt uitsluitend plaats over de gewerkte uren.

Daarnaast kan het flexibele karakter van de arbeidsrelatie uitsluitend of voornamelijk gericht zijn op het ontlopen van de beschermende bepalingen van het ontslagrecht. De arbeidsrelaties worden dan zo gekozen, dat voor het eindigen daarvan geen vergunning van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau is vereist. Een duidelijk voorbeeld hiervan is de dienstbetrekking voor bepaalde tijd.

1.3 Maatschappelijke relevantie

Betrouwbare cijfers over de omvang van de flexibele arbeidsrelaties zijn niet voorhanden. In november 1985 waren volgens Mr. F. Kruse, directeur-generaal arbeidsvoorzieningen van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 500.000 personen op basis van een tijdelijk of afroep-contract werkzaam en volgens dezelfde bron in februari 1986, dus slechts 5 maanden later, reeds 800.000. Het FNV-secretariaat voor vrouwelijke werknemers meende in april 1986 dat dit aantal sindsdien weer was gestegen tot 1 miljoen. Het Rapport Berenschot acht het niet verantwoord exacte indicaties omtrent de omvang van het gebruik van flexibele arbeidsrelaties te geven 2). Uit dit rapport blijkt wel dat het om een toenemende en in omvang aanzienlijke groep werknemers gaat.

De grote verschillen in de genoemde aantallen vindt overigens mede zijn oorzaak in het feit dat de grens tussen flexibele arbeidsrelaties en het "normale" arbeidscontract soms moeilijk is te trekken. Zo bestaat bijvoorbeeld geen eenstemmigheid over de vraag of deeltijd-overeenkomsten tot de flexibele arbeidsrelaties moeten worden gerekend.

Een algemeen oordeel over het verschijnsel flexibilisering is niet te geven. Daarvoor is immers vereist dat de noodzaak voor de ondernemingen daartoe wordt afgewogen tegen de maatschappelijke bezwaren voor de werknemers en de gemeenschap. De omvang en de aard van de aan flexibilisering verbonden nadelen zijn anders in geval van flexibilisering met het vaste personeel dan in geval van het aangaan van flexibele arbeidsrelaties. In het laatste geval verschillen de nadelen naar de verschillende soorten van overeenkomsten. Flexibilisering met het vaste personeel vraagt van werknemers de bereidheid meer uren achtereen, dan wel op tot dan toe ongebruikelijke momenten arbeid te verrichten. De bezwaren daartegen zijn begrijpelijk. Daar staat tegenover dat de rechtspositie van de werknemers - behalve wat betreft dit aspect - niet wordt aangetast.

Flexibele arbeidsrelaties daarentegen hebben, afhankelijk van het soort van overeenkomst, in min of meerdere mate nadelige gevolgen, zowel voor deze werknemers als voor de gemeenschap als geheel. Deze gevolgen zijn onder meer:

- Er ontstaat een tweedeling van de arbeidsmarkt in:
 - werknemers die tot de vaste kern behoren, op arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werken, grote werkzekerheid hebben en op wie alle beschermende regelingen van toepassing zijn, en
 - werknemers die behoren tot de periferie, op losse contracten werkzaam, met grote werkonzekerheid en die bovendien de bescherming van vele regelingen missen.
- Het ondernemersrisico wordt afgewenteld op de werknemers en de sociale fondsen.
- Flexibele arbeidsrelaties zijn, in ieder geval voor zover zij niet tot een verruiming van werkgelegenheid leiden, in strijd met het emancipatiestreven omdat het juist vrouwen zijn die noodgedwongen dit soort van contracten sluiten.

2 JURIDISCHE RELEVANTIE

2.1 Algemeen

Voor een nadere analyse van de contractsvormen op grond waarvan arbeid voor een ander kan worden verricht, dient in de eerste plaats onderscheid gemaakt te worden tussen het ambtenarenrecht en het civiele arbeidsrecht.

ambtenarenrecht

Op grond van de Ambtenarenwet kan bij de overheid arbeid worden verricht krachtens een aanstelling als ambtenaar (in tijdelijke of in vaste dienst), of als arbeidscontractant op basis van een arbeidsovereenkomst. De arbeidsvoorwaarden van de ambtenaar door of vanwege het Rijk aange-steld zijn krachtens art. 125 Ambtenarenwet bij Algemene Maatregel van Bestuur vastgesteld in het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR). Voor ambtenaren aangesteld bij lagere overheden gelden soortgelijke rechtspositiereglementen.

De arbeidsverhouding van de arbeidscontractanten wordt beheerst door op grond van art. 134 Ambtenarenwet uitgevaardigde reglementen, waarvan het voor het Rijk geldende Arbeidsovereenkomstenbesluit (AOB) het belangrijkste is.

Een uitvoerige bespreking van het ambtenarenrecht zou in het kader van dit rapport te ver voeren. Flexibilisering komt echter in toenemende mate ook bij de overheid voor. Om die reden zal in dit en de volgende hoofdstukken kort worden ingegaan op die aspecten die voor de flexibilisering van arbeid bij de overheid van belang zijn.

Civiele recht

In het Burgerlijk Wetboek worden in artikel 1637 drie typen van overeenkomsten tot het verrichten van arbeid onderscheiden 1):

- de arbeidsovereenkomst;
- de overeenkomst tot aanneming van werk;
- de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.

Deze opsomming is limitatief, dat wil zeggen dat elke overeenkomst waarbij tegen beloning voor een ander arbeid wordt verricht tot één van de drie genoemde overeenkomsten behoort. De arbeidsovereenkomst en de overeenkomst tot aanneming van werk worden in de wet gedefinieerd, de

overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten niet. Laatstgenoemde is aanwezig indien de overeenkomst noch een arbeidsovereenkomst, noch een overeenkomst tot aanneming van werk is en vormt daarmee een restgroep die door eigen bepalingen en bedongen voorwaarden, en bij gebreke daarvan door het gebruik, wordt geregeerd.

In de praktijk wordt meestal op basis van een arbeidsovereenkomst arbeid verricht. Die overeenkomst is in 1907 in de artikelen 1637 t/m 1639 BW uitvoerig geregeld. Op werknemers werkzaam op arbeidsovereenkomst zijn bovendien de overige arbeidsrechtelijke wetten van toepassing.

De arbeidsovereenkomst kan daarom worden beschouwd als het complete entreebiljet tot het arbeidsrecht. Is de overeenkomst een arbeids-overeenkomst, dan zijn in nagenoeg alle gevallen alle arbeidsrechtelijke wetten van toepassing; indien de arbeidsrelatie geen arbeidsovereenkomst is kan de betreffende werknemer slechts een beroep doen op de sociale verzekeringen, bij uitzondering op één of enkele van de overige arbeidsrechtelijke wetten, maar nooit op de Wet op de arbeidsovereenkomst (vierde boek, zevende titel A BW), de Wet gelijk loon en de Wet gelijke behandeling. De sterke bescherming die de werknemer op arbeidsovereenkomst op deze wijze wordt geboden, maakt het belang dat de arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst is bijzonder groot. Is de overeenkomst geen arbeidsovereenkomst, dan zijn partijen immers grotendeels vrij de inhoud daarvan naar eigen inzicht vast te stellen en kan de economisch en maatschappelijk zwakkere werknemer zich niet op (alle) dwingendrechtelijke bepalingen beroepen.

2.2 De ambtelijke aanstelling

Het ARAR bevat een limitatieve opsomming van de gronden voor een tijdelijke aanstelling voor bepaalde of onbepaalde tijd. Daartoe behoort ondermeer:

- (de aanstelling) van personen die belast zijn met werk van kennelijk tijdelijk karakter (art. 6, tweede lid, onder e ARAR).

Uit de tekst volgt dat het werk zelf van tijdelijke aard dient te zijn. Voor het opvangen van piekbelasting kan deze aanstellingsgrond niet worden gebruikt. De aanstelling eindigt indien het werk (bijv. een project) is voltooid. In het geval de aanstelling zonder onderbreking van meer dan een maand vijf jaar heeft geduurd, wordt aangenomen dat deze

aanstellingsgrond zich niet meer voordoet, en wordt de amtenaar een aanstelling in vaste dienst verleend, tenzij vaststaat dat zijn werkzaamheid in het door hem vervulde ambt binnen het jaar zullen worden beëindigd (art. 6 derde en vierde lid ARAR). Voor het ontslag uit tijdelijke dienst behoeft de reden niet te worden opgegeven, zodat ook een toetsing daarvan door de Ambtenarenrechter niet mogelijk is. (Zie verder 3.7)

Het AOB kent in art. 4, eerste lid onder e wel een indiensttredingsgrond die de overheid in staat stelt extra drukte op te vangen. Dit artikellid luidt:

- (indienstneming) van personeel, behorend tot een zoom van arbeidskrachten, noodzakelijk voor de aanpassing van een dienst aan schommelingen in de hoeveelheid der te verrichten werkzaamheden.

In 3.8 worden de rechtspositionele gevolgen voor de arbeidscontractant op grond van bovenstaande bepaling in dienst genomen, kort besproken.

2.3 Het civiele recht

2.3.1 Elementen van de arbeidsovereenkomst

Van de in artikel 1637a BW genoemde kenmerken van de arbeidsovereenkomst is de gezagsverhouding het meest onderscheidende element ten opzichte van de andere overeenkomsten. Een werknemer is in dienst wanneer hij ondergeschikt is aan zijn werkgever. Voor het aannemen van ondergeschiktheid is essentieel dat de werkgever rechtens de mogelijkheid heeft tot gezagsuitoefening, door middel van het geven van instructies of aanwijzingen met betrekking tot het verrichten van de arbeid. Daarnaast spelen ook secundaire kenmerken -vooral bij de thuiswerkovereenkomst- een rol. Het gezag van de werkgever behoeft niet noodzakelijk door de juridische werkgever te worden uitgeoefend, maar kan ook, namens deze, door de werkgever bij wie de arbeid wordt verricht geschieden. In uitzend- en uitleenverhoudingen doet zich dat voor. Het gezag kan zich meer of minder ver uitstrekken. Ook arbeid in beroep die aan de werknemer een grote mate van vrijheid laten, zoals artsen, kan op arbeidsovereenkomst en dus in ondergeschiktheid worden uitgeoefend. Voor buiten de onderneming werkende personen, zoals vertegenwoordigers, geldt hetzelfde.

Het "in dienst zijn" wordt dan ook niet alleen bepaald door de gezagsverhouding, maar mede door andere factoren. De vrijheid van de werknemer ten aanzien van zijn werktijden en werkindeling, het incidentele karakter van de arbeid en de mate waarin de werknemer ondernemersrisico draagt, zijn dergelijke factoren. Het feit dat de werknemer zelf kan bepalen wanneer hij zijn arbeid verricht, ontnemt op zich aan de overeenkomst niet het element van ondergeschiktheid. In een tweetal uitspraken betreffende thuiswerksters besliste de Hoge Raad dat er sprake was van een gezagsverhouding, hoewel de werkneemsters de vrijheid hadden hun werktijden zelf vast te stellen 3). Doorslaggevend daarbij was dat zij verplicht waren een minimale hoeveelheid werk per dag af te leveren en dat hun werkzaamheden tot de gewone bedrijfsarbeid van de werkgever behoorden. Hier spelen derhalve secundaire kenmerken een rol.

Daartegenover staat dat de radiomedewerker die reportagewerkzaamheden verrichtte op afroep, en die zelf kon bepalen wanneer hij zou werken en hoeveel tijd hij daaraan besteedde, volgens de Rechtbank Amsterdam om die reden niet ondergeschikt was 4). De radio- en televisiewereld neemt, zo lijkt het, met betrekking tot de vraag of op arbeidsovereenkomst wordt gewerkt, een aparte plaats in. Veel programmamedewerkers worden door middel van uitnodigingsformulieren telkens uitgenodigd aan een programma mee te werken. De rechter neemt in deze gevallen geen arbeidsovereenkomst aan, omdat de ondergeschiktheid zou ontbreken. Deze rechtspraak wijkt af van die in andere bedrijfstakken.

Ondergeschiktheid bestaat, zo blijkt uit het bovenstaande, uit een tweetal elementen: de verplichting voor de werknemer om zijn arbeid te (blijven) verrichten en de bevoegdheid van de werkgever bij de uitvoering van de werkzaamheden aanwijzingen te kunnen geven. Beide elementen worden in onderlinge samenhang beoordeeld. Wordt de arbeid in de onderneming zelf verricht dan kan ondergeschiktheid tijdens de werkzaamheden worden aangenomen. Hoewel niet van vaste rechtspraak kan worden gesproken, is uit uitspraken af te leiden dat onderscheid wordt gemaakt tussen de vrijheid niet te komen werken en de vrijheid de begonnen arbeid te beëindigen. Afroepkrachten die vrij zijn aan de oproep gehoor te geven, maar die, indien zij met de arbeid zijn begonnen deze niet voor het voltooiën daarvan kunnen beëindigen, zijn indien zij arbeid verrichten meestal ondergeschikt 5). Het ontbreken van ondergeschiktheid wordt veelal wel aangenomen indien de werknemer vrij is met de begonnen arbeid te stoppen 6).

Ondergeschiktheid ontbreekt bij de overeenkomst tot aanneming van werk en bij de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.

De gezagsverhouding is de tegenkant van de onbepaaldheid van de prestatie. Hieruit volgt dat als vastgelegd is hoe lang gewerkt moet worden, dit veelal een aanwijzing is dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst: wat gedaan moet worden en hoe dit zal gebeuren is dan immers juist niet vastgesteld. Is duidelijk wat gepresteerd moet worden en kan de werkgever geen aanwijzingen ten aanzien van de uitvoering geven, dan wordt geen ondergeschiktheid aangenomen.

Bij het ontbreken van ondergeschiktheid daarentegen is de arbeidsprestatie waartoe de contractant zich verplicht vooraf expliciet of impliciet bepaald. Binnen de grenzen van het overeengekomene staat het de betrokkene vrij zelf te bepalen op welke wijze hij het overeengekomen resultaat wil verwezenlijken. Tot die vrijheid behoort ook de vaststelling door de contractant van de tijdstippen waarop de arbeid wordt verricht. De rechtspraak acht geen ondergeschiktheid aanwezig indien de contractant de aangevangen werkzaamheden kan beëindigen op een door hem zelf te bepalen moment. A contrario volgt hieruit dat indien deze vrijheid niet aanwezig is het vermoeden bestaat dat ondergeschiktheid aanwezig is. Wordt de arbeid in de onderneming zelf verricht, dan zal om deze reden welhaast vanzelfsprekend een ondergeschiktheidsrelatie bestaan.

Naast de hierboven genoemde ondergeschiktheid zijn de verplichting voor de werknemer de arbeid persoonlijk te verrichten en de verplichting voor de werkgever loon te betalen elementen van de arbeidsovereenkomst. Alleen als deze drie elementen aanwezig zijn is er sprake van een arbeidsovereenkomst. Voor de juridische duiding van flexibele arbeidsrelaties is hiervan vooral het element arbeid van belang.

De werknemer moet juridisch verplicht zijn de arbeid persoonlijk te verrichten. Volgens de Hoge Raad is het onvoldoende dat de werknemer de arbeid feitelijk altijd zelf heeft verricht. Indien de juridische verplichting daartoe niet bestaat ontbreekt de persoonlijke arbeidsverplichting en is om die reden de overeenkomst geen arbeidsovereenkomst. Het laatstgenoemde is in de rechtspraak aan de orde geweest met betrekking tot een krantenbezorgster, die zich ten aanzien van al haar werkzaamheden kon laten vervangen, maar die de werkzaamheden in feite altijd

zelf had verricht. De Hoge Raad overwoog 'dat een overeenkomst van dezen inhoud niet als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt, daar blijkens art. 1637a een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is, dat een contractspartij zich verbindt arbeid te verrichten" 7). De krantenbezorgster in het onderhavige geval was vrij zich ten aanzien van al haar werkzaamheden te laten vervangen en bovendien vrij in de keus door wie. De lagere rechtspraak hecht meer waarde aan het feitelijk gedrag van de werknemer. Laat deze zich nooit vervangen, dan wordt aan het bepaalde in het contract, dat vervanging is toegestaan, geen waarde gehecht.

Bovendien geldt in ieder geval dat indien de mogelijkheid tot vervanging beperkt is -bijv. alleen met toestemming van de werkgever-, dan wel slechts een deel van de werkzaamheden mag betreffen, het element van persoonlijke arbeidverrichting wel aanwezig is 8).

De vraag rijst of dit ook het geval is indien de vervanging voor alle werkzaamheden mogelijk is, maar uitsluitend door een in de overeenkomst met name genoemd persoon of groep van personen mag plaatsvinden.

Vervanging door een met name genoemd persoon komen we tegen in de zgn. tweelingbaan, waarbij de beide werknemers met de werkgever overeenkomen dat de arbeid door één van beide zal worden verricht, zulks in onderling overleg door de werknemers en zonder bemoeienis van de werkgever vast te stellen; vervanging beperkt tot een persoon uit een door de werkgever samengestelde pool doet zich veelal bij afroepovereenkomsten voor.

Algemeen wordt aangenomen dat hier sprake is van een persoonlijke arbeidverrichting. In een procedure bij de CRvB kwam de vervanging door een met name genoemde groep werknemers aan de orde 9). De betreffende werkneemster behoorde tot een groep afroepkrachten en had in haar overeenkomst de bepaling staan dat zij bij verhindering voor vervanging door een andere tot de groep behorende werkneemster zou zorg dragen. De CRvB overwoog dat de werkneemster, op het moment dat zij daadwerkelijk arbeid verrichtte, dit op arbeidsovereenkomst deed, daarmee impliciet de persoonlijke arbeidverrichting aannemend.

De kantonrechter Eindhoven overwoog met betrekking tot de overeenkomst tussen een filmhuis en een aantal operators:" de enkele omstandigheid dat de operators onderling voor elkaar kunnen invallen voert niet tot de conclusie dat niet voldaan is aan het vereiste dat de werknemer persoonlijk behoort de arbeid te verrichten. Het gaat hier om een collectieve verplichting waarbinnen wisseling van werkkracht gelet op de te maken

uren, de frequentie en de aard van het werk, geheel redelijk is" (Ktr. Eindhoven, 16 februari 1984, niet gepubliceerd).

De overeenkomst tot aanneming van werk wordt in art. 1637b BW omschreven als de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich verbindt voor de andere partij, de aanbesteder, tegen een bepaalde prijs een bepaald werk tot stand te brengen. Aangenomen wordt dat onder het begrip werk de bewerking of vervaardiging van een stoffelijk voorwerp moet worden verstaan. Behalve ondergeschiktheid ontbreekt ook -tenzij partijen dit in de overeenkomst anders regelen- de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten. De aannemer mag de werkzaamheden door een ander laten uitvoeren. Krachtens het tweede lid van art. 1637c BW zijn echter de bepalingen van de arbeidsovereenkomst van toepassing indien de overeenkomsten tot aanneming van werk elkaar opvolgen. Zie daarover par. 5.5.2.4.

De overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten is in de wet niet nader omschreven. In die gevallen waarin tegen loon arbeid wordt verricht, waarbij de arbeidende partij niet ondergeschikt is en de arbeid niet bestaat uit het vervaardigen of bewerken van een stoffelijk voorwerp, is sprake van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Ook hier geldt derhalve als belangrijkste criterium het ontbreken van ondergeschiktheid. De vraag of het werk van stoffelijke aard is -de onderscheiding met de aanneming van werk- is in een aantal gevallen moeilijk te beantwoorden. Voor de arbeidsrechtelijke positie van degene die arbeid verricht is dit van weinig belang. Zowel de overeenkomst tot aanneming van werk als de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten kennen geen nadere regeling in het BW wat betreft de arbeidsrechtelijke positie, terwijl voor de toepasselijkheid van andere arbeidsrechtelijke wetten niet wordt aangesloten bij het bestaan van één van deze overeenkomsten, maar bij een feitelijke omschrijving van de arbeid.

2.4 Werkings sfeer van arbeidsrechtelijke regelingen

2.4.1 Algemeen

In het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt de arbeidsovereenkomst in een groot

aantal artikelen nader geregeld. Daarin staan bepalingen betreffende de wijze van loonbetaling, het recht op (doorbetaling van) loon, de vakantieaanspraak, het ontslagrecht enz. Een groot deel van deze bepalingen is van dwingend recht, hetgeen betekent dat werkgever en werknemer daar bij overeenkomst niet van kunnen afwijken. Op deze wijze is de werknemer die werkzaam is op arbeidsovereenkomst op vergaande wijze beschermd tegen zijn economisch en maatschappelijk sterkere werkgever. Ten aanzien van de beide andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid -de overeenkomst tot aanneming van werk en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten- geeft het BW geen verdere regels. Wettelijke bepalingen ten behoeve van personen die arbeid voor een ander verrichten treffen we echter niet alleen aan in het BW, maar tevens in een groot aantal andere wetten.

Als voorbeelden kunnen worden genoemd de Wet minimumloon en minimumvakantietoelage (WMM), het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA), de sociale werknemersverzekeringen, de Arbeidswet, de Wet gelijk loon vrouwen en mannen (WGL) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB).

De werkingssfeer van deze wetten wordt in de eerste plaats bepaald door het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Is er sprake van een arbeidsovereenkomst dan gelden bovengenoemde wettelijke regelingen. Bij de Wet op de ondernemingsraden, de Wet gelijk loon vrouwen en mannen en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen is daarmee de werkingssfeer gegeven.

De overige arbeidsrechtelijke wetten kennen een ruimere werkingssfeer. Ook als de arbeidsverhouding geen arbeidsovereenkomst is, kan de desbetreffende wet van toepassing zijn. In de meeste gevallen is de uitbreiding van de werkingssfeer beperkt tot een gering aantal specifieke arbeidsverhoudingen. Alleen het BBA en vooral de sociale werknemersverzekeringen kennen een aanzienlijk ruimere werkingssfeer dan alleen de arbeidsovereenkomst.

2.4.2 Motieven voor de gekozen werkingssfeer

De vraag die rijst is, of de wetgever er bewust voor gekozen heeft de werkingssfeer van de meeste arbeidsrechtelijke wetten geheel of nagenoeg geheel tot werknemers werkzaam op arbeidsovereenkomst te beperken.

Hierdoor wordt immers aan bepaalde groepen van werknemers de bescherming

van het arbeidsrecht onthouden en wordt het voor werkgevers aantrekkelijk werknemers op overeenkomsten, niet zijnde een arbeidsovereenkomst, arbeid te laten verrichten.

Ter beantwoording van deze vraag is de wetsgeschiedenis van de meest recente arbeidsrechtelijke wetten onderzocht. Het betreft hier de vakantiewetgeving (opgenomen in titel 7A van boek III BW en daarom uitsluitend van toepassing op werknemers werkzaam op arbeidsovereenkomst), de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen.

Uit dit onderzoek blijkt dat de discussie over de vraag waarom slechts werknemers op arbeidsovereenkomst voor rechtsbescherming in aanmerking komen in geen der gevallen een rol van betekenis heeft gespeeld. Het lag kennelijk steeds voor de hand aan te knopen bij de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637 a BW. Indien over de werkingssfeer werd gesproken, betrof dat meestal een nadere beperking van de werkingssfeer.

Zowel in de Memorie van toelichting als bij de mondelinge behandeling in het parlement van de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen is voorbij gegaan aan het feit dat de arbeidsovereenkomst niet de enige rechtsvorm is op grond waarvan arbeid wordt verricht 10). Hierbij kan worden aangekend dat in de Memorie van Toelichting met nadruk is vermeld dat het wetsontwerp een uitwerking is van het ILO-verdrag nr. 100, aanbeveling nr. 90 van de ILO en art. 23 van het Handvest der VN. In deze verdragen wordt echter gesproken van gelijk loon voor gelijke (of gelijkwaardige) arbeid, derhalve zonder nadere aanduiding van of beperking tot bepaalde overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Desondanks is zonder nadere motivering slechts aan werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht deze rechtsbescherming toegekend.

Bij de parlementaire behandeling van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 11) en de vakantiewetgeving 12) is er vanuit de Tweede Kamer op gewezen dat de voorheen geldende regeling met betrekking tot de desbetreffende onderwerpen (in beide gevallen een beschikking van het College van Rijksbemiddelaars) aanknoopte bij de werkingssfeer van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) en derhalve ook van toepassing was op enkele overeenkomsten die geen arbeidsovereenkomst zijn (zie voor de werkingssfeer van het BBA het navolgende). Dit was echter

geen aanleiding tot veel discussie en zeker niet tot wijziging van het ingenomen uitgangspunt. Anders dan in de vakantiewetgeving was hiervoor in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag een rechtvaardiging te vinden omdat art. 3 van de wet de mogelijkheid opent de werkingssfeer bij of krachtens Algemene Maatregel van Bestuur uit te breiden. Van die mogelijkheid is tot heden echter nog geen gebruik gemaakt.

2.4.3 Nadere uitwerking van de werkingssfeer van enkele wetten

De werkingssfeer van de tot het arbeidsrecht behorende wetten verschilt per wet en sluit niet geheel aan bij de onderscheiding tussen de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid welke in het BW is gegeven. Voor de vaststelling van de arbeidsrechtelijke gevolgen van flexibele arbeidsrelaties is het daarom niet alleen van belang te bepalen tot welke van de drie in het BW genoemde overeenkomsten tot het verrichten van arbeid de betreffen arbeidsrelatie behoort, maar tevens of, en zo ja, in hoeverre andere arbeidsrechtelijke wetten op de arbeidsverhouding van toepassing zijn.

In het onderstaande wordt een kort overzicht van de belangrijkste wetten gegeven.

De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM) is in de eerste plaats van toepassing op personen die op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Daarnaast wordt in het tweede lid van artikel 2 de werkingssfeer uitgebreid tot personen die krachtens overeenkomst met een ander tegen beloning geregeld bemiddeling verlenen bij het tot stand komen van overeenkomsten van die ander met derden. Hierbij geldt echter als voorwaarde dat de bemiddelaar uitsluitend voor die ander werkt, dat het geen bijkomstige werkzaamheid is en dat de bemiddelaar zich doorgaans niet door meer dan twee personen laat bijstaan. Deze uitbreiding maakt dat bijvoorbeeld handelsagenten die aan de voorwaarden voldoen aanspraak hebben op het minimumloon en de minimumvakantiebijslag.

Zowel degene die op arbeidsovereenkomst werkzaam is als de bemiddelaar moet tenminste een derde van de normale werktijd werkzaam zijn, wil de WMM op hun arbeidsverhouding van toepassing zijn.

Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) is in de eerste plaatst van toepassing indien de arbeidsverhouding een arbeids-

overeenkomst is. Uitzondering hierop vormt het bepaalde in artikel 2 van het BBA. Daarin worden werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam, onderwijzend en docerend personeel, personen die een geestelijk ambt bekleden en vrouwelijke werknemers, die uitsluitend of in hoofdzaak huishoudelijke of persoonlijke diensten in de huishouding van private personen verrichten, van de werking van het BBA uitgesloten.

Tegenover deze beperkingen wordt in art. 1 BBA de werkingssfeer van het BBA uitgebreid met degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander. Daarbij geldt als voorwaarde dat hij dergelijke arbeid in de regel niet voor meer dan twee anderen verricht, dat hij zich niet door meer dan twee andere personen laat bijstaan en dat de arbeid voor hem niet van bijkomende aard is. (zie voor een nadere toelichting daarop par. 4.7)

Deze uitbreiding houdt in dat ook sommige personen die niet in ondergeschiktheid arbeid verrichten de ontslagbescherming van het BBA kunnen genieten. Daarbij is het niet van belang of het een overeenkomst tot aanneming van werk of een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten betreft. De arbeid moet persoonlijk worden verricht. Volgens de Hoge Raad dient het te gaan om een contractuele verplichting. Het feit dat de werknemer de arbeid altijd persoonlijk heeft verricht is op zichzelf derhalve onvoldoende 13).

Werknemersverzekeringen (ZW, WAO, NWW en ZFW). De kring der verzekerden van de werknemersverzekeringen bestaat -op één uitzondering na- uit alle werknemers werkzaam op arbeidsovereenkomst. Die uitzondering betreft degene die ten behoeve van zijn werkgever geheel of bijna geheel huishoudelijke of persoonlijke diensten in diens huishouding verricht en die diensten doorgaans op minder dan 3 dagen per week verricht. Daarnaast is een groot aantal andere personen onder de werkingssfeer van de wet gebracht door middel van een gelijkstelling. Deze geldt onder meer voor:

- degene die ingevolge een overeenkomst tot aanneming van werk, anders dan als thuiswerker, persoonlijk een werk tot stand brengt;
- degene die bemiddeling verleent voor één ander bij de tot standkoming van overeenkomsten met door hem te bezoeken personen. Deze werkzaamheid mag niet van bijkomstige aard zijn en de betrokkene mag zich doorgaans niet door meer dan twee andere personen laten bijstaan.

Bovendien zijn krachtens artikel 5 ZW, WAO en NWW bij Algemene Maatregel

van Bestuur de thuiswerker, de hulp van de thuiswerker, degene die als musicus of anderszins als artiest optreedt, degene die als beroep een tak van sport uitoefent, de uitzendkracht en degene die feitelijk persoonlijke arbeid tegen beloning verricht, onder de werkingssfeer van de sociale werknemers-verzekeringswetten gebracht. De musicus, artiest, sportbeoefenaar en uitzendkracht zijn altijd gelijkgesteld. De thuiswerker en zijn hulp alleen indien hij persoonlijk arbeid verricht tegen een bruto inkomen dat doorgaans over een maand tenminste zal bedragen $\frac{2}{5}$ van het voor zijn leeftijd geldende minimumloon, gerekend naar de volle werktijd. Voor degene die feitelijk persoonlijke arbeid verricht geldt dat hij slechts wordt gelijkgesteld, indien hij die arbeid doorgaans tenminste twee dagen per week verricht tegen een bruto inkomen dat doorgaans over een week tenminste zal bedragen $\frac{2}{5}$ van het voor zijn leeftijd geldende minimumloon, berekend over de volle werktijd.

3. FLEXIBELE ARBEIDSRELATIES EN HUN JURIDISCHE DUIDING

3.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is alleen sprake indien vooraf de einddatum is bepaald, of wanneer het eindigen van de periode volgens een objectief kenmerk kan worden vastgesteld. Het laatste doet zich bijv. voor indien de dienstbetrekking wordt gesloten ter vervanging van een zieke werknemer. De termijn is dan niet tevoren exact bepaald, maar het eindtijdstip wordt bepaald door een van buiten komende oorzaak waar geen der partijen invloed op kan uitoefenen 1).

Ook de overeenkomst voor een bepaald werk, de campagne of een seizoen is er één waarvan het einde niet exact in de tijd is bepaald. Ook dan kan er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Kan, want volgens de Hoge Raad is dat alleen het geval indien het voor een ieder duidelijk is dat het werk is voltooid, of het seizoen is geëindigd. Het einde van de overeenkomst moet volgens een objectief kenmerk kunnen worden vastgesteld. Objectief kenmerk staat hier als tegenstelling tot de subjectieve wil van partijen. Het tijdstip waarop de overeenkomst eindigt mag door partijen niet kunnen worden beïnvloed. In zijn uitspraak stelde de Hoge Raad het aldus: "Er is geen sprake van een dienstbetrekking 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 werknemer uitgaande verklaring wordt vereist, strekkende tot vaststelling van de datum waarop het dienstverband zal aflopen en alzo tot beëindiging van de arbeidsverhouding" 2). Latere jurisprudentie leert dat indien werknemers (i.c. ging het om timmerlieden) worden aangenomen voor de bouwtijd van een gebouw, de arbeidsovereenkomst dan ook pas is geëindigd wanneer er voor dat gebouw in het geheel geen timmerwerkzaamheden meer nodig zijn 3). In flexibele arbeidsrelaties veel gebruikte aanduidingen 4) als: "eindigt op het moment waarop naar het oordeel van de werkgeefster de werkzaamheden voltooid zijn", of "voor de tijd dat er werk voorhanden is", voldoen niet aan bovengenoemde eis. Dit betekent dat de dienstbetrekking voor bepaalde tijd voor de duur van een werk slechts bij hoge uitzondering kan worden toegepast. De overeenkomst zal in de

meeste gevallen als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moeten worden aangemerkt.

3.2 Afroepovereenkomst

3.2.1 Algemeen

De afroepovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de afroepcontractant, zich bereid verklaart om op afroep van de andere partij, de werkgever, tegen beloning arbeid te verrichten.

Uit deze omschrijving volgt dat de afroepovereenkomst in ieder geval valt onder de in art. 1637 BW genoemde overeenkomsten. Om welke van de drie het gaat moet worden bepaald aan de hand van de feitelijke situatie. Meest kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst is de ondergeschiktheid. Aan ondergeschiktheid zou volgens velen de vrijheid van de werknemer het aangeboden werk te weigeren of geen gehoor te geven aan de oproep in de weg staan. Meermalen heeft de rechter uitgesproken dat deze vrijheden geen belemmering zijn om ondergeschiktheid aan te nemen 5). Terecht omdat op het moment dat de werknemer daadwerkelijk gaat werken hij dat in ondergeschiktheid gaat doen.

Als een afroepcontractant verplicht is aan de oproepen van de werkgever gehoor te geven, is meestal sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 6). Ook de verplichting om minimaal een bepaalde prestatie te verrichten wijst in die richting 7).

Aangenomen kan worden, dat er in beginsel sprake zal zijn van een doorlopende arbeidsovereenkomst wanneer:

- a. de afroepcontractant verplicht is om aan elke oproep van de kant van de werkgever gehoor te geven, of
- b. een minimum aantal uren is overeengekomen, of
- c. de afroepcontractant wel vrij is om niet aan een oproep gehoor te geven, maar hij zich in dat geval moet laten vervangen door iemand uit een met name genoemde groep.

Ad a Incidenteel gebruik maken van een bevoegdheid tot weigeren wegens een aanvaardbare reden belemmert niet het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Als op de afroepcontractant de verplichting rust om aan iedere oproep gehoor te geven, is er vrijwel zeker sprake van een arbeidsovereenkomst. Hierover bestaat in de

literatuur vrijwel eenstemmigheid; de rechtspraak is verdeeld 8).
 Ad c Uitgangspunt is dat als een werknemer zich op grond van zijn overeenkomst ten aanzien van al zijn werkzaamheden mag laten vervangen er volgens de Hoge Raad geen ondergeschiktheid en dus geen arbeids-overeenkomst aanwezig is 9). De lagere rechtspraak volgt de Hoge Raad niet, maar acht de vraag of de werknemer zich feitelijk laat vervangen van beslissende betekenis.

In het geval waarin de werknemer zich bij verhindering slechts kan laten vervangen door een andere werknemer, die behoort tot een beperkte en door de werkgever samengestelde groep, blijft het element 'persoonlijk arbeid verrichten' en dus een doorlopende arbeidsovereenkomst aanwezig 10).

Indien de afroepcontractant niet verplicht is aan een oproep gehoor te geven, kan gesteld worden dat een arbeidsovereenkomst aanwezig is op het moment waarop arbeid wordt verricht 11). Dat is alleen anders indien de afroepcontractant vrij is om op ieder gewenst moment zelf het einde van het werk te bepalen 12). De overeenkomst is in dat geval een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.

Vervolgens rijst de vraag hoe de overeenkomst van de afroepkracht moet worden getypeerd. De Stichting van de Arbeid onderscheidt een viertal hoofdsorten 13):

- a. geheel vrijblijvende opname in de kaartenbak van de werkgever; geen der partijen is gebonden;
- b. vrijblijvende opname in de kaartenbak als onder a., met dien verstande dat vastligt welke arbeidsvoorwaarden zullen gelden zodra feitelijk wordt gewerkt;
- c. de constructie waarbij één der partijen gehouden is hetzij aan de oproep gehoor te geven, hetzij om arbeid aan te bieden. In de praktijk komt het er doorgaans op neer dat de werknemer gehouden is aan de oproep gehoor te geven, terwijl de werkgever zich niet heeft verplicht tot het bieden van arbeidsgelegenheid of, bij ontbreken daarvan, tot het doorbetalen van het loon. Ook hier is vooraf afgesproken welke arbeidsvoorwaarden van kracht zullen zijn;
- d. de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.

In de onder a en b genoemde gevallen bestaat voor de werkgever geen verplichting op te roepen en voor de werknemer geen verplichting aan een oproep gehoor te geven. Dat de arbeidsvoorwaarden zijn overeengekomen die zullen gelden indien feitelijk wordt gewerkt, doet daaraan niets af. In dit rapport wordt dan ook het onderscheid tussen de onder a en b genoemde gevallen niet overgenomen.

Zowel het Rapport Flexibele Arbeidsrelaties 14) als het Commentaar van de Stichting van de Arbeid 15) onderscheiden bovendien de voorovereenkomst op basis waarvan op geen der partijen een verplichting rust en de voorovereenkomst krachtens welke de werknemer verplicht is aan de oproep gehoor te geven, of de werkgever om arbeid aan te bieden.

Ook die onderscheiding wordt in dit rapport niet gevolgd.

De overeenkomst heeft in het laatstgenoemde geval alle kenmerken van de arbeidsovereenkomst, alleen met uitsluiting van de verplichting arbeid te verschaffen (art. 1638Z BW), of om arbeid te verrichten (art. 1639d BW). Deze bepalingen zijn van dwingend recht, zodat partijen de toepasselijkheid daarvan niet rechtsgeldig kunnen uitsluiten. De stelling dat de overeenkomst door het opnemen van deze bepaling haar karakter van arbeidsovereenkomst zou hebben verloren, gaat voorbij aan het systeem en karakter van het arbeidsrecht en is daarom onjuist. Bovendien houdt de overeenkomst waaruit voor één der partijen verplichtingen voortvloeien, een onevenwichtigheid van rechten en plichten in. In het commentaar van de Stichting van de Arbeid wordt dan ook terecht de vraag opgeworpen of een dergelijke overeenkomst wel een geoorloofde oorzaak bezit.

Zowel in de rechtspraak als in de literatuur wordt de hier beschreven onderscheiding eveneens niet gemaakt, maar wordt de voorovereenkomst met verplichtingen voor één der partijen als arbeidsovereenkomst aangemerkt.

Op grond van het bovenstaande wordt in dit rapport de navolgende tweedeling gemaakt:

- de voorovereenkomst op grond waarvan telkens arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd ontstaan;
- de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde of voor bepaalde tijd met uitgestelde prestatieplicht (mup).

3.2.2 Voorovereenkomst

De voorovereenkomst zelf is in feite niet meer dan de afspraak dat de

werknemer in de kaartenbak van de werkgever wordt opgenomen en dat hij in beginsel bereid is aan een oproep gehoor te geven. Nadat aan een oproep gehoor is gegeven ontstaat een arbeidsovereenkomst. Deze arbeidsovereenkomst is dan voor bepaalde tijd, namelijk voor de periode dat is opgeroepen. De voorovereenkomst kan er aldus uitzien:

"Hiermee bevestigen wij dat u zich met ingang van 1 mei 1984 beschikbaar stelt om als invalkracht op afroep werkzaamheden in ons bedrijf te verrichten in de functie van hulp-verkoopster. Voor elke invalperiode wordt -op voorwaarden als vermeld in dit schrijven- een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. De arbeidsovereenkomst vangt aan op de eerste dag van de werkzaamheden en eindigt zodra de overeengekomen termijn is verstreken". De oproep eindigt, omdat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, met het verstrijken van de overeengekomen termijn. Bij veelvuldige oproeping ontstaat volgens de rechter een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Een afroepcontract had de volgende inhoud: "U stelt zich ten behoeve van onze organisatie beschikbaar als oproepkracht, voorshands voor het verrichten van administratieve werkzaamheden, hetgeen inhoudt dat u ten behoeve van verschillende afdelingen kunt worden ingezet. De duur van de werkzaamheden wordt van bedrijfswege bepaald. U bent niet gehouden gehoor te geven aan een oproep, terwijl het bedrijf niet verplicht is u op te roepen. Indien u gehoor geeft aan een oproep ontstaat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd". Deze overeenkomst is in feite een voorovereenkomst. De Kantonrechter stelde echter: "dat zulk een overeenkomst alleen zin heeft als de werkgever niet te karig is met zijn oproepingen en de werknemer niet te ruim met zijn weigeringen" 16). Hoewel de voorovereenkomst geen oproepplicht kent en geen plicht voor de werknemer aan de oproep gehoor te geven, neemt de kantonrechter deze verplichtingen wel aan. Omdat de werknemer haast het gehele jaar met een gemiddeld aantal uren van 35 was opgeroepen, stelde de kantonrechter dat de overeenkomst er een is voor onbepaalde tijd. De feitelijke situatie kan dus meebrengen dat er van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sprake is, hoewel een voorovereenkomst is overeengekomen.

Uit onderzoek blijkt dat de voorovereenkomst in een groot aantal gevallen bepaalt dat de werkzaamheden zullen eindigen "zodra de drukte voorbij is" of "indien het werk naar het oordeel van de werkgever voltooid is" 17). Dit zijn geen objectieve criteria zodat de arbeidsovereenkomst die na de

oproep ontstaat geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is en derhalve ook niet van rechtswege eindigt. (Zie par. 3.1).

3.2.3 Arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht

Werkgever en werknemer sluiten een arbeidsovereenkomst waarin zij afspreken na afroep daadwerkelijk arbeid te gaan en te laten verrichten. De arbeidsovereenkomst kan er aldus uitzien:

"Hierbij bevestigen wij dat wij met u overeenkwamen dat u met ingang van 1 mei 1984 bij onze maatschappij in dienst treedt als losse kracht. Dat betekent dat we u naar behoefte een aantal uren per week werkzaam zullen laten zijn; afspraken daarover worden per week gemaakt. Naar verwachting zal het aantal uren per week normaliter liggen tussen 5 en 25. Met uw wensen zal bij de planning van de werkzaamheden zoveel mogelijk rekening worden gehouden. U ontvangt een loon naar rato van het aantal gewerkte uren."

Ook hier een grote vrijheid om al dan niet op te roepen. Hoewel er dus feitelijk weinig verschil bestaat met de reeds besproken voorovereenkomst, zijn zij juridisch bepaald niet gelijk te stellen.

De arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht eindigt niet telkenmale maar loopt door totdat partijen haar met wederzijds goedvinden beëindigen of één der partijen de overeenkomst opzegt. In dat laatste geval gelden alle regels van het ontslagrecht, dus ook de noodzaak een vergunning van de Directeur GAB te hebben.

Uit de overeenkomst moet worden afgeleid dat artikel 1638d Burgerlijk Wetboek is uitgesloten 18). Dit artikel verplicht de werkgever het loon door te betalen ook al verricht de werknemer geen arbeid, indien het niet werken voor zijn risico komt. Tot de omstandigheden die voor risico van de werkgever komen behoort onder meer onvoldoende werkaanbod. Wil de werkgever voorkomen dat hij het loon moet doorbetalen als er geen werk is, dan dient hij de toepasselijkheid van art. 1638d BW uit te sluiten. Dit kan alleen bij schriftelijke overeenkomst, reglement of cao. In afroepovereenkomsten in de vorm van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht wordt art. 1638d BW altijd uitgesloten.

Hét verschil tussen de voorovereenkomst en de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht is dat bij de laatstgenoemde de werkgever verplicht is op te roepen indien er werk voor de afroepkracht beschikbaar is. Eenvoudigweg niet meer oproepen is dus niet mogelijk. Naar even-

redigheid hebben de afroepkrachten aanspraak op arbeid, althans op het loon dat zij daarmee zouden verdienen 19).

3.3 Thuiswerkovereenkomst

De thuiswerkovereenkomst kan worden omschreven als de overeenkomst waarbij de ene partij - de thuiswerker - een overeenkomst sluit met een andere partij - de opdrachtgever/werkgever - om thuis, buiten de direkte controle van de werkgever om, werkzaamheden te verrichten tegen een tevoren afgesproken vergoeding 20).

Het hangt van de feitelijke omstandigheden en afspraken tussen partijen af, welke arbeidsrechtelijke kwalificatie een dergelijke overeenkomst krijgt. Het gaat daarbij om de vraag of gewerkt wordt op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1637a BW, op basis van een overeenkomst tot aanneming van werk, dan wel op basis van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Gezien de (grote) vrijheid van de thuiswerker, het ontbreken van direct toezicht en het feit dat vaak niet duidelijk is of de thuiswerker zich persoonlijk heeft verbonden tot het verrichten van arbeid, wordt de thuiswerkovereenkomst in de literatuur in eerste instantie als aanneming van werk gezien 21).

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de wetgever de thuiswerkers bij Algemene Maatregel van Bestuur onder de werkingssfeer van de sociale werknemersverzekeringen heeft gebracht. Dat is alleen nodig indien niet reeds als gevolg van het bestaan van een arbeidsovereenkomst een verplichte verzekering bestaat. De wetgever heeft derhalve aangenomen dat de thuiswerkovereenkomst (in de meerderheid van de gevallen) geen arbeidsovereenkomst is.

Dat neemt niet weg dat een aantal omstandigheden tot gevolg kan hebben dat de thuiswerkovereenkomst moet worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft in 1978 een arrest gewezen waarin de rechtsverhouding tussen een thuiswerkende ponsstypiste en haar opdrachtgever als een arbeidsovereenkomst werd aangeduid 22). Het feit dat de werkneemster vrij was het werk zelf in te delen en de werkuren te bepalen bleek niet doorslaggevend. Van belang waren ook andere factoren. In de eerste plaats het feit dat voor het uitvoeren van het ponswerk duidelijke instructies moesten worden gegeven door de opdrachtgever. Voorts dat de ponswerkzaamheden behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van de

opdrachtgever. Ten slotte was van belang dat de opdrachtgever bij het aanvoeren van het werk uitging van een minimale productie per dag, waardoor het aantal per dag te werken uren nader werd bepaald. Een thuiswerkovereenkomst aanmerken als arbeidsovereenkomst is echter niet gemakkelijk. Er worden hoge eisen gesteld. De drie hiervoor genoemde punten moeten steeds in onderlinge samenhang worden gezien. Aangenomen mag worden dat:

- als de thuiswerker zich heeft verplicht tot een minimale prestatie,
- tevens door of namens de opdrachtgever instructies worden gegeven en
- dezelfde arbeid in het bedrijf op arbeidsovereenkomst wordt verricht,

er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Als echter één van deze elementen wegvalt is het niet meer zo zeker. Wanneer afgesproken is, dat de thuiswerker steeds een bepaalde hoeveelheid werk zal afleveren en er worden enige instructies voor dat werk gegeven, wil dat bepaald nog niet zeggen dat er een arbeidsovereenkomst aanwezig is. Dat hangt af van de exacte inhoud van de instructiebevoegdheid. Bij een arbeidsovereenkomst gaat het om de bevoegdheid van de werkgever op grond waarvan hij steeds opnieuw instructies met betrekking tot de concretisering van de arbeidsinhoud kan geven. Daarvoor kan de verplichting tot het leveren van een minimale prestatie een aanwijzing zijn, maar niet meer dan dat.

Dit alles neemt niet weg dat in verband met de bescherming die de wet de werknemers beoogt te bieden, niet te spoedig mag worden aangenomen dat partijen hun arbeidsverhouding hebben vervangen door een andere die de kwalificatie van arbeidsovereenkomst niet kan dragen 20).

In de meeste gevallen wordt thuiswerk krachtens aanneming van werk verricht. Voor een goed begrip hiervan volgt hieronder een korte omschrijving.

Onder aanneming van werk wordt door art. 1637b BW verstaan de overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt voor de andere partij tegen een bepaalde prijs een bepaald werk tot stand te brengen. Hoewel dat niet in de definitie staat, wordt algemeen aangenomen dat het moet gaan om werkzaamheden buiten dienstbetrekking en gericht op een werk van stoffelijke aard 24). Door deze toevoeging kan de aanneming van werk worden onderscheiden van de overige overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Bij aanneming van werk gaat men er van uit dat er geen sprake is van een gezagsverhouding. Immers bij aanneming is de overeenkomst voornamelijk gericht op het resultaat en niet op de wijze waarop het resultaat tot stand komt.

3.4 Uitzendrelatie

Tussen het uitzendbureau, de inlener en de uitzendkracht bestaan een drietal relaties: uitzendbureau-uitzendkracht, uitzendbureau-inlener en uitzendkracht-inlener. Zowel tussen uitzendkracht en uitzendbureau als tussen uitzendbureau en inlener wordt een overeenkomst gesloten. De uitzendkracht heeft in ieder geval een feitelijke relatie met de inlener en wellicht ook een rechtsverhouding. Er is derhalve niet sprake van één uitzendovereenkomst, maar van meerdere overeenkomsten die te zamen het complex "het ter beschikking stellen van uitzendkrachten" regelen. In dit rapport wordt alleen aandacht besteed aan de overeenkomst tussen uitzendkracht en uitzendbureau.

De uitzendkracht verricht arbeid voor het uitzendbureau en wordt ook door het uitzendbureau betaald, indien hij werkzaamheden bij de inlener verricht. Hij is echter niet werkzaam in en onder gezag van het uitzendbureau. Het ontbreken van de gezagsverhouding tussen uitzendkracht en uitzendbureau is de reden dat lange tijd geen arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht werd aangenomen. Indien immers een van de elementen van de arbeidsovereenkomst ontbreekt -te weten in dit geval de ondergeschiktheid- is geen arbeidsovereenkomst aanwezig. In de literatuur werd en wordt verdedigd dat het uitzendbureau zijn recht om aanwijzingen te geven door een ander, te weten de inlener, laat uitoefenen 25). Het uitzendbureau geeft dan de algemene instructie dat de arbeider de aanwijzingen van de derde in acht dient te nemen. De ondergeschiktheid van de uitzendkracht aan het uitzendbureau wordt volgens deze opvatting door laatstgenoemde overgedragen aan de inlener. Overeenkomstig deze opvatting beschouwde de Hoge Raad de overeenkomst tussen de Groninger Lascentrale BV en de lasser Koenes als een arbeidsovereenkomst 26). De Lascentrale was een uitleenbedrijf dat lassers aan bedrijven uitleende. Koenes was volgens de bestaande overeenkomst tussen hem en de Lascentrale verplicht de werkzaamheden bij de inlener waarnaar hij was verwezen, uit te voeren. Dit laatste bracht naar het oordeel van vele schrijvers met zich, dat uit de uitspraak van de Hoge Raad niet mag worden afgeleid dat in alle gevallen de relatie tussen het uitzendbureau of de uitlener en de uitzendkracht of de uitgeleende werknemer een arbeidsovereenkomst zou zijn. Een ruimere interpretatie van dit arrest lijkt mogelijk gezien de

passage waarin de Hoge Raad overwoog : " dat het geval, waarbij iemand op grond van een rechtsverhouding met een ander werk verricht bij en voor derden, zich in vele vormen kan voordoen; dat de Rb., wat het onderhavige geval betreft, heeft vastgesteld dat Koenes niet slechts bij de Lascentrale op de loonlijst staat, zijn loon van haar ontvangt onder aftrek van door de Lascentrale ingehouden loonbelasting en premie sociale verzekeringswetten, maar dat daarnaast tussen Koenes en de Lascentrale een gezagsverhouding bestaat in dier voege dat Koenes in beginsel verplicht is zijn werkzaamheden te verrichten bij door de Lascentrale aan te wijzen bedrijven in de metaalsector; dat de Rb. kennelijk als vaststaande heeft aangenomen dat Koenes bij de uitvoering van een door de Lascentrale gegeven opdracht om bij een door haar aangewezen onderneming te gaan werken, wat de aldaar te verrichten werkzaamheden betreft de opdracht en aanwijzingen van deze ondernemer, en niet van de Lascentrale, heeft te volgen; dat dit laatste evenwel niet behoeft te beletten dat de overeenkomst van Koenes en de Lascentrale een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 1637a BW was, omdat de werkgever de nadere bepaling van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden kan overlaten aan een derde, bij wie de werknemer in opdracht van de werkgever zijn, binnen het kader van de overeenkomst vallende werkzaamheden moet verrichten".

De Hoge Raad heeft dit standpunt in het arrest Manpower-Sie bevestigd (27). In dit geval ging het om een uitzendbureau, Manpower en een uitzendkracht Sie, waarbij Sie stelde, dat tussen hem en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst bestond. In de conclusies van de advocaat-generaal bij dit arrest wordt uitvoerig ingegaan op de vraag of, en zo ja, op grond waarvan een arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau moet worden aangenomen. In die conclusie worden als omstandigheden die ertoe leiden dat tussen Sie en Manpower een arbeidsovereenkomst bestaat de overwegingen genoemd die de rechtbank heeft aangevoerd en door de Hoge Raad later zijn overgenomen. De advocaat-generaal voegt daaraan toe dat ondergeschiktheid ook dient te worden aangenomen indien er een volledige vrijheid voor de uitzendkracht bestaat om de duur van de uitzending en de werktijden te bepalen. In dit arrest wordt in ieder geval duidelijkheid geschapen met betrekking tot het uitoefenen van het gezag van het uitzendbureau door de inlener. Het uitzendbureau delegeert zijn gezag aan de inlener, zodat het

feitelijk ontbreken van gezag van het uitzendbureau bij de uitoefening van de werkzaamheden, niet aan het kunnen bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht in de weg staat. Daarenboven concludeert Frenkel dat deze uitspraak van de Hoge Raad tot gevolg heeft, dat tussen een uitzendkracht en uitzendbureau dan wel tussen uitlenend bedrijf en uitgeleende arbeidskracht in beginsel altijd een arbeidsovereenkomst bestaat 28). Die conclusie wordt door het arrest echter niet gedragen. De Hoge Raad baseert de ondergeschiktheid van Sie aan Manpower vooral op het door de rechtbank vastgestelde feit dat Sie verplicht was de door Manpower opgedragen werkzaamheden te verrichten. Die verplichting zal in de praktijk zelden aanwezig zijn. De vraag of ook zonder een zodanige verplichting een arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht bestaat is door de Hoge Raad tot nu toe niet beantwoord. Indien geen verplichting tot arbeid bestaat wordt in de lagere rechtspraak geen arbeidsovereenkomst aangenomen. De kantonrechter Bergen op Zoom noemt de verhouding een dienstverband van bijzondere aard, zonder overigens aan te geven waarom 29). De rechtbank Breda overwoog dat in het haar voorgelegde geval tussen uitzendbureau en uitzendkracht geen uitdrukkelijke afspraken zijn gemaakt over de rechten en verplichtingen van de uitzendkracht en dat dus uit die overeenkomst niet kan worden afgeleid dat tussen partijen een gezagsverhouding heeft bestaan 30). Evenmin kan naar het oordeel van de rechtbank uit de aard van de overeenkomst, aangegaan tussen een uitzendkracht en een uitzendbureau, op grond van het gebruik of de billijkheid een gezagsverhouding worden aangenomen. Of de Hoge Raad deze opvattingen zal onderschrijven is, mede in het licht van de genoemde arresten over de uitzendrelatie, bepaald niet zeker. De uitzendrelatie zou wel eens vaker als een arbeidsovereenkomst kunnen worden beschouwd dan uitzendbureaus thans verwachten.

3.5 Arbeidspool

Over de rechtsverhoudingen bij het uitlenen van arbeidskrachten op collegiale basis of door een arbeidspool is weinig recente literatuur 31) en rechtspraak aanwezig. Onder de naam arbeidspool gaat een veelheid van instellingen schuil waarvan een deel is opgericht uitsluitend met het doel het vergunningvereiste, geldend voor uitzendbureaus, te ontlopen. Voorzover de arbeidspool de werknemer ook loon garandeert over leeg-

loopuren, zoals bijvoorbeeld in de havens, is er sprake van een normale arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In de gevallen daarentegen waarin het loon over de leegloopuren niet wordt doorbetaald, vertoont de overeenkomst óf het karakter van een afroepovereenkomst, óf van een uitzendovereenkomst. Ook in dat laatste geval moet echter tussen de arbeidspool en de werknemer een arbeidsovereenkomst worden aangenomen, omdat de werknemer immers verplicht is te gaan werken in de onderneming waaraan hij wordt uitgeleend.

3.6 Free-lance overeenkomst

De uitdrukking free-lance overeenkomst heeft op zichzelf geen juridische betekenis. Als een werkgever en een werknemer een free-lance overeenkomst aangaan, houdt dat meestal in dat partijen -of één van hen- bedoelen niet een arbeidsovereenkomst te willen aangaan. De rechter kijkt echter niet naar de bedoeling van de partijen, maar gaat aan de hand van de afspraken tussen partijen na of voldaan is aan de elementen van art. 1637a BW. Komt de rechter tot de conclusie dat de overeenkomst voldoet aan de vereisten van art. 1637a BW dan is er sprake van een arbeidsovereenkomst, ondanks de naam die partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven.

Indien geen arbeidsovereenkomst is gesloten zal in het algemeen sprake zijn van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Die overeenkomst is in de wet niet nader geregeld en de arbeidsrechtelijke wetten zijn op werknemers werkzaam krachtens een dergelijke overeenkomst niet van toepassing. Partijen zijn derhalve vrij in het bepalen van de inhoud van hun overeenkomst.

Bij de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten ontbreekt de gezagsverhouding in de zin van art. 1637a BW. De free-lancer is vrij in het vaststellen van zijn werktijden alsmede in de wijze waarop hij arbeid verricht. De twee andere elementen van de arbeidsovereenkomst -de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten en de loonbetaling- zullen wel aanwezig zijn. Het eerstgenoemde omdat de werkgever meestal juist met het oog op de bekwaamheid van die ene free-lancer contracteert, het laatstgenoemde omdat voor de te verrichten arbeid een beloning zal zijn afgesproken.

In de praktijk worden nogal eens overeenkomsten onder de naam free-lance overeenkomst gesloten die als arbeidsovereenkomst moeten worden aan-

gemerkt: de arbeid wordt in de onderneming verricht, de werknemer is verplicht zich aan bepaalde werktijden te houden en moet aanwijzingen opvolgen.

3.7 De ambtelijke aanstelling in tijdelijke dienst krachtens art. 6, tweede lid onder e ARAR

De ambtelijke aanstelling krachtens art. 6 tweede lid onder e Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) is te vergelijken met de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het civiele recht (zie par. 3.1 en 4.7). De rechtspositie van de ambtenaar in tijdelijke dienst is zelfs nog zwakker dan die van de werknemer op arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In tegenstelling tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd behoeft de duur van de aanstelling niet tevoren te worden bepaald. Op het moment waarop de werkzaamheden zijn beëindigd, eindigt de aanstelling na voorafgaande mededeling en dus in feite van rechtswege. Zelfs het tewerkstellen op een ander project of in ander tijdelijk werk is geen belemmering voor het doen eindigen van de aanstelling zonder een andere motivering dan dat het tijdelijk werk is voltooid.

Samengevat zijn de verschillen met de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de volgende:

- de ambtelijke aanstelling in tijdelijke dienst krachtens art. 6, tweede lid onder e ARAR kan slechts plaatsvinden indien het werk zelf van tijdelijke aard is. Het civiele recht kent deze beperking niet;
- de duur van de aanstelling behoeft niet tevoren te zijn bepaald, terwijl het werk ook niet op grond van een objectieve, van buiten komende oorzaak behoeft te eindigen. Anders dan in het civiele recht kan de overheid zelf bepalen dat het werk of project is voltooid;
- na verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt de overeenkomst niet opnieuw van rechtswege. De tijdelijke ambtelijke aanstelling kent deze regel niet.

3.8 Het arbeidscontract bij de overheid

De door de overheid op grond van art. 4, eerste lid onder e Arbeidsovereenkomstenbesluit (AOB) 32) in dienst genomen werknemer is te vergelijken met een afroepcontractant in het civiele recht. Punten van

overeenkomst zijn dat voor de arbeidscontractant eveneens geldt dat:

- uitsluitend over de uren waarop arbeid is verricht, recht op loon bestaat;
- indien hij voor bepaalde tijd in dienst is getreden, de overeenkomst van rechtswege eindigt met het verstrijken van de overeengekomen termijn;
- indien de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor een termijn van maximaal 6 maanden, de arbeidscontractant geen ambtenaar is in de zin van de ABP-wet, zodat hij geen pensioenaanspraak opbouwt.

Bovendien is op de arbeidsovereenkomst krachtens het AOB art. 1639f, derde lid BW niet van toepassing 33). Dat betekent dat na verlenging voor wederom een bepaalde tijd ook deze "voortgezette" dienstbetrekking van rechtswege afloopt, derhalve zonder dat opzegging is vereist.

4 FRICTIES IN HET ARBEIDSRECHT EN HET SOCIAAL VERZEKERINGSRECHT

4.1 Arbeidsduur en werktijden

De Arbeidswet bevat naast speciale regelingen omtrent arbeid van jeugdige personen en vrouwen, een algemene regeling van de arbeidsduur en de tijden waarop arbeid mag worden verricht. Ten aanzien van de arbeidsduur onderscheidt de wet acht sectoren resp. soorten van arbeid. Voor elke groep zijn krachtens de Arbeidswet werktijdenbesluiten vastgesteld. De regelingen in de Arbeidswet, maar vooral in de werktijdenbesluiten zijn zeer detaillistisch, zodat over de door de Arbeidswet te stellen grenzen niet gesproken kan worden. Een korte samenvatting van de structuur van de wet en de daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten volgt hieronder.

Voor fabrieken of werkplaatsen en kantoren geeft de wet zelf de navolgende algemene grenzen aan:

- $8\frac{1}{2}$ uur per dag en 48 uur per week;
- geen arbeid op zaterdag na 13.00 uur en zondag;
- geen arbeid tussen 18.00 uur en 7.00 uur.

De wet staat afwijking van deze regeling bij AMvB toe. Het Werktijdenbesluit voor fabrieken en werkplaatsen bevat bijv. een regeling voor grote aantallen specifieke sectoren, functies en werkzaamheden, op grond waarvan het is toegestaan 's nachts, op zaterdagmiddag en/of zondag, en meer dan $8\frac{1}{2}$ uur per dag of 48 uur per week te werken. Er bestaan tevens normen voor het verlenen van vergunningen voor het werken in ploegendiensten.

Voor andere soorten arbeid is de maximale arbeidsduur in uitvoeringsbesluiten neergelegd. Deze varieert van 9 uur per dag en 48 uur per week (bijv. winkels en verplegingsinrichtingen), 10 uur per dag en 51 uur per week (horeca) tot 10 uur per dag en 55 uur per week (restgroepen).

Uit het bovenstaande blijkt dat de Arbeidswet en de daarop gebaseerde Werktijdenbesluiten flexibele werktijden in beperkte mate mogelijk maken. Een hindernis daarbij is echter het feit dat, indien langer dan $8\frac{1}{2}$ uur per dag of 48 uur per week wordt gewerkt (overwerk in de zin van de wet), een vergunning van de Arbeidsinspectie is vereist en dat aan het verlenen van deze vergunningen strenge voorwaarden zijn verbonden.

Flexibilisering door middel van variabele werktijden waarbij het 'vaste'

personeel in piektijden meer en in slappe tijden minder uren werken, wordt daardoor feitelijk bemoeilijkt en beperkt.

Reeds in 1923 is aan art. 28 Arbeidswet een zevende lid toegevoegd, dat flexibilisering, en zelfs in vergaande mate, mogelijk maakt.

Dit artikellid bepaalt dat de Minister op aanvraag vergunning kan verlenen om in de onderneming of groep van ondernemingen arbeid te laten verrichten buiten de strakke grenzen van de Arbeidswet of de daarop gebaseerde werktijdenbesluiten, indien de werkgever daarover overeenstemming heeft bereikt met de werknemersorganisaties. Bij cao kan derhalve een arbeidstijdenregeling worden afgesproken welke afwijkt van de wettelijke grenzen. De norm waaraan de Minister is gebonden bij het verlenen van een vergunning is ruim. Naast beperkingen voor jeugdige personen is dat uitsluitend een jaarmaximum van 2500 uur.

Deze bepaling had tot doel om mogelijk te maken dat van de normen van de wet inzake de arbeidstijden ook buiten de in het eerste lid van art. 28 of het derde lid van artikel 52 genoemde omstandigheden kan worden afgeweken, indien werkgevers en werknemers hieromtrent tot overeenstemming zijn gekomen 1).

In de Memorie van Antwoord merkte de minister op: "Mede omdat de ondergetekende weet dat de vakverenigingen van werknemers en van arbeiders niet steeds als gelijkwaardige partij zijn te beschouwen, heeft zij de constructie van goedkeuring door de overheid gekozen, opdat misbruiken die het gevolg zouden kunnen zijn van een zwakke positie van de arbeidersorganisaties, kunnen worden geweerd De bedenking dat de verdeling zo kan worden gemaakt dat de 2500 uren, die thans zijn toegestaan, in 10 maanden worden opgebruikt en dat daarna de arbeiders "vakantie" zouden krijgen zonder loon, schijnt de ondergetekende niet geheel zonder overdrijving. Aangenomen moet toch worden dat een dergelijke regeling op ernstig verzet zou stuiten bij de vakverenigingen der arbeiders. En zelfs indien deze voor de machtspositie van de werkgevers zouden moeten zwichten, zou de overheid aan zulk een regeling bezwaarlijk goedkeuring kunnen verlenen. Overigens kan worden opgemerkt dat het geven van lange vacantie zonder loon, d.w.z. werkloosheid, juist voorkomen wordt door uren uit het stille seizoen te verschuiven naar het drukke seizoen; dit toch gaat het aannemen van losse krachten bij drukte en ontslag bij slappe tegen" 2).

Deze argumentatie is ook thans nog volledig valide.

Van het zevende lid van art. 28 Arbeidswet is, althans ten behoeve van flexibilisering, geen gebruik gemaakt. Recentelijk is door de Arbeidsinspectie bezwaar gemaakt tegen een werktijdenregeling die inhield dat de arbeidsduur van 36 uur per week over 4 dagen van elk 9 uur was verdeeld. Deze werktijdenregeling was tussen werkgever en werknemersvakorganisaties overeengekomen. Goedkeuring ex art. 28 Arbeidswet was kennelijk niet aangevraagd. De oorzaak hiervan is waarschijnlijk gelegen in het feit dat, zoals uit navraag bij het ministerie is gebleken, de minister -bij ontbreken van interne normen- geen goedkeuring wenst te geven aan tussen de sociale partners overeengekomen werktijden, die afwijken van die welke bij of krachtens de Arbeidswet gelden.

De regering heeft er niet voor gekozen langs de weg van artikel 28 zevende lid aan de bestaande behoefte tot overschrijding van de normen uit of krachtens de Arbeidswet tegemoet te komen. Gekozen is voor de navolgende wijzen om de bij of krachtens de Arbeidswet geldende normen zodanig aan te passen dat flexibilisering mogelijk wordt.

In 1985 is een Algemene vergunning variabele werktijden in werking getreden, welke regeling tot doel heeft een zekere flexibilisering mogelijk te maken zonder vergunning van de Arbeidsinspectie tot overwerk 3).

Deze regeling houdt in:

- maximaal 9 uur arbeid per dag en maximaal 45 uur arbeid per week;
- in elk geval een bloktijd van 2½ uur in de ochtend en middag of een bloktijd van tenminste 6 uur;
- bij cao of bij arbeidsreglement kan van de bepaling van de bloktijden worden afgeweken;
- opgespaarde uren dienen binnen een half jaar in de vorm van vrije tijd zijn opgenomen;
- de werkgever dient de Arbeidsinspectie te melden dat hij gebruik gaat maken van deze vergunning.

Naast deze algemene vergunning blijft het mogelijk een overwerkvergunning aan te vragen.

Op 3 september 1984 heeft de regering de Stichting van de Arbeid een voorstel tot wijziging van de Arbeidswet ter advisering voorgelegd 4). Dit voorstel houdt samengevat in dat de maximale arbeidsduur moet voldoen

aan het volgende normenstelsel:

1. 10 uur per dag, in bepaalde gevallen 12 uur per dag
2. 180 uur per 4 weken
3. 1850 uur per jaar.

ad 1. De norm van 10 uur geeft het bedrijf aanzienlijk meer speelruimte om zonder vergunning de dagelijkse arbeidstijd te variëren dan de huidige arbeidswettelijke norm van $8\frac{1}{2}$ uur. Verondersteld mag worden dat binnen deze norm in het algemeen geen schade ontstaat uit oogpunt van veiligheid, gezondheid en welzijn.

ad 2. Het huidige weekmaximum van 48 uur wordt door een vierwekelijks maximum van 180 uur aangescherpt tot gemiddeld 45 uur per week. De speelruimte om per afzonderlijke week zonder vergunning te variëren wordt echter groter.

ad 3. Om te voorkomen dat de speelruimte onder 1 en 2 voortdurend tot het uiterste wordt benut is een jaarmaximum vastgesteld met oog op veiligheid, gezondheid en welzijn en werkgelegenheid. Dit jaarmaximum van 1850 uur brengt het aantal uren dat een werknemer maximaal mag werken terug tot het gemiddelde van 40 uur per week.

Gesteld kan worden dat in deze opzet, waarbij zonder vergunning gebruik kan worden gemaakt van een dagnorm van 10 uur, ingeperkt door een vierwekelijkse norm van 180 uur en teruggebracht tot een gemiddelde van acht uur per dag door het "slot" van de jaarnorm, een aanvaardbaar stelsel van normen ontstaat, zowel uit het oogpunt van arbeidsomstandigheden, flexibiliteit als werkgelegenheid 5).

4.1.1 Fricties

De in de Arbeidswet neergelegde grenzen van 8,5 uur per dag en 48 uur per week beperken in ernstige mate een meer flexibele inzet van de 'vaste' werknemers (full-time, op arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd).

De Algemene vergunning variabele werktijden biedt werkgevers aanzienlijk meer mogelijkheden, terwijl normen als door de regering thans worden voorgesteld, de werkgevers voldoende ruimte biedt om de inzet van hun vaste werknemers op het aanbod van werk af te stemmen.

4.2 Collectieve arbeidsovereenkomst (cao)

De Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst bepaalt in het eerste lid van artikel 1, dat in de cao voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen. Het tweede lid van dit artikel voegt daaraan toe dat de cao ook aanneming van werk en overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten kan betreffen. Cao-partijen zijn derhalve vrij te bepalen tot welke overeenkomsten tot het verrichten van arbeid de cao zich zal uitstrekken, of juist niet.

In het kader van dit rapport zijn 36 bedrijfstak- en ondernemings-cao's, verspreid over de verschillende sectoren van het bedrijfsleven, onderzocht. Nagegaan is of, en zo ja op welke wijze cao's hun werkingssfeer ook tot flexibele arbeidsverhoudingen hebben uitgebreid.

Met betrekking tot de werkingssfeer kan een drietal categoriën cao's worden onderscheiden:

1. Cao's met een werkingssfeer beperkt tot werknemers op arbeidsovereenkomst (art. 1 lid 1 Wet op de cao, jo. art 1637a BW).
2. Cao's die uitdrukkelijk of impliciet ook andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid betreffen (aanneming van werk en het verrichten van enkele diensten).
3. Cao's welke ten aanzien van de onder 1 of 2 genoemde werkingssferen nadere beperkingen hebben aangebracht.

ad 1. Het aanknopen bij 1637a BW is de meest voorkomende werkingssfeer in de onderzochte cao's. Of een flexibele arbeidsverhouding onder deze cao's valt hangt af van het antwoord op de vraag of deze arbeidsverhouding gekwalificeerd kan worden als een arbeidsovereenkomst. De gebruikelijke problemen doen zich hier dus voor met betrekking tot de interpretatie van de individuele overeenkomst en het beoordelen van de feitelijke omstandigheden.

ad 2. Cao's die buiten de werkingssfeer van het eerste lid van art. 1 Wet op de Cao ook andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid betreffen, hanteren om dit te bereiken verschillende methoden:

- de cao knoopt aan bij de wettelijke omschrijvingen van de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid 6).

- de cao bepaalt dat onder werknemer in de zin van de cao wordt verstaan: diegenen welke op "een overeenkomst tot het verrichten van arbeid" of in "een arbeidsverhouding werkzaam zijn" 7).
- de cao geeft een feitelijke omschrijving van het begrip werknemer in de zin van de cao 8). Bij deze categorie blijkt uit veel cao's niet altijd duidelijk of men bedoeld heeft ook andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid onder de werkingssfeer van de cao te brengen dan alleen de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1637 a BW.

Het begrippenapparaat waar de Wet op de Cao in art. 1 naar verwijst (dus de arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en het verrichten van enkele diensten) wordt in beide laatstgenoemde gevallen niet gehanteerd. In plaats daarvan wordt een verzamelterm gebruikt of een feitelijke omschrijving gegeven van de werkzaamheden welke verricht moeten worden wil de werknemer onder de cao vallen. Hierbij rijst de vraag of in het tweede lid van art. 1 Wet op de Cao eisen worden gesteld aan de uitbreiding van de werkingssfeer. Wat deze problematiek betreft is M.M.Olbers 9) van mening dat indien cao-partijen ook andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid onder de werkingssfeer van de cao willen brengen, zij dit slechts door het uitdrukkelijk noemen van een van beide andere in het BW genoemde overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, kunnen bereiken. De tekst van art. 1 Wet op de Cao dwingt niet tot deze enge interpretatie. Het noemen van beide andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid dient er naar onze mening toe zeker te stellen dat alle contractsvormen op grond waarvan arbeid voor een ander tegen beloning wordt verricht, onder de werkingssfeer van de cao gebracht kunnen worden, en niet om daar beperkingen aan te stellen.

In de praktijk hanteren cao partijen deze ruime opvatting, zoals bijv. blijkt uit de cao voor uitzendkrachten in de kantoor- en administratieve sector. Deze cao is bovendien door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op grond van de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, algemeen verbindend verklaard.

Een ruime opvatting, inhoudende dat voor het uitbreiden van de werkingssfeer voldoende is de betreffende arbeid nader te omschrijven, is dan ook juridisch goed verdedigbaar en wordt door de minister aanvaard. Dit betekent dat in het geval bijv. de omschrijving 'thuiswerk' wordt

gehanteerd, waarbij in het midden wordt gelaten of de arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst is dan wel een overeenkomst tot aanneming van werk, voldaan is aan het bepaalde in het tweede lid van art. 1 Wet op de cao. Een uitdrukkelijke vermelding dat ook de thuiswerker werkzaam krachtens aanneming van werk hieronder is begrepen, is niet vereist.

ad 3. Behalve dat flexibele werknemers, die niet op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, soms meer of minder expliciet binnen de werkingssfeer van cao's zijn betrokken, sluit ruim één derde van de onderzochte cao's deze werknemers, ook als zij op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, geheel of gedeeltelijk van zijn werkingssfeer uit. Methoden die hiertoe worden gehanteerd zijn:

- a het uitzonderen van werknemers die voor korter dan een bepaalde tijd werkzaam zijn 10).
- b het uitzonderen van werknemers die minder dan een bepaald aantal uren per week werkzaam zijn 11).
- c een combinatie van de bovengenoemde methodes 12).
- d. het maken van onderscheid tussen 'vaste' werknemers enerzijds en 'losse werknemers, dagcontractanten, hulpkrachten, thuiswerkers, afroepkrachten' enz anderzijds.

Ad b. Het minimum aantal uren dat hierbij wordt gesteld is veelal vergelijkbaar met het "een derde-kriterium" uit de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. In cao's wordt echter veelal een exact uren-aantal gehanteerd, bijv. 12, 13, 14 of 15 .

Ad d. Deze flexibele arbeidsverhoudingen worden steeds nader gedefinieerd met behulp van criteria betreffende de minimum arbeidstijd, de duur van de overeenkomst of een minimum verdienste over een bepaalde periode. Soms is deze omschrijving bijzonder onduidelijk. Zo definieert de cao voor de Vleeswarenindustrie losse werknemers als: "zij die als zodanig worden aangenomen".

De onder a t/m d genoemde normen hebben tot gevolg dat werknemers werkzaam op grond van een flexibele arbeidsrelatie in veel gevallen in het geheel geen en in de meeste gevallen slechts op een beperkt aantal regelingen uit de cao aanspraak hebben. Daar staat tegenover dat een aantal cao's voor deze werknemers speciale regelingen bevatten.

4.2.1 Fricties

Cao-partijen hebben onvoldoende gebruik gemaakt van de mogelijkheid, gegeven in het tweede lid van art. 1 Wet op de Cao om ook andere arbeidsverhoudingen dan de arbeidsovereenkomst onder de werkingssfeer van de cao te brengen. Gebeurt dat wel, dan is in veel gevallen onduidelijk tot hoever zich die uitbreiding uitstrekt. Bovendien beperkt een aanzienlijk deel van de cao's hun werkingssfeer zodanig dat ook werknemers op flexibele arbeidsovereenkomsten niet (geheel) onder de cao vallen. Indien de sociale partners de flexibele arbeidsrelaties willen reguleren is als eerste vereist dat de cao's op deze arbeidsverhoudingen van toepassing worden. Of en in hoeverre alsdan aparte regelingen voor deze groep werknemers moeten worden getroffen, zal van de situatie in de bedrijfstak afhangen.

4.3. Bovenwettelijke uitkeringen

Naast en bovenop de in de wetgeving neergelegde arbeidsvoorwaarden, hebben de meeste werknemers krachtens de cao of in de onderneming geldende regeling aanspraak op een groot aantal faciliteiten en uitkeringen. Zonder een uitputtende opsomming te geven kan in dit verband worden genoemd: aanvulling op een uitkering krachtens de ZW en WAO, VUT, pensioen, uitkering bij ontslag, seniorenregeling, studiekostenvergoeding, reiskostenvergoeding enz.

Voorzover deze rechten in cao's zijn neergelegd, heeft de werknemer werkzaam op grond van een flexibele arbeidsrelatie daar slechts aanspraak op indien de werkingssfeer van de cao ook zijn arbeidsverhouding omvat en voor die arbeidsverhouding bovendien geen speciale regeling geldt (zie par. 4.2). In de ondernemingen geldende regelingen kennen veelal een gelijke beperking van hun werkingssfeer als cao's, of worden althans zo toegepast.

4.3.1 Fricties

Bovenwettelijke uitkeringen gelden in de meeste gevallen niet voor werknemers werkzaam op een flexibele arbeidsrelatie, omdat de werkingssfeer van de regelingen waarin deze rechten zijn neergelegd die arbeidsverhoudingen niet omvat. Een uitbreiding van de werkingssfeer van cao's en ondernemingsregelingen zou dit wel zeer nadelige gevolg kunnen opheffen.

4.4 Loonaanspraak

Artikel 1638d BW

De artikelen 1638b t/m d BW regelen de loonbetalingsverplichting van de werkgever in het geval de werknemer geen arbeid verricht. Krachtens art. 1638c BW 13) behoudt de werknemer aanspraak op loon gedurende betrekkelijk korte tijd indien hij niet werkt als gevolg van ziekte, ter vervulling van een wettelijke plicht, of wegens bevalling van zijn echtgenote, dan wel het overlijden van een van zijn huisgenoten. Bij ziekte of ongeval bedraagt de betrekkelijk korte tijd tenminste zes weken. Deze wettelijke normen zijn in cao's ten aanzien van ziekte verder uitgewerkt in loonsuppletiereregelingen tot twee of drie jaar en ten aanzien van verlof in de regeling met betrekking tot buitengewoon verlof bij huwelijk, jubilea en overlijden van familieleden. Indien geen cao op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, wordt door de rechter de duur van de betrekkelijk korte tijd vastgesteld aan de hand van de concrete situatie, waarbij de lengte van het dienstverband een rol speelt.

Art. 1638d BW houdt in dat de werknemer zijn aanspraak op loon behoudt indien hij wel wil werken maar dat niet kan, of door de schuld van de werkgever, of door een omstandigheid die meer in de risicosfeer van de werkgever dan in die van de werknemer is gelegen 14).

De werknemer moet bereid zijn de bedongen arbeid te verrichten wil hij met succes een loonvordering kunnen instellen. Van schuld van de zijde van de werkgever is sprake indien deze de toegang tot het werk ontzegt, terwijl het werk wel verricht zou kunnen worden. In de praktijk veel voorkomende situaties van schuld van de werkgever zijn de schorsing van de werknemer -met inhouding van loon en niet steunend op een uitdrukkelijk schriftelijk beding- en het nietig ontslag.

Behalve wegens schuld van de werkgever dient het loon ook betaald te worden als het niet werken in de risicosfeer van de werkgever ligt. Omstandigheden die kunnen worden gerekend tot het normale bedrijfsrisico liggen in de risicosfeer van de werkgever. Daartoe behoort ook slapte in het bedrijf. Art. 1638d BW staat er derhalve aan in de weg dat, indien tussen werkgever en werknemer de arbeidsduur is overeengekomen, over de uren waarop wegens het ontbreken van werk geen arbeid is verricht, ook geen loon hoeft te worden betaald. Teneinde hieraan te ontkomen maken werkgever gebruik van flexibele arbeidsrelaties, waarin de loonbetalings-

verplichting over uren waarop geen arbeid is verricht niet van toepassing is, dan wel is uitgesloten.

Is de overeenkomst een arbeidsovereenkomst, dan is art. 1638d BW van toepassing en zal, wil de werkgever slechts loon over de gewerkte uren betalen, de toepasselijkheid van dat artikel moeten worden uitgesloten. Dat kan bij schriftelijke overeenkomst. Hierbij dienen een viertal kanttekeningen te worden geplaatst.

Allereerst rijst de vraag of de artt. 1638c en 1638d BW van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten waarin geen minimum aantal uren is afgesproken. Art. 1638c BW spreekt over de verhindering van de arbeider om zijn arbeid te verrichten en art. 1638d BW geeft in bepaalde gevallen een loonaanspraak indien de arbeider bereid is de bedongen arbeid te verrichten. "Zijn arbeid" en "bedongen arbeid" kunnen als identieke begrippen worden beschouwd. Onder bedongen arbeid moet worden verstaan het soort arbeid voor het aantal uren als in de overeenkomst is bepaald. Gesteld zou kunnen worden dat indien tevoren geen minimum aantal uren is afgesproken, er in het geheel geen sprake is van "zijn arbeid" of "bedongen arbeid". Dat is niet goed verdedigbaar. Om die reden art. 1638d BW niet toepasselijk te achten is in strijd met de strekking van dit artikel. Als sprake is van een zekere tijd waarin regelmatig arbeid is verricht, zal men die periode als uitgangspunt moeten nemen en als bedongen arbeid beschouwen het gemiddelde over die periode. Hiervoor is steun te vinden in de rechtspraak 15).

Vervolgens bevatten de meeste cao's bepalingen betreffende de gevallen waarin de werkgever niet gehouden is het loon te betalen, indien de werknemer geen arbeid verricht. Het betreft hier veelal bepalingen waarin schorsing, alsmede tijdelijke verkorting van de arbeidsduur met vergunning van de arbeidsinspectie worden geregeld. De vraag rijst of een beding in de individuele arbeidsovereenkomst waarin ook voor andere gevallen de loonbetalingsverplichting wordt uitgesloten, met een dergelijke cao in strijd is en om die reden niet toegestaan. Aangenomen moet worden dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord, indien het een werknemer betreft die onder de werking van de cao valt. Dat betekent dat een uitsluiting van artikel 1638d BW voor bijvoorbeeld slapte in het bedrijf niet mogelijk is, indien de in de onderneming geldende cao enige

regeling bevat betreffende de loonbetalingsverplichting bij niet-werken. Die uitsluiting zou immers een afwijking ten nadele van de cao inhouden, hetgeen op grond van de Wet op de Cao ten aanzien van gebonden werknemers krachtens art. 12 nietig is en ten aanzien van ongebonden werknemers een handelen in strijd met art. 14 betekent.

Verder kan de verplichting tot doorbetaling van loon niet worden weggecontracteerd als daarmee zgn. dwingend rechtelijke bepalingen opzij gezet zouden worden. Zo'n bepaling is art. 6 BBA, betreffende het vereiste van vergunning om te kunnen opzeggen 16) en het voorschrift van art. 8 BBA inzake eenzijdige werktijdverkorting door de werkgever. In die gevallen zal de werkgever ondanks uitsluiting van art. 1638d BW verplicht zijn loon door te betalen indien het niet-werken voor zijn risico komt. Ook in het geval de omstandigheid van het niet kunnen werken door de werkgever opzettelijk is veroorzaakt of door hem redelijkerwijs was te voorzien, danwel de werkgever in verband met de eisen van de goede trouw geen beroep op de uitsluiting mag doen 17), heeft een uitsluiting van artikel 1638d BW niet tot gevolg dat geen loon behoeft te worden betaald als niet wordt gewerkt.

Tenslotte dient de werkgever, ook al is art. 1638d BW uitgesloten, zich als een goed werkgever (art. 1638z BW) te blijven gedragen. Dat houdt voor het hier aan de orde zijnde onderwerp in dat de werkgever verplicht is om, indien er werk is, de afroepcontractant en de thuiswerker naar evenredigheid werk aan te bieden 18). Het uitsluiten van art. 1638d BW houdt derhalve niet tevens in dat een bepaalde werknemer niet of minder dan de overige werknemers ingezet kan worden. Over het evenredige deel van het werk heeft de werknemer aanspraak op loon, ook al biedt de werkgever die arbeid niet aan.

Indien de overeenkomst geen arbeidsovereenkomst is, zijn de artt. 1638d en c BW op de arbeidsverhouding niet van toepassing. De loonbetalingsverplichting in het geval geen arbeid wordt verricht dient dan op grond van het crediteursverzuim te worden beantwoord 19). Dit houdt in dat indien de werknemer bereid en in staat is de bedongen arbeid te verrichten, de opdrachtgever verplicht is het loon te betalen indien de verhindering voor zijn risico komt of aan zijn schuld is te wijten. Het

betreft hier dezelfde oorzaken als welke krachtens art. 1638d BW voor risico van de werkgever komen. Deze verplichting van de opdrachtgever kan weliswaar worden uitgesloten, maar de goede trouw kan meebrengen dat een beroep op een dergelijke bezwarende exoneratie clausule door de rechter niet altijd zal worden gehonoreerd.

De loongarantie van artikel 8 BBA.

Art. 8 BBA houdt in, dat het de werkgever verboden is de werktijd van de werknemer op minder dan 48 uur per week te stellen of gesteld te houden. Het artikel doelt op eenzijdige verkorting van de werktijd door de werkgever en is bedoeld om te voorkomen, dat het loon van de werknemer als gevolg van werktijdverkorting een onaanvaardbare vermindering ondergaat (20). Dit betekent o.a. dat de overeenkomst tussen werkgever en werknemer, waarbij wordt afgesproken dat op een geringer aantal uren zal worden gewerkt, niet wordt getroffen door het verbod van art. 8 BBA. Dit houdt tevens in, dat een afroepbeding op zichzelf niet nietig is wegens strijd met art. 8 BBA. Gezien de bedoeling van art. 8 BBA, namelijk bescherming van de werknemer door middel van loongarantie, wordt een eenzijdige verkorting van de werktijd van de part-timer ook beheerst door art. 8 BBA (21). Het gaat om de normale arbeidstijd van de betrokken werknemer. Krachtens art. 1 e onder 2 is het BBA ook van toepassing op degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander. Wel geldt daarbij een restrictie: geen werknemer in de zin van het BBA is degene die in de regel arbeid verricht voor meer dan twee andere personen, zich laat bijstaan door meer dan twee anderen, of voor wie de arbeid slechts een bijkomstige werkzaamheid is. In de bespreking van de ontslagbescherming wordt meer uitgebreid op het bepaalde in art. 1, e onder 2 BBA ingegaan.

Bij overeenkomsten waarin geen vast en ook geen minimum aantal uren is overeengekomen, speelt in feite dezelfde vraag als bij de artt. 1638c en d BW. Ook in dit geval zal dan bezien moeten worden of er sprake is van een zekere regelmaat, wat het gebruik in de onderneming of de bedrijfstak is en of er afspraken zijn gemaakt omtrent aard en omvang van het werk. Aan de hand hiervan zal de werktijd moeten worden vastgesteld.

Art. 8 lid 2 onder a BBA vormt een volgend obstakel. Hierin wordt bepaald dat het verbod niet geldt ten aanzien van werknemers voor wier werkzaamheden de normale werktijd vóór 10 mei 1940 op een geringer aantal uren per week placht te zijn vastgesteld. Vervolgens wordt een aantal voor-

beelden genoemd.

Hoewel dit uit de letterlijke tekst niet is af te leiden wordt in de literatuur aangenomen dat deze uitzondering geldt voor werknemers die werkzaamheden verrichten, welke normaliter gedurende een klein aantal uren per week plaatsvinden en waarmee die werknemers geen normaal arbeidsinkomen verdienen 22). Daarbij wordt gedacht aan mensen die in het geheel geen normale werktijd hebben en die er daarom niet op kunnen rekenen met hun arbeid een normaal inkomen of een bepaald percentage daarvan te verdienen.

Het is moeilijk te bepalen welke gevallen wel en welke niet onder de uitzondering vallen. Bij het ontwerpen van dit artikel is uiteraard niet gedacht aan afroepcontracten. Het gevolg is nu dat bij iedere overeenkomst moet worden nagegaan of er sprake is van een normaal arbeidsinkomen en van een normale werktijd. Normen daarvoor staan volstrekt niet vast.

4.4.1 Fricties

Art. 1638z BW houdt in dat de werkgever verplicht is de afroepcontractant werkzaam op arbeidsovereenkomst m.u.p. en de thuiswerker werkzaam op arbeidsovereenkomst in ieder geval naar evenredigheid arbeid aan te bieden. Zij hebben daarom ook aanspraak op loon over deze uren. De betreffende werknemers weten echter veelal niet of er werk is en of zij naar evenredigheid worden ingeschakeld.

Formeel moge de werknemer die niet een vast aantal arbeidsuren is overeengekomen, ook al verricht hij geen arbeid, in een -wellicht groot-aantal gevallen aanspraak hebben op loon over het gemiddeld aantal uren dat hij doorgaans werkt, in de praktijk bestaat hieromtrent zoveel onzekerheid dat die aanspraak slechts bij uitzondering wordt geëffectueerd. Bij dit alles speelt de onzekere rechtspositie van betrokkene een grote rol. Een beroep op krachtens de wet bestaande rechten leidt veelal -juridisch ten onrechte- tot niet meer oproepen of geen werk meer aangeboden krijgen. Daarnaast is omstreden of de artt. 1638d BW en 8 BBA op een 0-uren overeenkomst van toepassing zijn, terwijl de wijze waarop deze artikelen op afroepovereenkomsten met een beperkt minimum aantal uren moeten worden toegepast onduidelijk is, zodat de loonvordering gecompliceerd en bovendien dubieus is. Tenslotte kan -en dat gebeurt ook- de toepasselijkheid van art. 1638d BW bij schriftelijke overeenkomst worden uitgesloten. Op deze wijze wordt aan de werknemer zijn inkomenszekerheid

ontnomen. Slechts een enkele cao bepaalt uitdrukkelijk dat art. 1638d BW van toepassing is, zodat uitsluiting van dat artikel bij individuele arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is 23).

4.5 Loonhoogte

De hoogte van het loon wordt in de eerste plaats bepaald door de afspraken die tussen werkgever en werknemer gelden. Die afspraken kunnen enerzijds worden beïnvloed door een van toepassing zijnde cao en anderzijds door de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM), de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen (WGL) en de Wet ter uitvoering van het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van migrerende werknemers, alsmede met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden van buitenlandse werknemers.

De vraag of de cao, c.q. de bepaling betreffende de loonhoogte van toepassing is op flexibele arbeidsrelaties moet aan de hand van de betreffende cao worden beoordeeld 24). Indien de cao wel van toepassing is bepaalt zij veelal uitdrukkelijk dat naar rato moet worden beloond 25). Een enkele cao geeft werknemers werkzaam op een flexibele arbeidsrelatie recht op een toeslag op het normale cao-loon 26).

De WMM is -op een kleine uitbreiding na- slechts van toepassing op arbeidsovereenkomsten. Dit houdt in, dat indien de overeenkomsten geen arbeidsovereenkomst is de hoogte van het loon wordt bepaald door partijafspraken en soms door de cao. Het volledige minimumloon komt toe aan werknemers met een normale arbeidsduur. Wanneer een kortere dan de normale arbeidsduur is overeengekomen wordt het minimumloon naar evenredigheid verminderd (art 12 WMM). De werknemer die minder dan een derde van de normale arbeidsduur arbeid verricht komt geen recht op het minimumloon toe (art. 2, lid 3, onder b. WMM). Deze grens is in de wet opgenomen omdat naar het oordeel van de wetgever de werknemer die slechts een zo beperkt aantal uren werkt, geen behoefte heeft aan de inkomensbescherming die de Wet minimumloon wil bieden. Deze "éénderde-norm" heeft veel kritiek ontmoet en kan tot uitvoeringsproblemen leiden indien de werknemer niet een vast aantal uren per week werkzaam is.

Het eenderde-criterium vormt thans onderwerp van discussie. In zijn advies wordt door de Sociaal Economische Raad gepleit voor afschaffing van genoemd criterium. De Raad merkt hierover op: "Hij (de Raad) ziet

geen aanleiding om personen die een arbeidsprestatie verrichten in een tijdsduur korter dan een derde van de normale arbeidsduur aanspraak te ontzeggen op het met hun arbeidsduur overeenkomende deel van het wettelijk minimumloon. In deze optiek dient ook het doel waarmee de arbeid wordt verricht, ter verwerving van hoofd- dan wel nevenverdiensten geen rol te spelen ten aanzien van de beloning: alleen de prestatie dient maatgevend te zijn" 27). De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de Eerste en Tweede Kamer in november 1985 medegedeeld, en zulks in 1987 herhaald, dat niet op korte termijn concrete voorstellen voor de afschaffing van het eenderde-criterium zijn te verwachten 28). Zolang dit criterium in de WMM staat zal bij de beoordeling of de betreffende arbeidsovereenkomst onder de WMM valt, gekeken moeten worden naar het gemiddelde aantal uren per week of per maand (normale loonbetalings-tijdvak) 29).

Op de hoogte van het loon kan tevens de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen of de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen van invloed zijn. Beide wetten zijn uitsluitend van toepassing indien de arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht. De Wet gelijk loon regelt het recht van mannen en vrouwen op gelijke beloning bij gelijkwaardig werk. Vergeleken moet worden met werknemers van de andere sekse in de onderneming, die gelijke of nagenoeg gelijke arbeid verrichten. Als die er niet zijn, dan kan vergeleken worden met werknemers buiten de onderneming, mits zij behoren tot dezelfde bedrijfstak. De Wet gelijk loon is slechts van toepassing bij direkt onderscheid tussen mannen en vrouwen, d.w.z. bij ongelijke beloning die rechtstreeks verband houdt met het feit dat men een man of een vrouw is. Ongelijke beloning, veroorzaakt door indirect onderscheid valt onder de Wet gelijke behandeling. Een probleem bij de toepassing van deze wetten is, dat losse werknemers vaak geen vergelijkingsmogelijkheid hebben, hetzij omdat het alleen gaat om vrouwelijke werknemers en er geen mannen zijn met wie zij kunnen worden vergeleken, hetzij omdat de arbeid die de werknemer verricht niet van dezelfde waarde is als de arbeid die overigens in de onderneming of bedrijfstak wordt verricht. Als die vergelijkingsmogelijkheid er wel is, kan de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft, met succes een beroep doen op de WGL en WGB.

4.5.1 Frieties

De wettelijke regelingen betreffende de loonhoogte zijn nagenoeg uitsluitend van toepassing indien op arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht. Bovendien kent de WMM slechts aan werknemers die meer dan een derde van de normale werktijd arbeid in dienst van een werkgever verrichten een aanspraak op het minimumloon toe. De vaststelling of aan deze norm wordt voldaan levert in de praktijk bij werknemers met een sterk variërende arbeidsduur problemen op. Bij de toepasselijkheid van de wettelijke regelingen betreffende de loonhoogte doet zich derhalve niet alleen de vraag voor of de arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst is, maar ook of meer dan een derde van de normale arbeidsduur arbeid wordt verricht. Indien een wisselend aantal uren per week of per maand wordt gewerkt, is het soms moeilijk vast te stellen of aan het eenderde-criterium wordt voldaan. Werkgevers komen bij dit soort van flexibele arbeidsrelaties (oproepovereenkomst en thuiswerkovereenkomst) de WMM in een aantal gevallen ten onrechte niet na. Dit is onder meer af te leiden uit het feit dat volgens onderzoek van de Loontechnische dienst betaling in strijd met de WMM vooral plaatsvindt bij vrouwelijke werknemers die part-time arbeid verrichten, de groep werknemers die veelal op flexibele arbeidsrelatie werkzaam is.

De cao kan werknemers die geen recht op minimumloon krachtens de WMM bezitten, een dergelijke aanspraak toch verschaffen door middel van een daartoe strekkende bepaling. De werkingssfeer van de cao zal zich dan ook moeten uitstrekken tot andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid en/of ongeacht het aantal arbeidsuren van toepassing moeten zijn. In de praktijk gebeurt dat echter zelden (zie par. 4.2).

4.6 Vakantie en vakantiebijslag

Omtrent vakantie geeft het BW in de artikelen 1638bb t/m 1638mm een uitvoerige dwingende regeling. De vakantiebijslag is geregeld in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Daarnaast bevatten cao's zowel wat betreft de vakantieduur als wat betreft de hoogte van de vakantietoeslag bepalingen die boven de wettelijke normen uitgaan. Het BW is uitsluitend en de WMM nagenoeg uitsluitend van toepassing op werknemers werkzaam op arbeidsovereenkomst.

Voor degene, die niet op arbeidsovereenkomst werkt, bestaat geen

wettelijke vakantieregeling. Hoogstens zou in de cao aan die categorieën nog een recht op vakantie kunnen zijn toegekend. Dat is zelden het geval zodat deze werknemers geen recht hebben op vakantie en vakantiebijslag. Voor werknemers op arbeidsovereenkomst bevat het BW een minimum-aanspraak voor volwassenen van driemaal, en voor jeugdigen van viermaal het aantal bedongen aantal arbeidsdagen per week. De regering heeft overigens een wetsvoorstel ingediend teneinde de minimum-aanspraak voor volwassenen eveneens op viermaal het bedongen aantal wekelijkse arbeidsdagen te brengen. Tijdens de dienstbetrekking kunnen de vakantieaanspraken niet in geld worden omgezet. Het incorporeren van de vakantieaanspraak in het uur- of weekloon is dan ook niet mogelijk.

De werknemer die als regel niet meer dan een derde van de normale arbeidsduur werkt, valt niet onder de WMM en heeft derhalve ook geen recht op vakantiebijslag.

De term bedongen arbeidsdagen in art. 1638bb BW kan bij flexibele arbeidsrelaties problemen opleveren. Het aantal bedongen arbeidsuren is immers veelal aanzienlijk geringer dan het feitelijk gewerkte aantal uren, terwijl de arbeidsovereenkomst het aantal dagen niet regelt. Op grond van de wetsgeschiedenis is de werkgever altijd verplicht vakantie te verlenen en dient het aantal vakantiedagen te worden vastgesteld aan de hand van de in het afgelopen jaar gewerkte aantal uren 30).

4.6.1 Fricties

In de praktijk worden de wettelijke bepalingen met betrekking tot de vakantie en de vakantiebijslag niet nageleefd. De meeste flexibele arbeidsrelaties bevatten de bepaling dat de vakantie en de vakantiebijslag in het uurloon zijn begrepen (zie bijv. de standaard afroepcontracten in het ziekenhuiswezen, de verzorgingstehuizen enz.).

In een enkel geval wordt wel vakantiebijslag, maar geen doorbetaalde vakantie aan de werknemers op deze contracten gegeven. De "eenderde-norm" in de WMM onthoudt werknemers met een in uren kleine dienstbetrekking het recht op vakantiebijslag. Zowel de toepassing van de "eenderde-norm" als het begrip "bedongen aantal arbeidsdagen" leveren praktische problemen op.

4.7 Ontslagbescherming

Het BW bevat een groot aantal, meerendeels dwingendrechtelijke bepalingen

betreffende het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Daarin wordt onder meer geregeld de opzegtermijn, de ontslagverboden tijdens ziekte, militaire dienst en zwangerschap alsmede wegens huwelijk en bevalling; en het kennelijk onredelijk ontslag omdat de reden het ontslag niet kan dragen, of omdat de gevolgen voor de werknemer, in vergelijking met het belang voor de werkgever, te ernstig zijn.

Van één bepaling mag in voor werknemers ongunstige zin bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken (art. 1639i), van een aantal andere kan ten ongunste van de werknemer uitsluitend worden afgeweken bij cao of regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan (artt. 1639f, 1639h en 1639j). In een aantal cao's is van deze mogelijkheid gebruik gemaakt 31).

Behalve de regeling in het BW is het in art. 6 BBA neergelegde vereiste van toestemming van de Directeur GAB voor het kunnen opzeggen van de dienstbetrekking van groot belang.

Het BW en derhalve ook het in de artt. 1639e t/m 1639x neergelegde ontslagrecht is uitsluitend van toepassing indien de arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst wordt verricht. Voor andere arbeidsverhoudingen bevat het BW geen specifieke regeling.

Ook het BBA is, op enkele uitzonderingen na, van toepassing indien op arbeidsovereenkomst wordt gewerkt. Daarnaast wordt als werknemer in de zin van het BBA beschouwd degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander (art. 1, e onder 2).

Van persoonlijk arbeid verrichten is slechts sprake indien de werknemer ingevolge de gesloten overeenkomst verplicht is persoonlijk arbeid te verrichten. Volgens de Hoge Raad zijn niet de feitelijke omstandigheden bepalend, maar de inhoud van de overeenkomst 32). Als de werknemer zich steeds naar eigen inzicht mag laten vervangen is geen arbeidsverhouding in de zin van het BBA aanwezig. De verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten bestaat echter wel, indien de werknemer zich slechts kan laten vervangen door iemand uit een vooraf door de opdrachtgever bepaalde groep. Vooral bij afroepovereenkomsten komt dat voor. De werknemer moet, indien hij verhinderd is aan de oproep gehoor te geven, zelf voor vervanging zorgen uit de groep afroepkrachten. In een aantal gevallen zorgt de werkgever daarvoor door een andere tot de groep behorende werknemer op te roepen. Dit staat aan het aannemen van een arbeids-overeenkomst niet in de weg, evenmin als het krachtens art. 1, e onder 2

aanmerken van de overeenkomst als een arbeidsverhouding in de zin van het BBA.

Niet als werknemer in de zin van het BBA wordt degene beschouwd die niet op arbeidsovereenkomst persoonlijk arbeid verricht voor een ander, maar die:

- in de regel arbeid verricht voor meer dan twee andere personen;
- zich laat bijstaan door meer dan twee anderen;
- voor wie de arbeid slechts een bijkomstige werkzaamheid is.

Hiermee wordt beoogd diegene uit te sluiten die niet in een inkomensafhankelijke positie staat ten opzichte van zijn werkgever, niet als zelfstandige is aan te merken en voor wie de arbeid een bijbaantje is. Krachtens het BBA heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de bevoegdheid bepaalde arbeidsverhoudingen van de werkingssfeer uit te sluiten dan wel voor bepaalde werknemers of groepen van werknemers ontheffing te verlenen.

In de gevallen waarin op grond van art. 1, e onder 2 een vergunning van de Directeur GAB vereist is zal, hoewel dan geen wettelijke opzegtermijn geldt, de flexibele arbeidsrelatie met een redelijke termijn en op redelijke voorwaarden moeten worden opgezegd. Om te bepalen wat redelijk is kan aansluiting worden gezocht bij de regeling rond de arbeidsovereenkomst, of bij hetgeen gebruikelijk is in de bedrijfstak.

Bijzondere aandacht verdient het eindigen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Eén van de vormen waarin flexibele arbeidsrelaties voorkomen is immers de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, terwijl, indien een voorovereenkomst is gesloten, na een oproep waaraan gehoor wordt gegeven een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ontstaat.

De vraag wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is onder 3.1 behandeld.

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt, tenzij bij schriftelijke overeenkomst of cao anders is bepaald, van rechtswege wanneer de overeengekomen tijd is verstreken. Dat betekent dat voorafgaande opzegging niet nodig is en dus toestemming van de Directeur GAB, ontslagverboden, opzegtermijn en kennelijk onredelijke beëindiging geen rol spelen. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan echter niet op

regelmatige wijze tussentijds worden opgezegd 33).

De wet bepaalt dat indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend of uitdrukkelijk is voortgezet voor zijn beëindiging voorafgaande opzegging nodig is. In een recent arrest overwoog de Hoge Raad dat ook van een voortgezette dienstbetrekking voor bepaalde tijd sprake is, indien de overeenkomst voor bepaalde tijd volgt op een overeenkomst voor onbepaalde tijd 34). Tenslotte is volgens art. 1639f lid 4 BW eveneens sprake van een voortgezette dienstbetrekking, indien dienstbetrekkingen tussen dezelfde partijen elkaar met tussenpozen van niet meer dan 31 dagen zijn opgevolgd. Door middel van het telkens afsluiten van dienstbetrekkingen voor bepaalde tijd, maar ook het doen volgen van een dienstbetrekking voor bepaalde tijd op een voor onbepaalde tijd kan het ontslagrecht niet worden ontdoken. Het vereiste van opzegging brengt mee dat een vergunning van de Directeur GAB dient te zijn verkregen, alvorens rechtsgeldig kan worden opgezegd en bovendien dat de opzegtermijn in acht genomen dient te worden. De ontslagverboden genoemd in art. 1639h derde, vierde en vijfde lid BW (tijdens ziekte, militaire dienst en zwangerschap) zijn bij de beëindiging van een voortgezette dienstbetrekking niet van toepassing.

Indien als gevolg van te late opzegging de opzegtermijn niet in acht genomen kan worden voor het verstrijken van de termijn, leidt dat tot een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor dezelfde termijn. Om deze reden en omdat een regelmatige opzegging tussentijds niet mogelijk is, kan de voortgezette dienstbetrekking voor bepaalde tijd in de praktijk moeilijker worden beëindigd dan de dienstbetrekking voor onbepaalde tijd.

Het opzeggingsvereiste bij een voortgezette dienstbetrekking voor bepaalde tijd geldt niet indien de cao de toepasselijkheid van art. 1639f, derde lid BW heeft uitgesloten. In een (toenemend) aantal cao's is dat het geval. Cao-partijen gaan echter nooit zover het opzeggingsvereiste onbegrensd buiten toepassing te verklaren. De grenzen die worden gesteld zijn:

- a Het aantal mogelijke verlengingen wordt beperkt tot één of twee maal 35).
- b Aan de totale duur van de dienstbetrekking voor bepaalde tijd en de voortzetting(en) hiervan wordt een maximum termijn gesteld 36).
- c Een combinatie van onder a en b genoemde begrenzingen 37).

Indien de bovengenoemde grenzen worden overschreden heeft dat in de onderzochte cao's een van beide hieronder genoemde rechtsgevolgen:

- de voortgezette dienstbetrekking voor bepaalde tijd moet gewoon volgens het bepaalde in art. 1639f, derde lid BW worden opgezegd;
- de werknemer wordt geacht voor onbepaalde tijd in dienst te zijn 38).

Een tweede uitzondering vormt de zgn. losse ongeregelde arbeid.

Het vierde lid van art. 1639f BW bepaalt dat indien de dienstbetrekkingen voor bepaalde tijd louter losse, ongeregelde arbeid betreffen, er geen sprake is van voortgezette dienstbetrekkingen, zodat zij telkens van rechtswege eindigen. Volgens de Memorie van Toelichting bij de wijziging van het ontslagrecht in 1953 (Wetswijziging Stb. 619) betreft dit arbeid waarbij het onderbreken van de dienstbetrekking uit de aard van het werk voortvloeit. Van der Grinten 39) meent dat het losse en ongeregelde niet uit de aard van het werk hoeft voort te vloeien. Volgens hem verricht de arbeider die zo nu en dan als invaller wordt tewerkgesteld losse en ongeregelde arbeid. Deze opvatting heeft in de literatuur noch de rechtspraak navolging gekregen. De kantonrechter Amsterdam omschreef losse arbeid als typisch incidentele werksituaties, waarin slechts gedurende een beperkte tijd behoefte is aan personeel waarvoor bij normale bedrijvigheid geen emplot is 40). "Van losse ongeregelde arbeid is geen sprake wanneer partijen om hen moverende redenen telkens slechts van week tot week een arbeidsovereenkomst hebben gesloten", aldus de kantonrechter. Als los en ongeregeld kan wel gelden de arbeid van de hulpkracht die tijdelijk invalt in geval van ziekte van een vaste werkkraft. Maar, zo voegt de kantonrechter er aan toe: "Wanneer bij een groot personeelsbestand regelmatig en bij voortduring beroep moet worden gedaan op een dergelijke plaatsvervangster, dan zal haar arbeid echter niet meer als los of ongeregeld kunnen worden aangemerkt; haar arbeid voorziet dan in een regelmatig terugkerende zo niet voortdurende behoefte, waardoor haar dienstverband een zekere mate van continuïteit verkrijgt".

Slechts in hoge uitzondering zal de arbeid als los en ongeregeld kunnen worden aangemerkt. Dit begrip speelt overigens alleen een rol bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Als bij een overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt gesproken van losse arbeid, heeft dit verder geen konsekwenties voor de wijze van beëindiging 41).

4.7.1 Fricties

Vooral in het ontslagrecht doen zich bij flexibele arbeidsrelaties vele problemen voor. De belangrijkste daarvan zijn:

Ambtenarenrecht

De bescherming tegen ontslag voor ambtenaren in tijdelijke dienst krachtens art. 6, tweede lid onder e ARAR en voor arbeidscontractanten met een overeenkomst voor bepaalde tijd is zeer beperkt. Zonder dat de reden behoeft te worden vermeld en dus ook zonder toetsing eindigt de aanstelling c.q de overeenkomst. De regel in het civiele recht dat de voortgezette dienstbetrekking niet van rechtswege eindigt maar moet worden opgezegd, geldt bij de overheid niet.

Civiele recht

Het ontslagrecht neergelegd in het BW is uitsluitend van toepassing op werknemers werkzaam op arbeidsovereenkomst. Onder het BBA vallen ook werknemers die -niet in ondergeschiktheid- persoonlijk arbeid verrichten voor een ander. Op laatstgenoemde groep worden weer uitzonderingen gemaakt. Het ontslagrecht wordt in de praktijk nagenoeg uitsluitend toegepast indien op arbeidsovereenkomst wordt gewerkt.

Van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is slechts sprake indien het moment van eindigen objectief bepaalbaar is. Het eindtijdstip mag niet afhankelijk zijn van de wil van de werkgever. In een groot aantal gevallen wordt in strijd hiermee gehandeld. Ten onrechte wordt de werknemer daardoor zijn ontslagbescherming onthouden.

Een voortgezette dienstbetrekking voor bepaalde tijd kan, tenzij sprake is van losse ongeregelde arbeid, door de werkgever eenzijdig slechts door middel van opzegging worden beëindigd. Het opzeggingsvereiste kan uitsluitend bij cao of verordening worden uitgesloten. Ook deze ontslagbepaling wordt veelvuldig niet in acht genomen. Dat is zowel het geval indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is overeengekomen en de termijn verlengd wordt omdat het werk nog niet voltooid is, als bij de voorovereenkomst waarbij binnen 32 dagen opnieuw wordt opgeroepen.

Bij een afroepovereenkomst is het veelal onduidelijk of sprake is van een

arbeidsovereenkomst m.u.p. of van een voorovereenkomst. Voor de wijze waarop de overeenkomst eindigt is dit onderscheid essentieel. De arbeidsovereenkomst m.u.p. moet worden opgezegd. Krachtens een voorovereenkomst ontstaan telkens arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die, indien zij elkaar niet binnen 32 dagen opvolgen, van rechtswege eindigen. Is er echter sprake van losse ongeregelde arbeid, dan eindigt de overeenkomst, ook indien deze binnen 32 dagen volgt op een andere overeenkomst, altijd van rechtswege.

Bij de afroepovereenkomst en de thuiswerkovereenkomst wordt, om de werkgever moverende redenen, soms niet meer opgeroepen c.q. geen werk meer aangeboden. De overeenkomst eindigt daarmee juridisch niet, maar feitelijk wel. De werknemer kan in dat geval, indien hij kan aantonen dat hij niet naar evenredigheid werk aangeboden heeft gekregen, een loonvordering instellen (zie par. 4.4). Is de overeenkomst geen arbeidsovereenkomst, dan bestaat de mogelijkheid wegens wanprestatie doorbetaling van het honorarium te eisen.

De problemen in het ontslagrecht bij flexibele arbeidsrelaties vloeien voornamelijk voort uit de onzekerheid of de overeenkomst een arbeidsovereenkomst is, of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd is gesloten en of er sprake is van een voortgezette dienstbetrekking voor bepaalde tijd. Tenslotte is het voor de werknemer moeilijk zich te verzetten tegen het feitelijk eindigen van de arbeidsovereenkomst.

4.8 Sociale verzekeringen

4.8.1 Kring der verzekerden

Voor het verzekerd zijn krachtens deze wetten is vereist dat de betrokkene arbeid verricht (heeft). Tevens is van belang op grond van welke arbeidsverhouding hij dat doet.

In de eerste plaats is verzekerd degene die op arbeidsovereenkomst werkt. Hierbij spelen loonhoogte en arbeidsduur geen rol. Art. 3 van de ZW, WAO en NWW bepaalt dat werknemer is degene die in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat. De CRvB toetst evenals de burgerlijke rechter aan de elementen van art. 1637a BW met betrekking tot

de vraag of sprake is van een dienstbetrekking. Enig verschil in benadering is echter wel aanwezig 42). De Centrale Raad van Beroep onderzoekt met name of er een reële gezagsverhouding aanwezig is 43). Indien de werknemer zich verbonden heeft tot het leveren van een minimum-prestatie of verplicht is het opgedragen werk af te maken speelt de vrijheid met betrekking tot het indelen van de werktijden niet of nauwelijks een rol 44). Doorslaggevend is dan of de werknemer de vrijheid bezit op ieder gewenst moment het werk te staken. Dat blijkt ook uit de uitspraken waarbij de CRvB aannam dat er geen sprake was van een doorlopende dienstbetrekking, omdat er geen verplichting bestond om aan iedere oproep van de werkgever gehoor te geven. De CRvB neemt aan dat telkens wanneer aan de oproep van de werkgever gehoor wordt gegeven er op dat moment een arbeidsovereenkomst tot stand komt. Dit is slechts anders indien de werknemer, eenmaal feitelijk werkzaam, de vrijheid bezit om het eenmaal aangevangen werk op een door hem gewenst tijdstip te staken 45). De tijd waarvoor de oproep geldt speelt daarbij geen rol 46).

Op de regel dat de werknemer werkzaam op arbeidsovereenkomst verzekerd is bestaat een uitzondering: niet verzekerd is de werknemer die in de huishouding van een natuurlijk persoon doorgaans minder dan drie dagen per week arbeid verricht.

De werknemersverzekeringen beperken hun werkingssfeer niet alleen tot werknemers op arbeidsovereenkomst. Het begrip dienstbetrekking, dat in deze wetten bepalend is voor het verzekerd zijn, is ruimer dan alleen de arbeidsovereenkomst. In de artikelen 4 en 5 ZW, WAO en NWW is deze uitbreiding neergelegd.

Voor flexibele arbeidsrelaties is daarbij vooral het bepaalde in art. 4 lid 1 onder a en in art. 5 van belang. In art. 4 lid 1 onder a ZW, WAO en NWW wordt genoemd degene die ingevolge een overeenkomst tot aanneming van werk persoonlijk een werk tot stand brengt. Het moet daarbij echter niet gaan om een thuiswerker -deze is krachtens het KB op grond van art. 5 ZW, WAO en NWW verzekerd- en evenmin mag het werk "in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep" worden verricht. Deze laatste uitzondering wordt eveneens gebruikt bij de toepassing van art. 5 ZW, WAO en NWW en het daarop gebasserde KB. Omdat onduidelijk is wanneer precies sprake is van zelfstandige uitoefening van bedrijf of beroep heeft de Sociale Verzekeringsraad een lijst opgesteld met vragen. Als deze positief worden beantwoord wijst dat op zelf-

standigheid 47). Genoemd worden onder meer: het beschikken over bedrijfskapitaal, het lopen van ondernemersrisico en het afwezig zijn van toezicht of controle op de voortgang en de wijze van werken. De CRvB heeft er in zijn uitspraken eveneens diverse keren op gewezen dat niet steeds duidelijk is wanneer van een bedrijfsuitoefening of van een zelfstandige uitoefening van een beroep kan worden gesproken. De mate van zelfstandigheid wordt vergeleken met personen werkzaam op arbeidsovereenkomst. Van belang is of betrokkene ondernemersrisico loopt, of hij het werk verricht met materialen van de opdrachtgever en of hij ten behoeve van zijn werk belangrijke investeringen doet 48). Wel past hierbij de kanttekening dat bijvoorbeeld de thuiswerker die weliswaar een klein ondernemersrisico loopt, niet reeds om die reden van de verzekering is uitgesloten.

Het KB van 14 december 1973, Stb. 627 werkt nader uit onder welke voorwaarden de daarin genoemde groepen verzekerd zijn.

Voor de thuiswerker of zijn hulp geldt dat dat hij verzekerd is, indien zijn inkomen (doorgaans) tenminste 2/5 van het voor hun leeftijd geldende minimumloon bedraagt. Bovendien moet de arbeidsverhouding zijn aangegaan voor langer dan één maand en mag de thuiswerker zich niet laten bijstaan door meer dan twee andere personen, niet zijnde hun echtgenoot en hun minderjarige kinderen. Voor degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht geldt daarenboven dat hij dat werk doorgaans op tenminste twee dagen per week moet verrichten. Bij aanvang van de werkzaamheden moet te verwachten zijn dat de arbeid op doorgaans tenminste twee dagen per week zal worden verricht. Voor de beoordeling hiervan wordt een termijn van tenminste een maand meestal voldoende geacht. Volgens de CRvB gaat het om het verwachte patroon in de concrete arbeidsverhouding en niet om het arbeidspatroon van de betrokkene in het algemeen 49).

In het KB heeft het begrip 'persoonlijk arbeid verrichten' een andere betekenis dan in art. 1637a BW. Het gaat daarbij om de vraag of de arbeid in feite persoonlijk is verricht, er behoeft daartoe -anders dan bij de arbeidsovereenkomst- geen contractuele gebondenheid te bestaan 50).

Behalve genoemde groepen zijn op grond van het KB nog verzekerd musici en artiesten (art. 4 KB) en uitzendkrachten (art. 6 KB). Voor uitzendkrachten gelden geen specifieke vereisten met betrekking tot het verzekerd zijn.

Het systeem van de sociale verzekeringen gaat uit van een arbeidspatroon dat regelmatig een volledig aantal arbeidsuren bedraagt. De meeste arbeidstijdenregelingen leiden tot een zodanig arbeidspatroon. Echter niet altijd en niet voor alle werknemers. Deeltijdwerkers en afroepkrachten passen per definitie niet in het 'normale' patroon. Zij worden dan ook geconfronteerd met talloze problemen rond de hoogte van de premies en bij het verkrijgen van een uitkering. Een aantal aspecten die hierbij een rol spelen zullen in het onderstaande nader worden bekeken. Allereerst moet men erop bedacht zijn dat krachtens de ZW, WAO en ZFW de werknemer in beginsel, ook bij een voortdurende dienstbetrekking, alleen verzekerd is op de dagen dat hij daadwerkelijk arbeid verricht, of zou hebben verricht indien hij niet arbeidsongeschikt zou zijn geworden. Daarbij is het aantal uren dat arbeid wordt verricht niet van belang. Ook als maar één uur arbeid wordt verricht is de werknemer op die dag verzekerd. Daarop bestaat echter een in dit geval toepasselijke uitzondering, inhoudende dat betrokkene ook op de andere dagen verzekerd is indien zijn arbeidsovereenkomst ertoe strekt slechts een gedeelte van de normale werkweek arbeid te verrichten, of niet regelmatig in elke kalenderweek arbeid te verrichten. De werknemer is dan op alle dagen van de week verzekerd. Verricht de werknemer in een week geheel geen arbeid, dan is hij die week niet verzekerd.

Bij de uitvoering van de ZFW wordt in dit verband volgens een circulaire van de Ziekenfondsraad onderscheid gemaakt tussen dag- en weekverzekeringen 51). Bij de beoordeling welke van beide van toepassing is dient in de eerste plaats te worden nagegaan of de dienstbetrekking voor langer dan een week is aangegaan. Is dat niet het geval dan kan slechts sprake zijn van een dagverzekering. Bij dienstbetrekkingen van langer dan een week is art. 6 lid 2 onder d en e ZW van toepassing.

Met betrekking tot afroepkrachten wordt de volgende regel gehanteerd. Indien de arbeidsovereenkomst ertoe strekt dat gewerkt moet worden na opgeroepen te zijn moet een week-verzekering worden aangenomen. Dit betekent dat de afroepcontractant verzekerd is gedurende de kalenderweken waarin arbeid wordt verricht. Als de afroepcontractant de vrijheid heeft al dan niet op de oproep in te gaan, zal steeds een nieuwe dienstbetrekking ontstaan als er gewerkt wordt. In dat geval zal in de regel sprake zijn van een dagverzekering, tenzij langer dan 1 week arbeid wordt verricht 52).

Bij uitzendkrachten wordt dit onderscheid niet gehanteerd, de uitzendkracht is verzekerd gedurende de kalenderweken waarin arbeid wordt verricht.

Met betrekking tot inschrijving en premierestitutie is in de hiervoor genoemde circulaire eveneens een regeling opgenomen.

4.8.2 Recht op uitkering

De verzekerde die als gevolg van arbeidsongeschiktheid zijn eigen arbeid niet meer kan verrichten heeft recht op een uitkering krachtens de ZW; is de betrokkene na 52 weken arbeidsongeschiktheid niet in staat met passende arbeid datgene te verdienen wat soortgelijke gezonde personen verdienen, dan bestaat in beginsel aanspraak op een uitkering krachtens de WAO. Het recht op uitkering werkt nog enige tijd na, indien de verzekering is geëindigd. De artikelen 46 ZW en 17 WAO bepalen dat nawerking plaatsvindt:

- a. als de werknemer gedurende twee maanden onafgebroken op alle dagen verzekerd is geweest, of
- b. als de werknemer in de loop van de twee maanden voorafgaande aan het einde van zijn verzekering op tenminste 16 dagen verzekerd is geweest.

De termijn van twee maanden onder a wordt geacht onafgebroken te zijn geweest als de werknemer niet meer dan zeven dagen niet verzekerd is geweest. Uitkering krachtens de ZW wordt bij ziekte welke intreedt binnen één maand na het einde van de verzekering in de situatie genoemd onder a verstrekt; bij de onder b genoemde situatie alleen indien de ziekte binnen 8 dagen na het einde van de verzekering aanvangt.

Om in aanmerking te komen voor de loondervingsuitkering krachtens de NWW moet de verzekerde werkloos zijn en voldoen aan een referte-eis. Van werkloosheid is sprake indien de werknemer:

- a. tenminste 5 arbeidsuren of tenminste de helft van zijn arbeidsuren per week heeft verloren en geen recht heeft op onverminderde doorbetaling van loon over die uren (art. 16, eerste lid onder a NWW);
- b. beschikbaar is om arbeid te verrichten (art. 16, eerste lid onder b NWW).

Onder genoemde arbeidsuren wordt verstaan het aantal uren dat de werknemer in de 26 weken voorafgaande aan zijn werkloosheid gemiddeld per week aan arbeid heeft besteed. Met arbeid wordt bedoeld alle betaalde arbeid, dus ook de niet-verzekeringsplichtige arbeid zoals bijvoorbeeld

arbeid als zelfstandige (art. 16 lid 2 NWW). De vereisten van verlies van 5 arbeidsuren of tenminste 50% van de arbeidsuren gelden niet cumulatief. Als aan één van beide vereisten wordt voldaan is dat voldoende. Deze bepaling werkt daarom gunstig voor degene die een in omvang kleine dienstbetrekking heeft. Als referte-eis geldt in de NWW dat in de twaalf maanden onmiddellijk voorafgaande aan het intreden van de werkloosheid tenminste 26 weken arbeid in dienstbetrekking moet zijn verricht. Een week wordt als gewerkte week aangemerkt, indien tenminste op één dag in die week is gewerkt, ongeacht het aantal arbeidsuren op die dag. Als de verzekerde aan alle voorwaarden en verplichtingen voldoet, heeft hij recht op een uitkering van een half jaar (art. 42 NWW). Deze uitkeringsduur wordt verlengd indien hij voldoet aan de 3 uit 5 eis (in de 5 jaar voorafgaand aan de werkloosheid tenminste 3 jaar gewerkt hebben). De duur van de verlenging hangt af van het arbeidsverleden. Bij het vaststellen van het arbeidsverleden wordt de tijd dat een werknemer wegens arbeidsongeschiktheid een uitkering genoot betrokken en tevens wordt de periode waarin betrokkene met de verzorging van zijn (haar) kinderen was belast in aanmerking genomen. Als het gaat om kinderen beneden de zes jaar wordt de gehele periode in aanmerking genomen, gaat het om kinderen van zes tot twaalf jaar dan telt de periode voor de helft mee (art. 42 lid 5 NWW). Voor het bepalen of voldaan is aan de 3 uit 5 eis wordt alleen een dienstbetrekking van 8 of meer uren per week in aanmerking genomen.

4.8.3 Premiebetaling

De premie wordt geheven over het volle loon voorzover dat loon de verschillende maxima (zie daarvoor art. 9 lid 1 en 2 Coördinatiewet) niet te boven gaat. Voorts geldt er een premievrije voet bij de WAO van -thans- f 91,- per dag. Met name deze bepaling maakt het voor de werknemer van belang zijn arbeid over zo veel mogelijk dagen te spreiden. De franchise geldt per dag ongeacht het aantal uren waarop wordt gewerkt 53).

4.8.4 Fricties

Het systeem van de sociale werknemersverzekeringen heeft tot gevolg dat:

- het huishoudelijk personeel dat bij een private persoon minder dan 3 dagen werkt niet verzekerd is;

- de afroepcontractant werkzaam op arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht, de thuiswerker op arbeidsovereenkomst en de uitzendkracht verzekerd is in de week waarin arbeid is verricht;
- de afroepcontractant werkzaam op grond van een voorovereenkomst alleen verzekerd is op de dagen waarop arbeid is verricht;
- de free-lancer die als zelfstandige is te beschouwen, niet verzekerd is;
- behoort de werknemer tot de in het KB genoemde groepen, dan geldt voor thuiswerkers dat de arbeidsverhouding moet zijn aangegaan voor langer dan één maand en het inkomen doorgaans 2/5 van het minimumloon moet bedragen wil betrokkene verzekerd zijn;
- degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander en niet op arbeidsovereenkomst werkzaam is moet naast de voor thuiswerkers geldende voorwaarden voldoen aan de eis dat tenminste 2 dagen per week arbeid wordt verricht, wil betrokkene verzekerd zijn.

Voor de ZW en WAO geldt dat arbeidsongeschiktheid welke intreedt op het moment waarop betrokkene niet verzekerd is, niet tot uitkering leidt, behalve in het geval waarin op grond van nawerking nog een aanspraak bestaat. Om voor het laatstgenoemde in aanmerking te komen moet de werknemer voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid tenminste gemiddeld 1,85 dagen per week hebben gewerkt. De ZFW kent geen nawerking, zodat de werknemer in de week (weekverzekering) of op de dagen (dagverzekering) waarin geen arbeid is verricht, niet verzekerd is. Een ziektekostenverzekering indien de werknemer niet meeverzekerd is, is dan noodzakelijk. Dit leidt tot een gecompliceerd systeem van premierestitutie.

Krachtens de NWW heeft een werknemer recht op een uitkering indien hij meer dan 5 arbeidsuren per week verliest, of tenminste de helft van zijn arbeidsuren. Bij het bepalen van het arbeidsverleden geldt een norm van 8 uur per week. Voor de vaststelling van de legitimatieperiode wordt in tegenstelling tot de WW niet van dagen, maar van weken uitgegaan. Vooral die norm is een aanzienlijke verbetering voor werknemers die een onregelmatig arbeidspatroon hebben en bovendien een beperkt aantal uren werken.

De sociale werknemersverzekeringen gaan uit van het "normale" arbeidspatroon, d.w.z. arbeid gedurende vijf dagen per week.

De daarop gebaseerde berekeningswijze van de franchise in de WAO heeft daarom tot gevolg dat werknemers die niet op alle dagen werkzaam zijn, ten onrechte een financieel nadeel ondervinden. De franchise heeft tot doel geen premie te heffen over dat loonbestanddeel dat reeds krachtens de AAW is verzekerd. De AAW is een volksverzekering die evenals de WAO de loonderving als gevolg van arbeidsongeschiktheid langer dan een jaar verzekerd. Dat deel van de loonderving dat reeds krachtens de AAW is verzekerd, behoeft derhalve niet door de WAO te worden gedekt. Om die reden kent de WAO een premievrije voet van f 91 per dag. Die premievrije voet komt, indien gedurende vijf dagen per week gewerkt wordt, overeen met dat deel van het loon dat reeds krachtens de AAW is verzekerd. In het geval de werknemer minder dan vijf dagen arbeid verricht, wordt, omdat de premievrije voet over het dagloon en niet over het week, maand of jaarloon wordt berekend, premie WAO betaald over (een deel van) het loon dat reeds krachtens de AAW verzekerd is en waarover ook geen recht op uitkering krachtens de WAO ontstaat.

De wetgever heeft, zo blijkt uit het bovenstaande, uitsluitend gedacht aan werknemers die gedurende vijf dagen arbeid verrichten. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat de fricties in het sociaal verzekeringsrecht die zich bij flexibele arbeidsrelaties voordoen, voor een groot deel het gevolg zijn van het feit dat de beoordeling en toepassing van de regels per dag geschiedt. Werknemer op flexibele arbeidsrelaties werken immers zelden elke dag van de week en bovendien onregelmatig over de weken in het jaar. Doordat de werknemer in beginsel uitsluitend verzekerd is op de dagen waarop arbeid wordt verricht en geen recht op uitkering bestaat indien de betrokkene niet verzekerd is, bestaat geen doorlopende aanspraak. Met name bij de ZFW leidt dit ertoe dat de werknemer veelvuldig onder of buiten de verzekering valt, zodat een particuliere verzekering noodzakelijk blijft. De NWW waarin de week als norm wordt gehanteerd leidt bij deze arbeidsrelaties tot minder problemen.

5 AANPASSINGEN OM FRICTIES TE VERMIJDEN

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 zijn een aantal fricties beschreven die zich bij flexibele arbeidsrelaties voordoen. Vooropgesteld dient te worden dat niet elke vorm van flexibele arbeidsrelatie alle daarbeschreven gevolgen met zich brengt. Afhankelijk van de gekozen vorm is het vooral de inkomensonzekerheid, zowel wat betreft de aanspraak op loon als de hoogte daarvan en de ontslagbescherming, waar zich problemen voordoen.

De arbeidsrechtelijke wetgeving heeft tot belangrijkste doel de werknemer bescherming te bieden tegen zijn maatschappelijk en economisch sterkere werkgever. Het is aan deze doelstelling van het recht waaraan bij flexibele arbeidsrelaties getracht wordt voorbij te gaan. Daarmee wordt niet alleen de positie van deze werknemers, maar van de werknemer in zijn algemeenheid aangetast. De mogelijkheid immers werknemers aan te trekken waarvoor niet of niet alle regels van het arbeidsrecht gelden, maakt dat de positie op de arbeidsmarkt van degene waarvoor deze regels wel gelden, wordt verzwakt. Eenzelfde argument is in 1927 aanleiding geweest in art. 14 van de Wet op de Cao te bepalen dat de gebonden werkgever gehouden is de bepalingen van de cao ook op de in zijn dienst zijnde ongebonden werknemers toe te passen. Een dergelijke bepaling was naar de mening van de wetgever noodzakelijk teneinde te voorkomen dat gebonden werknemers uit de markt zouden worden geprijsd.

In hoofdstuk 1 zijn een aantal argumenten genoemd om tot een nadere reglementering van het verschijnsel flexibele arbeidsrelaties te komen. Aan welke maatregelen in dit verband gedacht zouden kunnen worden, komt in dit hoofdstuk aan de orde.

Bij dit alles dient echter te worden bedacht dat werkgevers om reden van wisselend werkaanbod en concurrentiepositie behoefte hebben aan flexibel inzetbaar personeel. Daaraan voorbij te gaan is niet alleen irrealistisch, maar zal ook nadelige gevolgen voor de werkgelegenheid opleveren.

De Stichting van de Arbeid heeft in haar Commentaar op het Rapport van de Werkgroep Flexibele Arbeidsrelaties van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een aantal uitgangspunten geformuleerd waaraan wijziging van de wetgeving door de Stichting zal worden getoetst 1).

Deze uitgangspunten zijn:

- a. voldoende ruimte voor werkgevers en werknemers om eigen regels te stellen t.a.v. flexibele arbeidsrelaties, rekening houdend met de verschillende mogelijkheden en behoeften in de verschillende sectoren;
- b. een voldoende mate van evenwicht in rechten en plichten van de flexibele arbeidskracht en de werkgever;
- c. geen strijdigheid met het streven naar eenduidige en zo beknopt mogelijke wetgeving en vermijding van ongewenste uitstraling van wetgeving naar andere gevallen dan die men beoogt te regelen;
- d. enerzijds moeten de behoeften van ondernemingen aan mogelijkheden tot flexibele bedrijfsvoering worden gerespecteerd, anderzijds dient rekening gehouden te worden met de maatschappelijke gevolgen van de toepassing van vormen van flexibele arbeidsrelaties.

Op grond van bovenstaande -wel erg ruime- uitgangspunten zal door werkgevers- en werknemersorganisaties gezocht moeten worden naar vormen van flexibilisering waarbij de rechtspositie van de werknemers zoveel mogelijk gewaarborgd is.

5.2 Interne of externe arbeidsmarkt

In ondernemingen bestaat de behoefte de inzet van de factor arbeid aan te passen aan het werkaanbod. Dat kan op twee wijzen geschieden.

Het wisselend werkaanbod kan voor een zeer belangrijk deel worden opgevangen door vaste werknemers, die op een vast gemiddeld aantal uren werkzaam zijn. Noodzakelijk is dan dat de arbeidsduur van de werknemers kan worden verdeeld over langere perioden, zodat in tijden van een beperkt werkaanbod minder en in tijden van een groot werkaanbod meer dan het gemiddeld aantal overeengekomen uren wordt gewerkt. In plaats daarvan kan ook worden gekozen voor het aantrekken van flexibele arbeidskrachten die op de momenten kunnen worden ingezet waarop, en voor zolang als, het werkaanbod te groot is voor het vaste personeel.

De flexibilisering door middel van het vaste personeel verdient sterk de voorkeur. De arbeidsrechtelijke bezwaren tegen flexibilisering richten zich immers vooral tegen de flexibele arbeidsrelaties. De onzekerheid, voor zowel werkgevers als werknemers met betrekking tot de op deze arbeidsrelaties van toepassing zijnde arbeidsrechtelijke regels, is de

voornaamste oorzaak dat aan deze vorm de hiervoor beschreven nadelen zijn verbonden. Het is juist deze onzekerheid die werkgevers tot schending van arbeidsrechtelijke normen brengt en die werknemers ervan weerhoudt hun rechten tot gelding te brengen. Deze problemen doen zich in aanzienlijk mindere mate bij flexibilisering van de werktijden van het vaste personeel.

Bevordering van flexibilisering door middel van het vaste personeel is echter slechts mogelijk indien een aantal knelpunten die hieraan in de weg staan worden weggenomen. De praktijk wijst uit 2) dat dit vooral de strakke normen van de Arbeidswet en de -vermeende- lange duur van de behandeling van een ontslagaanvraag bij het G.A.B. zijn. Daarnaast spelen ook problemen bij het toepassen van arbeidsrechtelijke regels in geval van wisselende arbeidsduur per dag, week of langere periode, een rol. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan vakantie en vakantiebijslag. Voor deze knelpunten zal daarom een bevredigende oplossing moeten worden gevonden.

Door middel van interne flexibilisering kunnen echter niet alle schommelingen in het werkaanbod worden opgevangen. Flexibele arbeidsrelaties zullen daarnaast -in beperkte mate- nodig blijven. Versterking van de rechtspositie van deze werknemers blijft dus noodzakelijk.

5.3. Sociale partners of wetgever

In de literatuur wordt het standpunt ingenomen dat de sociale partners de primaire verantwoordelijkheid dragen voor de arbeidsvoorwaardenvorming en daarmee voor de regeling van de rechtspositie van de werkenden 3). Ook de sociale partners zelf achten het hun verantwoordelijkheid het verschijnen van flexibele arbeidsrelaties in goede banen te leiden 4). Een naar onze mening terecht standpunt onder meer omdat de cao, anders dan de wetgever, rekening kan houden met de mogelijkheden en behoeften in de betreffende bedrijfstak. Regulering door de overheid kan slechts bestaande knelpunten wegnemen, maar kan, omdat de motieven voor flexibilisering sterk verschillen en flexibele arbeidsrelaties zich in vele varianten voordoen, het gebruikmaken van constructies die tot doel hebben in het arbeidsrecht neergelegde verplichtingen te ontlopen, moeilijk voorkomen. De sociale partners kunnen echter zonder hulp van de overheid op wet-

gevend gebied onvoldoende mogelijkheden scheppen voor verantwoorde flexibilisering van de interne arbeidsmarkt, terwijl, teneinde flexibele arbeidsrelaties te kunnen beperken en/of reguleren, de thans bestaande machtspositie van de werknemersvakorganisaties onvoldoende is om de werkgevers daartoe te dwingen. Bovenstaande leidt ertoe dat de overheid er primair voor moet zorgen dat de sociale partners hun verantwoordelijkheid op een maatschappelijk aanvaardbare wijze kunnen uitvoeren. Evenzeer terecht wordt er daarnaast op gewezen dat het primaat van de sociale partners de eigen verantwoordelijkheid van de overheid onverlet laat 5). Alleen daar waar knelpunten slechts langs de weg van wetgeving kunnen worden opgeheven, heeft de overheid echter een primaire taak. Hiermee is niet de enige methode aangegeven waarlangs de flexibilisering kan worden gereguleerd. Denkbaar is ook de ondernemingsraad meer dan thans een rol toe te bedelen bij het vergroten van de flexibilisering via de interne arbeidsmarkt en het kwantitatief beperken en kwalitatief verbeteren van flexibele arbeidsrelaties. Over de vraag of de ondernemingsraad wel een gelijkwaardige partner van de ondernemers is en of derhalve wel voldoende garanties bestaan dat de ondernemingsraad een zodanige taak in maatschappelijk opzicht naar behoren kan uitvoeren, is bij de behandeling van de wijziging van de Wet op de Ondernemingsraden in 1971 en 1979 uitvoerig gediscussieerd. De wetgever heeft deze vragen negatief beantwoord en de vakorganisaties het primaat toebedeeld bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden en rechtspositie van de werknemers.

De overheid kan het overleg tussen de sociale partners bevorderen door middel van het in de wetgeving opnemen van de bevoegdheid bij cao van de wettelijke bepalingen te mogen afwijken.

Hiervan zijn in de wetgeving reeds voorbeelden te vinden. Een daarvan is artikel 28, zevende lid van de Arbeidswet, zij het dat de tussen de sociale partners overeengekomen afwijking van de bij of krachtens de Arbeidswet gestelde grenzen de toestemming van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid behoeft.

Ook in het BW komen dit soort van bepalingen -door Levenbach aangeduid als bepalingen van driekwart dwingend recht- in de artikelen 1639f, 1639h, 1639k en 1639j voor.

Onder handhaving van de strakke normen in de wet een versoepeling daarvan

bij cao mogelijk te maken, vergroot het belang van de cao en dwingt de sociale partners over deze onderwerpen tot overeenstemming te komen. Binnen de vakbeweging is de bereidheid toegenomen de interne flexibilisering meer ruimte te geven, mede onder druk van de toename van het aantal flexibele arbeidsrelaties.

In het navolgende wordt om bovengenoemde redenen gepleit voor het versoepelen van de normen van de Arbeidswet langs de weg van art. 28, zevende lid en eveneens voor het slechts bij cao toestaan van afwijking van het bepaalde in de artikelen 1638c en 1638d BW.

5.4. Flexibilisering met vast personeel

Onvoldoende wordt in het bedrijfsleven gezocht naar methoden om de wisselingen in het werkaanbod op te vangen door middel van het flexibel inzetten van het "vaste" personeel. Deeltijdwerkers, maar ook voltijdwerkers kunnen op een wisselende aantal arbeidsuren per dag, week of zelfs een langere periode worden ingezet.

Uit een onderzoek van Beerenschot blijkt dat een meer systematische planningsaanpak tot een grotere vaste bezetting kan leiden 6). De omvang van het aantal werknemers op flexibele arbeidsrelatie kan op die wijze worden beperkt.

5.4.1 Wetgever

5.4.1.1 Arbeidswet

Flexibilisering via de interne arbeidsmarkt wordt vooral belemmerd door de bij of krachtens de Arbeidswet vastgestelde normen betreffende de arbeidsduur. De regering heeft (zie par. 4.1) gekozen voor een wijziging van de Arbeidswet die werkgevers aanzienlijk meer ruimte biedt de jaarlijkse arbeidsduur over het jaar te verdelen. Uit het voorgaande volgt echter dat een versoepeling door middel van toepassing van art. 28 zevende lid Arbeidswet de voorkeur geniet, teneinde op die wijze het reglementeren van flexibele arbeidsrelaties door middel van de cao te bevorderen.

De grenzen die door de minister aan de in cao's overeen te komen werktijdenregelingen gesteld kunnen worden, zouden dezelfde kunnen zijn als in het voorstel tot wijziging van de Arbeidswet worden genoemd 7).

Opgemerkt zou kunnen worden dat een wijziging van de arbeidsduur en daarmee gepaard gaande werktijdenregelingen, ook indien dit de werkgever krachtens de gewijzigde Arbeidswet zou zijn toegestaan, niet kan worden gerealiseerd zonder wijziging van de cao en dus zonder overleg met en instemming van de werknemersvakorganisaties. Zijn de werktijden niet bij cao geregeld, dan behoeft de werkgever de instemming van de ondernemingsraad. Het lijkt er derhalve op dat werkgevers, ook in het geval de Arbeidswet hen rechtsstreeks een grotere vrijheid biedt, de instemming van werknemersvertegenwoordigers behoeven om flexibele werktijden vast te stellen, zodat de positie van de vakbonden gelijk is aan die welke zij bezitten, indien flexibilisering slechts door middel van op grond van art. 28 Arbeidswet goedgekeurde cao's kan plaatsvinden. Hierbij kunnen echter een tweetal kanttekeningen worden geplaatst.

Allereerst zijn niet alle werkgevers door een cao gebonden en hebben niet alle ondernemingen een ondernemingsraad. Een deel van het bedrijfsleven kan daarom zonder inspraak van werknemersvertegenwoordigers van de verruiming in de Arbeidswet gebruik maken.

Vervolgens maakt het voor de positie van de vakorganisaties een groot verschil of de Arbeidswet zelf wordt gewijzigd, dan wel ruimere toepassing wordt gegeven aan art. 28, zevende lid Arbeidswet. Wijziging van de Arbeidswet betekent dat ook zonder cao flexibele werktijden kunnen worden ingevoerd. De onderhandelingspositie van de vakorganisaties wordt daarom eerder verzwakt dan versterkt.

Handhaving van de thans in de Arbeidswet neergelegde normen met de mogelijkheid tot afwijking hiervan bij cao, maakt dat de cao de enige toegang is tot afwijkende en flexibele werktijden. De positie van de vakorganisaties wordt daardoor versterkt en de kans dat flexibele arbeidsrelaties bij cao worden gereguleerd vergroot.

5.4.1.2 Ontslagrecht

De bepalingen betreffende het eindigen van de arbeidsovereenkomst worden door werkgevers als knellend ervaren. Het in dienst nemen van werknemers op arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt om die reden beperkt. Flexibele arbeidsrelaties bieden -zo wordt verondersteld- meer vrijheid de overeenkomst te beëindigen als het werkaanbod vermindert of de werknemer om andere reden niet langer in de arbeidsorganisatie kan worden gehandhaafd.

Het bevorderen van flexibiliteit via de interne arbeidsmarkt zal daarom meer kans van slagen hebben indien de belangrijkste knelpunten in het ontslagrecht worden weggenomen.

Het ontslagrecht vormt een samenhangend geheel dat in de loop der jaren is uitgebouwd tot het thans bestaande geheel van regels. Wijziging daarvan moet worden beoordeeld aan de hand van de gevolgen die hieruit voortvloeien voor het systeem, alsmede voor de met het ontslagrecht verband houdende Werkloosheidswet. De regering heeft de SER op 20 maart 1985 advies gevraagd over een aantal wijzigingen van het ontslagrecht die mede tot doel hebben bovengenoemde knelpunten weg te nemen 8). In plaats van of in aanvulling op deze voorstellen worden in dit rapport een aantal suggesties gedaan.

Het verkorten van de behandelingstermijn bij het GAB is reeds grotendeels gerealiseerd. In 1985 is een uniforme ontslagprocedure bij de Gewestelijke Arbeidsbureaus geïntroduceerd, met als belangrijkste doel de duur van de behandeling bij het GAB te verkorten. Uit een één jaar later door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gehouden evaluatieonderzoek blijkt dat bij aanvragen die na één ronde van hoor en wederhoor konden worden afgehandeld (80% van de aanvragen) de gemiddelde duur 4 weken bedroeg. Waar voor de afhandeling meer dan één ronde benodigd was, bedroeg de gemiddelde duur 9 weken (12 weken bij de grote GAB's en 8 weken bij de overige bureaus). Binnen 8 weken is 86% van alle aanvragen die in een besluit resulteren afgehandeld. Het argument van werkgevers dat zij wel gedwongen worden van flexibele arbeidsrelaties gebruik te maken omdat de procedure bij het GAB zo lang duurt -daarbij overigens ten onrechte aannemend dat voor de beëindiging van die arbeidsrelaties geen vergunning van de Directeur GAB nodig is- strookt derhalve niet met de werkelijkheid. Het belangrijkste argument voor de afschaffing van de preventieve toetsing is met de nieuwe ontslagprocedure komen te vervallen.

Zoals de regering in zijn adviesaanvraag aan de SER heeft voorgesteld, zouden de bepalingen in het BBA zodanig kunnen worden gewijzigd dat gelijktijdig met de aanvraag van een ontslagvergunning kan worden opgezegd. De Emancipatieraad wijst bovenstaande af omdat de werknemer dan nauwelijks tijd heeft om naar ander werk uit te zien 9). Teneinde dit in

een aantal gevallen terechte bezwaar te ondervangen, kan tevens worden bepaald dat vanaf de datum waarop de vergunning wordt verleend tenminste nog een opzegtermijn van een maand in acht genomen moet worden. Op die wijze wordt de tijd tussen de aanvraag en het eindigen van de arbeidsovereenkomst beperkt, terwijl de werknemer vanaf het moment waarop zeker is dat zijn arbeidsovereenkomst zal eindigen, nog recht heeft op tenminste een maand opzegtermijn.

In een dergelijk systeem zou passen de wijze waarop werknemers in verband met een omstandigheid als genoemd in art. 1639h BW tegen ontslag worden beschermd, te wijzigen. Art. 1639h BW bepaalt dat een opzegging tijdens ziekte, militaire dienst, zwangerschap en in de zevende t/m de twaalfde week na de bevalling, alsmede wegens huwelijk en bevalling nietig is. Het moment waarop ingevolge het BBA rechtmatig kan worden opgezegd -dus het moment waarop de vergunning is verleend- is bepalend voor de toepasselijkheid van de ontslagverboden.

Indien de opzegtermijn reeds aanvangt bij het verzoek tot verlening van een vergunning, ligt het in de rede ook voor de ontslagverboden dat tijdstip aan te houden. Dat zou inhouden dat van een verkregen vergunning rechtsgeldig geen gebruik gemaakt kan worden, indien op het moment waarop de vergunning werd aangevraagd een ontslagverbod bestond.

5.5. Kwantitatief beperken van flexibele arbeidsrelaties

5.5.1 Sociale partners

De omvang van het gebruik van flexibele arbeidsrelaties kan door de sociale partners bij cao worden beperkt. Op deze wijze wordt wel de kwantiteit, maar niet de kwaliteit van de toegepaste arbeidsrelaties gereguleerd. Daarnaast of in plaats daarvan kan de cao bepalen dat met name genoemde vormen van arbeidsrelaties niet zijn toegestaan, of slechts onder bepaalde voorwaarden zijn toegestaan. Van deze methode wordt thans reeds gebruik gemaakt. Het betreft hier bepalingen die slechts in bepaalde gevallen het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd toestaan. Een verbod of beperking van flexibele arbeidsrelaties, anders dan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, komt in de onderzochte cao's niet voor.

5.5.2 Wetgever

Niet in alle ondernemingen geldt echter een cao, ofwel omdat de onder-

neming tot een bedrijfstak behoort waarin geen cao tot stand is gekomen, ofwel omdat de werkgever niet door de cao is gebonden. Bovendien is de positie van de werknemersvakorganisaties niet altijd zodanig dat een quotumregeling kan worden afgedwongen. Overwogen kan daarom worden de wetgeving zodanig aan te passen dat de omvang van het aantal werknemers op flexibele arbeidsrelaties wordt beperkt.

Ook indien door middel van een quotumregeling de flexibele arbeidsrelaties in quantitative zin worden beperkt, blijft het noodzakelijk dat de overheid de meest ongewenste en maatschappelijk onaanvaardbare aspecten van flexibele arbeidsrelaties tegengaat.

5.5.2.1 Quotumregeling

De overheid kan, zoals dat ook in het Wetsontwerp Arbeid Gehandicapten Werknemers was bepaald, een quotumregeling vaststellen.

Flexibele arbeidsrelaties komen in vele variaties en onder vele benamingen voor. Uitputtende en juridisch volledige definities van de arbeidsrelaties die onder de quotumregeling dienen te vallen, is daarom welhaast onmogelijk. Een eventuele quotumregeling kan daarom beter uitgaan van de arbeidsrelaties die niet onder de regeling vallen. Daarbij kan worden gedacht aan arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd van een minimale omvang.

Aan een quotumregeling zijn echter een aantal nadelen verbonden. Zo blijft een deel van de betreffende werknemers een onzekere rechtspositie behouden, biedt de quotumregeling de individuele werknemer geen voorkeursrecht op zijn werkgever en levert de controle op naleving van het quotum problemen op. Het beperken van flexibele arbeidsrelaties door middel van een quotumregeling kan daarom niet als een adequate oplossing worden gezien 10). Dit geldt evenzeer voor een wettelijk verbod van bepaalde vormen van flexibele arbeidsrelaties en het wettelijk vastleggen van de omstandigheden en voorwaarden waaronder van bepaalde arbeidsrelaties gebruik gemaakt mag worden.

Uitzondering hierop vormt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Overeenkomstig de ontwerp-richtlijn van de EEG, kan in de wet worden bepaald onder welke omstandigheden en voorwaarden van deze contractsvorm gebruik gemaakt mag worden 11). De ontwerp-richtlijn bevat een limitatieve opsomming. De overeenkomst voor bepaalde tijd is slechts mogelijk bij:

- a. tijdelijke vermindering van de personeelsbezetting;
- b. tijdelijke uitbreiding van de bedrijvigheid;
- c. het verrichten van een incidentele taak;
- d. bijzonder werk waarvoor het niet gebruikelijk is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd af te sluiten;
- e. het lanceren van een nieuwe activiteit.

Een overeenkomst voor bepaalde tijd die niet om één van deze redenen is aangegaan wordt beschouwd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

5.5.2.2 Voorwaarden arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Het in de wet opnemen dat slechts onder bepaalde voorwaarden een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag worden gesloten, beperkt het gebruik van dergelijke overeenkomsten tot die gevallen waarin een rechtvaardiging daarvoor bestaat. Dat maakt het tevens mogelijk in de wet -zoals nu reeds in een aantal cao's is opgenomen- te bepalen dat alleen een opzeggingsverplichting bij een voortgezette dienstbetrekking bestaat, indien meer dan een in de wet genoemd aantal malen is voortgezet, dan wel indien de gezamenlijke overeenkomsten de in de wet genoemde termijn overschrijden. Overeenkomstig hetgeen daaromtrent in cao's is bepaald kan hierbij worden gedacht aan 2 of 3 maal voortzetten en een termijn van 1 of 2 jaar.

Hoewel de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd minder problemen geeft dan de andere flexibele arbeidsrelaties -in beginsel uitsluitend m.b.t. de beëindiging- is, vooral omdat het gebruik ervan een grote vlucht heeft genomen, een dergelijke regulering op zijn plaats.

5.5.2.3 Definitie arbeidsovereenkomst

De werknemer op arbeidsovereenkomst geniet, ook indien die arbeidsovereenkomst flexibel is, de bescherming van het arbeidsrecht, althans van een groot deel daarvan. Is de arbeidsrelatie geen arbeidsovereenkomst, dan zijn enkele arbeidsrechtelijke wetten slechts in een beperkt aantal gevallen van toepassing. De rechtspositie van de werknemer werkzaam krachtens een flexibele arbeidsrelatie wordt derhalve vooral bepaald door het antwoord op de vraag of zijn arbeidsverhouding als een arbeidsovereenkomst is aan te merken. Versterking van de positie van de

werknemer kan worden bereikt d.m.v. uitbreiding van de werkingssfeer van arbeidsrechtelijke wetten, zodat het nadelig gevolg van het ontbreken van een arbeidsovereenkomst wordt beperkt, danwel d.m.v. het duiden van flexibele arbeidsrelaties als arbeidsovereenkomst.

Primair ligt hierbij voor de hand de definitie van de arbeidsovereenkomst in het BW zodanig te wijzigen dat een groot deel van de flexibele arbeidsverhoudingen onder die omschrijving gaan vallen. De arbeidsovereenkomst is immers het entreebiljet tot het arbeidsrecht, doordat de werkingssfeer van arbeidsrechtelijke wetten primair op het bestaan van een arbeidsovereenkomst aansluit. Zowel de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten als de ondergeschiktheid zijn bestaansvoorwaarden voor een arbeidsovereenkomst waaraan flexibele arbeidsrelaties soms niet voldoen.

Wat de persoonlijke arbeidsverplichting betreft is de overeengekomen verplichting daartoe bepalend en niet het feitelijk gedrag. In de rechtspraak wordt echter in toenemende mate met het laatstgenoemde rekening gehouden. Vastlegging in artikel 1637 a BW dat de feitelijke praktijk beslissend is, sluit hierbij aan. Daarbij kan tevens worden bepaald dat de arbeid ook als persoonlijk verricht wordt beschouwd, indien vervanging slechts met toestemming van de werkgever of slechts door werknemers die daartoe door de werkgever zijn aangewezen mag geschieden.

Ondergeschiktheid houdt zowel in dat de werknemer de arbeid moet gaan en blijven verrichten indien de werkgever hem dit opdraagt, als dat bij het uitvoeren van de werkzaamheden aanwijzingen gegeven kunnen worden.

Volgens de rechtspraak staat het ontbreken van de verplichting de arbeid aan te vangen het aannemen van ondergeschiktheid tijdens het verrichten van arbeid niet in de weg. Daarmee is het belang van de vaststelling of tijdens de werkzaamheden van ondergeschiktheid sprake is echter niet verminderd. De vraag of het element ondergeschiktheid in de moderne tijd nog houdbaar is, is door een werkgroep van de Vereniging voor Arbeidsrecht ontkennend beantwoord 12). Deze werkgroep stelde vast dat de gezagsverhouding een steeds betrekkelijker karakter heeft gekregen. Zij pleiten er daarom voor in de definitie de woorden ... "waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, arbeid te verrichten", te vervangen door de woorden

"waarbij de ene partij, de arbeider, zich ter beschikking stelt van de andere partij, de werkgever". Het duurelement, in art. 1637a BW weergegeven met de woorden "gedurende zekere tijd", dat in de rechtspraak geen betekenis meer heeft en om die reden in de definitie van de arbeidsovereenkomst in het ontwerp NBW niet meer is opgenomen, zou daarmee het kenmerkende element zijn waarmee de arbeidsovereenkomst zich ten opzichte van de beide andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid onderscheidt. Daarmee zouden vele flexibele arbeidsrelaties onder de definitie van de arbeidsovereenkomst zijn gebracht.

5.5.2.4 Rechtsvermoeden

Minder vergaand is het in de wet opnemen van het rechtsvermoeden dat van een arbeidsovereenkomst sprake is indien zich bepaalde feiten voordoen. In het ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek is een dergelijk vermoeden opgenomen. Art. 7.10.1, tweede lid van het ontwerp NBW bepaalt: "Hij die ter plaatse waar iemand zijn beroep of bedrijf uitoefent, onder leiding tegen beloning arbeid verricht, die gewoonlijk in een zodanig beroep of bedrijf wordt verricht, wordt vermoed met die persoon een arbeidsovereenkomst te hebben gesloten".

Daarmee wordt de betreffende werknemer in een procedure weliswaar geholpen, een afdoende oplossing biedt deze methode niet.

Het tweede lid van artikel 1637 c BW houdt nu reeds in dat wanneer overeenkomsten tot aanneming van werk elkaar opvolgen of dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst kennelijk de bedoeling hebben meer van deze overeenkomsten aan te gaan, de bepalingen van de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. De Hoge Raad eist echter dat voor de toepassing van artikel 1637c lid 2 BW een gezagsverhouding aanwezig moet zijn 13). Een wijziging van artikel 1637c lid 2 BW in die zin dat in de bepaling wordt vastgelegd dat het hier "echte" aanneming van werk betreft en ondergeschiktheid derhalve geen vereiste is, zou vooral thuiswerkers de bescherming van de arbeidsovereenkomst bieden.

5.5.2.5 Wet op het terbeschikkingstellen van arbeidskrachten

Uitzendbureaus dienen over een vergunning te beschikken om bedrijfsmatig uitzendkrachten ter beschikking van inleners te stellen. Aan die vergunning zijn een aantal voorwaarden verbonden, onder meer betreffende de administratie en de aan de uitzendkracht te betalen beloning.

De vergunningsvoorwaarden bepalen bovendien dat de uitzendkracht niet langer dan zes maanden aan dezelfde inlener ter beschikking gesteld mag worden. Blijkens de toelichting op de voorwaarden dienen de werkzaamheden die de uitzendkracht verricht van tijdelijke aard te zijn. De maximering van de uitzendtermijn tot zes maanden heeft tot doel dit zeker te stellen. In de praktijk wordt deze regel niet direkt, maar indirekt overtreden. De uitzendkracht wordt via een ander uitzendbureau voor dezelfde werkzaamheden opnieuw voor zes maanden ingeleend, of voor een periode van meer dan 31 dagen door de inlener in dienst genomen op arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, om na die termijn opnieuw via het uitzendbureau te worden ingeleend. Dit oneigenlijke gebruik van de uitzendrelatie kan uitsluitend worden voorkomen door de Wet op het terbeschikkingstellen van arbeidskrachten te wijzigen in die zin, dat de inlenende werkgever en niet het uitzendbureau strafbaar is indien uitzendkrachten niet-tijdelijke arbeid verrichten.

5.6 Versterking van de rechtspositie van werknemers met een flexibele arbeidsrelatie

5.6.1 Sociale partners

5.6.1.1 Werkingsfeer cao

De arbeidsvoorwaarden en rechtspositie van werknemers wordt voor een belangrijk deel bepaald door de cao. Dat betreft zowel arbeidsvoorwaarden waarvoor in de wet een minimum garantie is gegeven, zoals de loonhoogte en de vakantie; beperkingen van de bevoegdheid van de werkgever, zoals de loonbetaling in het geval geen arbeid wordt verricht; als bovenwettelijke uitkeringen, zoals aanvullingen op de uitkeringen krachtens de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en afvloeiingsregelingen.

Ook het recht op pensioen is in de meeste gevallen bij cao geregeld. De Wet op de Cao maakt het mogelijk dat de cao ook andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid dan de arbeidsovereenkomst kan betreffen. In het geval cao partijen een zodanige werkingsfeer overeen komen dat flexibele arbeidsrelaties daaronder vallen, is een groot deel van de vorengenoemde fricties, en met name de onzekerheid over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden, opgeheven. Bovendien kan langs deze weg de werknemer met een flexibele arbeidsrelatie aanspraak worden gegeven op bovenwettelijke uitkeringen.

5.6.2 Wetgever

5.6.2.1 Loonhoogte

De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag is nagenoeg en de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen uitsluitend van toepassing indien op arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht. Uitbreiding van de werkingssfeer op de wijze zoals dat is geschiedt in de sociale werknemersverzekeringen verdient overweging. De onderwerpen die in deze wetten worden geregeld zijn immers niet noodzakelijk aan een bepaalde contractsvorm en dus ook niet aan de arbeidsovereenkomst gebonden. Govers stelt voor de werkingssfeer van de Wet gelijk loon en de Wet gelijke behandeling uit te breiden tot degenen die tegen beloning persoonlijk arbeid verrichten, anders dan in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep 14). Een werkingssfeer die ook voor het BBA geldt. Voor een dergelijke uitbreiding van de werkingssfeer bestaat temeer aanleiding omdat de EEG-richtlijn, gezien de uitspraken van het Hof van Justitie, uitgaat van een ruim werknemersbegrip. Mede daarom adviseerde ook de Emancipatieraad een ruime omschrijving van de werkingssfeer in de zin als voorgesteld door Govers 15). Eenzelfde uitbreiding kan aan de werkingssfeer van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden gegeven.

5.6.2.2 Aanspraak op loon

De inkomensonzekerheid bij flexibele arbeidsrelaties hangt samen met het geheel of gedeeltelijk ontbreken van een aanspraak voor de werknemer op het verrichten van arbeid. Daarbij kan worden onderscheiden:

- A. De overeenkomst is geen arbeidsovereenkomst; zij houdt niet meer in dan dat de werknemer in de kaartenbak wordt opgenomen en door de werkgever kan worden opgeroepen. Voorbeelden hiervan zijn de voorovereenkomst en de uitzendrelatie.
- B. De overeenkomst is een arbeidsovereenkomst;
 - 1) Daarin is bepaald of daaruit volgt dat de werknemer alleen aanspraak heeft op het verrichten van arbeid indien de werkgever werk beschikbaar heeft. De werknemer heeft recht naar evenredigheid opgeroepen te worden, maar het aantal te werken uren staat niet vast en kan variëren van 0 tot 40 uur per week. Voorbeelden zijn het nul-urencontract en de thuiswerkovereenkomst.

- 2) Er is slechts een gering aantal arbeidsuren overeengekomen, met daarenboven de verplichting voor de werknemer aan een oproep om meer uren te werken gehoor te geven. Hier is sprake van een min/max-contract.
- 3) Er is een vast aantal arbeidsuren overeengekomen, maar tevens zijn de artikelen 1638c en 1638d BW uitgesloten.

In de praktijk is niet altijd duidelijk tot welke van de onder b genoemde typen de overeenkomst moet worden gerekend.

In de onder A. genoemde overeenkomst heeft noch de werkgever, noch de werknemer juridisch afdwingbare verplichtingen tegenover de andere contractspartij. Ook in het geval de definitie van de arbeidsovereenkomst op de in par. 5.5.2 genoemde wijze wordt verruimd, zullen deze overeenkomsten niet als een arbeidsovereenkomst kunnen worden beschouwd: ten aanzien van geen der kenmerken van de arbeidsovereenkomst is tussen partijen immers een afspraak gemaakt. Een nadere regulering van deze overeenkomsten is -zoal mogelijk- niet opportuun. Op de werknemer rusten immers geen verplichtingen en hij wordt niet beperkt in het aangaan van een (arbeids)overeenkomst met andere werkgevers.

Indien de werknemer aan een oproep gehoor geeft en daadwerkelijk arbeid gaat verrichten, geschiedt dit, althans in het geval van een voorovereenkomst, in welhaast alle gevallen krachtens arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd. In het laatstgenoemde geval is sprake van één van de onder B. genoemde overeenkomsten. Wordt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten, dan eindigt deze van rechtswege met het verstrijken van de overeengekomen termijn, zodat de aanspraak op loon tot die termijn beperkt blijft. De inkomensonzekerheid vindt zijn oorzaak derhalve in het ontbreken van ontslagbescherming.

Een nieuwe oproep binnen 32 dagen nadat de vorige overeenkomst is geëindigd, leidt tot een voortgezette dienstbetrekking, die eenzijdig slechts kan worden beëindigd door middel van opzegging.

Teneinde de met de dienstbetrekking voor bepaalde tijd en de voortgezette dienstbetrekking verband houdende fricties (zie par. 4.7) te verminderen, wordt er in dit rapport in par. 5.5.2 voor gepleit enerzijds in navolging van een aantal ons omringende landen in de wet op te nemen dat slechts onder bepaalde voorwaarden een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag worden gesloten en anderzijds in navolging van een aantal cao's de

opzeggingsverplichting bij een voortgezette dienstbetrekking te beperken tot die gevallen waarin ofwel meer dan het in de wet genoemde aantal malen opnieuw een dienstbetrekking voor bepaalde tijd wordt gesloten, ofwel de gezamenlijke overeenkomsten de in de wet genoemde termijn overschrijden, ofwel een combinatie van beide. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de cao welzijnswerk. Afhankelijk van de reden voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (limitatief in de cao opgesomd) is de maximale duur 1 of 2,5 jaar. Indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wederom voor bepaalde tijd is voortgezet is voor de beëindiging geen voorafgaande opzegging nodig, onder de voorwaarde dat de van toepassing zijnde maximumtermijn (1 of 2,5 jaar) niet is overschreden. Thans kan uitsluitend bij cao van het bepaalde van art. 1639 f BW worden afgeweken, teneinde in de daarin genoemde gevallen zonder opzegging de voortgezette dienstbetrekking te doen eindigen. De rechtsbescherming van de werknemer in het geval van een voortgezette dienstbetrekking is, als gevolg van de "31 dagen-termijn" redelijk groot en daarmee zijn inkomenszekerheid.

Het ontbreken van kennis hieromtrent leidt ertoe dat feitelijk wordt gehandeld alsof de voortgezette dienstbetrekking eveneens van rechtswege eindigt. Voorlichting op dit punt lijkt daarom gewenst.

In de onder B. genoemde arbeidsovereenkomsten worden ofwel het bedongen aantal arbeidsuren niet vastgelegd, ofwel slechts een zeer beperkt aantal uren overeengekomen met de verplichting, indien daartoe opgeroepen, meer uren te werken, ofwel de artikelen 1638 c en 1638 d BW uitgesloten. Het overeengekomen en het aantal feitelijk gewerkte arbeidsuren loopt in de praktijk om bovengenoemde redenen veelal sterk uiteen. Voor de aanspraak op een aantal de werknemers toekomende rechten zijn de bedongen arbeidsuren bepalend. Dat geldt bijv. voor het doorbetalen van loon tijdens ziekte (1638 c BW) en voor de loonaanspraak indien geen arbeid wordt verricht wegens omstandigheden die voor risico van de werkgever komen (1638 d BW). Bovendien rijst de vraag of een nul-urencontract wel als een arbeidsovereenkomst kan worden beschouwd en derhalve de vraag of bovengenoemde wettelijke bepalingen wel op een nul-urencontract van toepassing zijn. De problemen die hiervan het gevolg zijn kunnen slechts door en aantal met elkaar samenhangende maatregelen worden verminderd.

5.6.2.3 Verplichting de arbeidsduur schriftelijk overeen te komen

Allereerst kan in de wet de verplichting worden neergelegd de bedongen arbeidsduur schriftelijk in de arbeidsovereenkomst op te nemen. Daarmee wordt niet alleen voorkomen dat onzekerheid bestaat over het aantal bedongen uren, maar tevens is een nul-urenovereenkomst niet meer mogelijk. De eis van schriftelijkheid dient ertoe te voorkomen dat de werknemer in geval van conflict het bewijs van de naar zijn mening afgesproken arbeidsduur zal dienen te leveren.

De wet zal dan tevens dienen aan te geven wat het rechtsgevolg is indien partijen in strijd met deze verplichting de arbeidsduur niet, dan wel niet schriftelijk overeenkomen. Conversie in een arbeidsduur van een door de wet te bepalen aantal uren is daarbij de meest voor de hand liggende en beste oplossing. Het in dit verband in de wet vast te stellen aantal uren is arbitrair. Aansluiting kan worden gezocht bij de grens voor arbeid van bijkomstige aard: ± 5 uur per week, of wellicht beter bij het aantal uren dat op grond van artikel 42 NWW bepalend is voor de beoordeling of aan de drie uit vijf eis is voldaan: 8 uren per week (zie par. 4.8). Het laatste omdat dan én de arbeid niet van bijkomstige aard is, zodat in een aantal gevallen, ook indien de overeenkomst geen arbeidsovereenkomst is, het BBA en de sociale werknemersverzekeringen van toepassing zijn, én omdat de arbeid dan voor de NWW meetelt voor het arbeidsverleden, zodat recht kan ontstaan op een uitkering langer dan een half jaar.

De vraag of in de wet tevens moet worden opgenomen dat de bedongen arbeidsduur niet lager mag zijn dan een in de wet neergelegd minimum aantal uren wordt terecht door de werkgroep van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ontkennend beantwoord 16). Een dergelijke bepaling zou immers de mogelijkheid om uit vrijwillige keuze een zeer gering aantal uren werkzaam te zijn onmogelijk maken. Daarmee zou de drang om in het grijze of zwarte circuit te vluchten worden vergroot.

5.6.2.4 Minimum aantal arbeidsuren

De verplichting de arbeidsduur schriftelijk vast te leggen betekent nog niet dat feitelijk niet meer dan dat aantal uren arbeid kan en zal worden verricht. Slechts het minimum te werken aantal uren is immers bepaald. Ook zonder dat in de overeenkomst uitdrukkelijk is vastgelegd dat de werknemer de verplichting heeft meer dan het overeengekomen aantal uren arbeid te verrichten, bestaat die verplichting voor de werknemer. Krachtens art. 1639 d BW is de werknemer in het algemeen verplicht overwerk te verrichten. Is die verplichting wel in die overeenkomst opgenomen, al dan niet beperkt tot een overeengekomen maximum (min/max-contract) dan geldt dit in versterkte mate. Dit impliceert dat in de arbeidsovereenkomst een gering aantal arbeidsuren kan zijn bedongen, maar dat, omdat de werkgever gebruik maakt van zijn bevoegdheid meer uren te laten werken, tussen het bedongen aantal en het feitelijk te werken aantal uren een groot verschil bestaat. Dat is, mede in verband met het bepaalde in de artt. 1638 c en 1638 d BW, waarin de aanspraak gerelateerd is aan de bedongen arbeidsduur, onwenselijk. Op een tweetal wijze kan dit worden tegen gegaan.

5.6.2.5 Bedongen en feitelijk gewerkte aantal uren

Vooraf in de lagere rechtspraak wordt in een aantal gevallen, indien reeds geruime tijd arbeid is verricht, het gemiddelde van het aantal feitelijk gewerkte arbeidsuren per week als het bedongen aantal arbeidsuren aangemerkt. Na verloop van tijd wordt een stilzwijgende wijziging van de overeenkomst aangenomen. In de wet zou kunnen worden bepaald dat het bedongen aantal arbeidsuren per week geacht wordt gelijk te zijn aan het gemiddeld in een bepaalde periode aantal feitelijk gewerkte uren per week. Daarmee zou ook een betere aansluiting bij de sociale verzekeringen worden bereikt, waarin immers het gemiddelde aantal arbeidsuren per 13 weken, in sommige gevallen 52 weken, de grondslag vormt voor de berekening van het dagloon. Het verruimen van de mogelijkheid de bedongen arbeidsuren over langere periodes te verdelen betekent in dit verband dat de periode waarover het gemiddelde wordt berekend ruim (bijv. een half jaar of één jaar) moet worden genomen.

5.6.2.6 Verhouding tussen bedongen en oproepbare aantal uren

Het aantal uren dat de werknemer verplicht is arbeid te verrichten

uitgaande boven het bedongen aantal uren kan in de wet worden beperkt tot een percentage van het bedongen aantal uren. Daarmee wordt voorkomen dat het bedongen en feitelijk gewerkte aantal uren te ver uiteen lopen. Hierbij kan bijv. gedacht worden aan een percentage van 50. Ook hier zal de wet het rechtsgevolg dienen aan te geven indien feitelijk meer dan 150 % van het overeengekomen aantal arbeidsuren wordt gewerkt. Conversie ligt voor de hand. Daarbij kan worden gekozen voor het gemiddelde feitelijk gewerkte aantal arbeidsuren, danwel voor 2/3 van het feitelijk gewerkte aantal uren, het laatste omdat het de werkgever immers is toegestaan 50 % meer arbeidsuren te laten werken dan het bedongen aantal arbeidsuren.

Het uitsluiten of beperken van de toepasselijkheid van de artt. 1638 c en 1638 d BW verlegt het door de wetgever aan de werkgever toegerekende risico naar de werknemer. Een zorgvuldige afweging of daarvoor in de concrete situatie een voldoende rechtvaardiging bestaat is geboden, waarbij die afweging bovendien zal dienen plaats te vinden door gelijkwaardige partijen, opdat de belangen van de werknemer voldoende tot zijn recht komen. Aan die vereisten wordt niet voldaan indien bij individuele arbeidsovereenkomst de toepasselijkheid van deze artikelen mag worden uitgesloten. Reeds in 1969 heeft de SER geadviseerd afwijking van art. 1638 d BW uitsluitend bij cao mogelijk te maken 17). De SER voerde daarbij als argumenten aan: "Het gaat in artikel 1638d om een voor de werknemers belangrijke bepaling: het artikel beoogt hun een loonbescherming te geven". Dit standpunt wordt door de werknemersleden van de Stichting van de Arbeid in het Commentaar op het Rapport van de Werkgroep herhaald 18). Het verdient sterke aanbeveling overeenkomstig het advies van de SER het uitsluiten of beperken van de toepasselijkheid van de artt. 1638 c en 1638 d BW uitsluitend bij cao of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan mogelijk te maken.

5.6.2.7 Vakantiewetgeving

De wet bepaalt in artikel 1638 bb BW dat de werkgever verplicht is aan de arbeider over elk jaar dat de dienstbetrekking heeft geduurd vakantie te verlenen gedurende ten minste 3 x het bedongen aantal werkdagen per week. Deze bepaling gaat er kennelijk vanuit dat een vast aantal werkdagen per week en op die dagen een vast en gelijk aantal uren is overeen gekomen. Is dat niet het geval dan leidt dit tot toepassings-

problemen. Wijziging van artikel 1638 bb in die zin dat een vakantie-aanspraak wordt uitgedrukt in een percentage van een aantal bedongen arbeidsuren per jaar biedt hiervoor een oplossing. Daarmee zijn echter niet alle problemen in de vakantieregeling opgelost. Niet in alle gevallen wordt op jaarbasis evenveel uren arbeid verricht als tevoren was overeengekomen. Zeker bij flexibele arbeidsrelaties, maar ook bij deeltijdovereenkomsten, is het aantal feitelijk gewerkte uren veelal aanzienlijk groter dan het aantal bedongen uren. Indien wordt uitgegaan van het aantal bedongen arbeidsuren voor de vaststelling van de vakantie-aanspraken, leidt dat tot een doorbetaalde vakantie van minder uren dan waarop de werknemer op grond van het aantal feitelijke arbeidsuren recht heeft. De berekening van de vakantieaanspraak op grond van het aantal feitelijke arbeidsuren ligt daarom voor de hand. Daarbij kan een maximering tot de vakantieaanspraak over de in de onderneming geldende normale arbeidsduur in overweging worden genomen om te voorkomen dat ook over overwerk (in de zin van langer werken dan de normale arbeidsduur) vakantieaanspraak wordt opgebouwd. Omdat ook de vakantiebijslag op die wijze wordt berekend wordt bovendien meer eenheid in de beide op vakantie betrekking hebbende bepalingen tot stand gebracht. Voorgesteld wordt daarom in artikel 1638 bb te bepalen: "de werkgever is verplicht aan de arbeider over elk jaar dat de dienstbetrekking heeft geduurd vakantie te verlenen gedurende 8 % van het aantal uren waarop de arbeider arbeid heeft verricht, met een maximum van het in de onderneming geldende aantal vakantiedagen, vermenigvuldigd met de gemiddelde normale arbeidsduur per dag. (uitgegaan is van 8 feestdagen en de toekomstige wettelijke minimum vakantieduur van 20 dagen. $52 \times 5 = 260 - 8 = 252$ dagen; 20 vakantiedagen is dus $20 : 2,52 = 7,937\%$ van het aantal arbeidsdagen)

5.7 Sociale verzekeringen

5.7.1 Kring der verzekerden in de werknemersverzekeringen

De kring der verzekerden krachtens de werknemersverzekeringen is ruim getrokken. Op slechts een beperkt aantal uitzonderingen na zijn ook werknemers met een flexibele arbeidsrelatie verzekerd. Nagegaan zal moeten worden of deze uitzonderingen moeten worden beperkt.

Het systeem van de werknemersverzekeringen brengt mee dat de verzekerde werknemer aanspraak heeft op een uitkering indien aan de voorwaarden

daarvoor is voldaan, ongeacht het feit of door de werkgever premie is afgedragen. Over de vraag of de betrokken werknemer verzekerd is ontstaat daarom voornamelijk problemen tussen werkgever en bedrijfsvereniging met betrekking tot de premieheffing. Werkgevers kunnen voorkomen alsnog verplicht te worden ten onrechte niet afgedragen en op de werknemer niet te verhalen premie over meerdere jaren te moeten betalen, door de bedrijfsvereniging te vragen of in het betreffende geval premie moet worden afgedragen.

5.7.2 Het verzekerd zijn voor de ZW, WAO en ZFW

De werknemer is krachtens de Ziektewet en WAO en daarmee ook krachtens de Ziekenfondswet niet verzekerd in de week waarin geen arbeid is verricht. Voor de Ziektewet en WAO bestaat hiervoor geen rechtvaardiging. De uitkering, indien zich het verzekerd risico voordoet, is immers generaliseerd aan het loon over de laatste 13 c.q. 52 weken. De toevallige omstandigheid dat de werknemer in de week waarin hij ziek wordt geen arbeid heeft of zou hebben verricht benadeelt hem onredelijk. Afschaffing van het bepaalde in art. 6 lid 2 onder d en e Ziektewet en WAO ligt daarom voor de hand.

Bovenstaande zou tot gevolg hebben dat ook een doorlopende aanspraak op uitkering krachtens de Ziekenfondswet ontstaat. Op grond van financiële overwegingen zou daartegen bezwaar kunnen bestaan. Dan wordt echter voorbijgegaan aan het feit dat een doorlopende aanspraak thans ook bestaat indien de werknemer elke week een zeer gering aantal uren (b.v. 1 uur) arbeid verricht. Indien het bedongen aantal arbeidsuren in de arbeidsovereenkomst moet worden vermeld en daarmee de nul-urenovereenkomst niet langer mogelijk is, wordt deze situatie ten minste gerealiseerd. Een minimum premiebedrag, zoals thans in discussie is, komt aan dit financiële bezwaar tegemoet.

Tenslotte houdt het huidige artikel 6 lid 2 onder d en e een belemmering in de arbeidsduur over het jaar te verdelen indien dat tot gevolg heeft dat gedurende een periode van een week of meer geen arbeid wordt verricht. De flexibilisering via de interne arbeidsmarkt wordt op die wijze belemmerd.

5.7.2 Franchise WAO

De premievrije voet bij de WAO van fl. 91,— per dag leidt ertoe dat

indien 5 dagen per week arbeid wordt verricht geen premie WAO hoeft te worden betaald over dat deel van het loon waarvoor reeds krachtens de AAW een verzekering bij arbeidsongeschiktheid bestaat. Wordt op minder dan 5 dagen per week arbeid verricht dan wordt ook premie geheven over een loonbestanddeel dat reeds krachtens de AAW is verzekerd. Dit kan slechts worden voorkomen door de premievrije voet over het loonbetalingstijdvak vast te stellen en te berekenen. Een wetswijziging in die zin wordt dan ook voorgesteld.

5.8 De ambtelijke aanstelling en het arbeidscontract naar burgerlijk recht

In toenemende mate hanteert de overheid de tijdelijke ambtelijke aanstelling voor het verrichten van werk van kennelijk tijdelijk karakter, alsmede de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht voor bepaalde tijd. In par. 3.7 en 3.8 is uiteengezet dat deze werknemers slechts een beperkte bescherming tegen ontslag bezitten.

Indien de overheid als werkgever niet in ongunstige zin wil afwijken van het bedrijfsleven, zullen de betreffende regelingen zodanig moeten worden gewijzigd, dat werknemers werkzaam bij de overheid tenminste dezelfde bescherming tegen ontslag bezitten als in het civiele recht de werknemers op arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dat betekent dat:

- slechts dan een tijdelijke aanstelling c.q. een overeenkomst voor bepaalde tijd als zodanig zal gelden, indien de termijn tevoren is overeengekomen, c.q. het werk op grond van een objectieve, van buiten komende oorzaak (en dus niet door een handeling van de overheid) eindigt;
- indien de overeenkomst is voortgezet, deze niet van rechtswege eindigt, doch met door de rechter te toetsen redenen dient te worden beëindigd overeenkomstig art. 1639f BW, zoals dat thans luidt of zal gaan luiden (zie 5.5.2.2).

6 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

6.1 Algemeen

Flexibilisering, ook van de inzet van de factor arbeid is volgens werkgevers een levensvoorwaarde voor het bedrijfsleven. De inzet van mensen moet voortdurend kunnen worden aangepast aan de eisen die het werkaanbod stelt.

Flexibilisering van de arbeid kan worden gerealiseerd met vaste, zittende werknemers of met nieuw aangetrokken arbeidskrachten op flexibele basis. De laatstgenoemde vorm heeft de laatste jaren een explosieve groei te zien gegeven. Afroepkrachten, thuiswerkers, uitzendkrachten enz. vormen een steeds groter deel van de werkende bevolking. De rechtspositie, althans de inkomenszekerheid, en de arbeidsvoorwaarden van deze werknemers zijn veelal slechter dan van vaste werknemers. In sommige gevallen zelfs uitgesproken slecht. Een grotere bescherming van deze groep werknemers lijkt daarom geboden.

Flexibilisering door middel van het vaste personeel verdient sterk de voorkeur. Daarbij doen zich immers niet de arbeidsrechtelijke problemen voor, die verbonden zijn aan de flexibele arbeidsrelaties. Een verdergaande flexibilisering via de inzet van vast personeel vermindert bovendien de behoefte aan werknemers met een flexibele arbeidsrelatie.

6.2 De rol van de sociale partners

Terzake van flexibilisering is primair een rol weggelegd voor de sociale partners. Zij kunnen, anders dan de wetgever, rekening houden met de specifieke situatie in de betreffende sector van het bedrijfsleven. De cao kan zowel de omvang van het aantal personen met flexibele arbeidsrelaties beperken, als de arbeidsvoorwaarden voor hen verbeteren. Een beperking van het aantal werknemers met een flexibele arbeidsrelatie kan worden bereikt door middel van het in de cao opnemen van een quotum, of het limitatief opsommen van de omstandigheden waarin van een bepaalde contractsvorm gebruik gemaakt mag worden. Een uitbreiding van de werkingssfeer van de cao tot ook werknemers met een flexibele arbeidsrelatie leidt tot een verbetering van hun arbeidsvoorwaarden.

De macht van de werknemersvakorganisatie is echter verminderd. Het ledental is teruggelopen tot ongeveer 29% van de afhankelijke beroepsbevolking en de ruime arbeidsmarkt heeft de noodzaak en daarom ook de wens bij werkgevers om de arbeidsvoorwaarden bij cao te regelen, verkleind. Dit heeft tot gevolg dat regulering van de flexibele arbeidsrelaties bij cao in de huidige situatie niet tot het gewenste resultaat zal leiden. Versterking van de positie van de werknemersvakorganisaties in het onderhandelingsproces is daarvoor een vereiste. In dit rapport worden een aantal methoden aangegeven die daartoe kunnen leiden. Daarnaast heeft de overheid een eigen verantwoordelijkheid waar het gaat om het tegengaan van misstanden en het bevorderen van de rechtszekerheid.

6.3 Versterking van de positie van de werknemersvakorganisaties

Vast staat dat de bij of krachtens de Arbeidswet gegeven normen betreffende de werktijden een door de werkgevers gewenste flexibilisering in de weg staan. Om die reden is door de regering aan de Stichting van de Arbeid advies gevraagd over een voorstel tot vergaande versoepeling van deze normen. In dit rapport wordt ervoor gepleit de Arbeidswet en de daarop gebaseerde werktijdenregelingen niet zelf te wijzigen, maar de cao-partijen de bevoegdheid toe te kennen werktijdenregelingen overeen te komen binnen de in voornoemde voorstel genoemde grenzen. Op die wijze kan slechts bij cao een verdergaande en volgens werkgevers noodzakelijke flexibilisering van de werktijden van het vaste personeel plaatsvinden. De werknemersvakorganisaties worden daardoor een noodzakelijke contractspartij, in geval van flexibilisering van arbeidstijden.

Het geheel of gedeeltelijk uitsluiten van de toepasselijkheid van de artt. 1638c en d BW is thans bij individuele schriftelijke overeenkomst mogelijk. Het uitsluiten van de artt. 1638c en d BW is een voorwaarde om de loonbetalingsverplichting te beperken tot de feitelijk gewerkte uren en is daarom een essentieel onderdeel van de afroepovereenkomst m.u.p., alsmede van de uitzendovereenkomst en de thuiswerkovereenkomst in het geval deze een arbeidsovereenkomst zijn. In navolging van het advies van de SER uit 1969 wordt in dit rapport voorgesteld afwijking van het bepaalde in deze artikelen slechts bij cao mogelijk te maken. Ook hierdoor wordt de positie van de werknemersvakorganisaties versterkt.

6.4 Wegnemen van fricties t.a.v. flexibilisering met vast personeel

In het voorgaande is reeds geschreven dat de flexibilisering door middel van het vaste personeel de voorkeur verdient boven flexibele arbeidsrelaties. Bestaande knelpunten die aan interne flexibilisering in de weg staan dienen daarom, indien mogelijk, te worden weggenomen.

De stringente normen ten aanzien van de werktijden die bij of krachtens de Arbeidswet gelden zijn reeds genoemd. Het aan cao-partijen toestaan werktijdenregelingen vast te stellen binnen de ruime normen van het regeringsvoorstel tot wijziging van de Arbeidswet, biedt voldoende mogelijkheid om welhaast elke fluctuatie in het werkaanbod met het vaste personeel op te vangen. Voorwaarde is dan wel dat de werknemersvakorganisaties bereid zijn flexibele werktijdenregelingen overeen te komen.

Uit onderzoek blijkt dat daarnaast het ontslagrecht door werkgevers als een belemmering wordt gezien om werknemers op arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te nemen. De tijdsduur tussen de ontslagaanvraag bij het GAB en het eindigen van de arbeidsovereenkomst is naar hun mening te lang en de wijze waarop de ontslagverboden in de praktijk uitwerken brengen met zich mee dat ook met een vergunning van de Directeur GAB in veel gevallen niet rechtsgeldig kan worden opgezegd.

Teneinde deze bezwaren -gedeeltelijk- weg te nemen wordt in dit rapport, in navolging van het gestelde in de adviesaanvraag versoepeling ontslagrecht, voorgesteld de opzegtermijn te laten aanvangen op het moment waarop de ontslagvergunning bij het GAB wordt aangevraagd, met dien verstande dat vanaf de datum waarop de vergunning wordt verleend, tenminste nog een bepaalde opzegtermijn (één maand) in acht genomen moet worden.

Bovendien wordt een wijziging van art. 1639h BW voorgesteld, inhoudende dat het moment waarop de ontslagvergunning wordt aangevraagd bepalend is voor de toepasselijkheid van één van de in art. 1639h BW genoemde ontslagverboden.

Op deze wijze wordt de tijd tussen de ontslagaanvraag en het einde van de arbeidsovereenkomst verkort en kan, indien zich ten tijde van de aanvraag geen ontslagverbod voordeed, met vergunning altijd rechtsgeldig worden opgezegd.

6.5 Het beperken van het aantal flexibele arbeidsrelaties en het versterken van de rechtspositie van werknemers op flexibele contracten

In hoofdstuk 5 zijn een groot aantal wetswijzigingen voorgesteld die tot doel hebben het aangaan van flexibele arbeidsrelaties te beperken, dan wel de rechtspositie van werknemers op flexibele contracten te verbeteren. De bespreking daarvan heeft onderwerpsgewijs plaatsgevonden en derhalve niet in aansluiting op de in hoofdstuk 3 besproken flexibele arbeidsrelaties. In deze samenvatting zullen de voorgestelde wetswijzigingen bij de betreffende flexibele contractsvormen worden vermeld. Tevens zal worden aangegeven waar naar de mening van de schrijver het evenwichtspunt ligt tussen enerzijds de noodzakelijke verbetering van de rechtspositie van werknemers op flexibele arbeidsrelaties en anderzijds de terughoudendheid die de wetgever zal moeten betrachten.

6.5.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Het Nederlandse arbeidsrecht kent geen beperking voor het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ongeacht de reden mag een dergelijke overeenkomst worden gesloten. Omdat de overeenkomst van rechtswege eindigt met het verstrijken van de overeengekomen tijd, bezit de werknemer geen bescherming tegen het verlies van zijn arbeid. Bovendien is voor het beëindigen van een voortgezette dienstbetrekking voor bepaalde tijd weliswaar opzegging vereist, geconstateerd kan echter worden dat werknemers van deze bepaling veelal onvoldoende op de hoogte zijn, terwijl ook niet altijd duidelijk is of van een voortgezette dienstbetrekking sprake is.

In par. 5.5.2 wordt bepleit om in de wet limitatief de redenen te vermelden op grond waarvan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag worden aangegaan. Een dergelijke beperking van het kunnen aangaan van een dienstbetrekking voor bepaalde tijd tot die gevallen waarin daarvoor een goede reden bestaat, rechtvaardigt bovendien een versoepeling van het opzeggingsvereiste bij een voortgezette dienstbetrekking. Overeenkomstig het bepaalde in een aantal cao's kan het derde lid van art. 1639f BW gaan bepalen dat opzegging slechts is vereist in het geval meer dan 2 of 3 maal is voortgezet, en/of de gezamenlijke overeenkomsten een termijn van 1 of 2 jaar overschrijden.

6.5.2 Afroepovereenkomst

Voorovereenkomst

De voorovereenkomst is slechts een intentieverklaring van de werkgever en de werknemer. Indien de werknemer aan een oproep gehoor geeft zal krachtens arbeidsovereenkomst arbeid worden verricht, soms voor onbepaalde, meestal voor bepaalde tijd. De rechtspositie van deze werknemer lijkt slechter dan zij in werkelijkheid is. Komt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand, dan verschilt deze niet van van een direkt overeengekomen arbeidsovereenkomst. Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ontstaat, doen zich dezelfde problemen voor als bij de "normale" arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Bovendien beschouwt de rechter een voorovereenkomst op grond waarvan regelmatig wordt gewerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De 31-dagen bepaling in art. 1639f, vierde lid maakt, dat alleen indien met grote tussenpozen wordt opgeroepen de dienstbetrekking telkenmale van rechtswege eindigt. Een verbod tot het aangaan van voorovereenkomsten lijkt niet aangewezen. De wetswijziging die ten aanzien van de dienstbetrekking voor bepaalde tijd is bepleit heeft ook gevolgen voor het kunnen aangaan van voorovereenkomsten. Om een vlucht in deze contractsvorm te voorkomen zal extra drukte op zich geen reden mogen zijn voor het kunnen aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Voorlichting over hun rechtspositie door de overheid en de werknemersvakorganisaties is met name voor deze groep werknemers van belang. Het kennen van de regels betreffende de voortgezette dienstbetrekking betekent immers dat deze werknemers in een groot aantal gevallen hun aanspraak op loon zullen opeisen, waardoor deze contractsvorm zijn aantrekkelijkheid voor werkgevers zal verliezen. Het beleid van de ziekenfondsen, inhoudende dat zij de dagverzekering op deze werknemers toepassen, dient te worden gewijzigd. Voorgesteld wordt ook in de weken waarin geen arbeid wordt verricht, een doorlopende verzekering aan te nemen.

Arbeidsovereenkomst m.u.p.

Partijen sluiten een doorlopende arbeidsovereenkomst met de bepaling dat slechts loon verschuldigd is over de gewerkte uren. De overeenkomst houdt geen minimum aantal arbeidsuren in (0-urencontract) of wel een minimum met veelal tevens een maximum (min-max contract).

Aan deze overeenkomst zijn een groot aantal bezwaren verbonden.

De 0-urenovereenkomst biedt de werknemer geen enkele inkomenszekerheid, maar houdt wel de verplichting in aan een oproep gehoor te geven.

Het min-max contract geeft een beperkte inkomenszekerheid, maar een aanzienlijk grotere verplichting tot het beschikbaar zijn voor arbeid. De loonhoogte is in veel gevallen minder dan het minimumloon. De regelingen met betrekking tot vakantie en vakantiebijslag worden niet overeenkomstig de wettelijke bepalingen uitgevoerd. De werknemer heeft weliswaar het recht naar evenredigheid te worden opgeroepen, in de praktijk gebeurt dat veelal niet.

De cao is in veel gevallen niet op deze werknemers van toepassing, zodat zij onder meer geen aanspraak hebben op bovenwettelijke uitkeringen en pensioenregelingen.

Het sluiten van een 0-urencontract zal onmogelijk gemaakt moeten worden. Daarom wordt in navolging van het rapport van de werkgroep van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gepleit voor het in de wet opnemen van de bepaling dat het bedongen aantal arbeiduren schriftelijk moet zijn overeengekomen. Bij ontbreken van een dergelijke bepaling geldt een bedongen arbeidsduur van 8 uur per week. Deze norm sluit aan bij het bepaalde in de NWW.

De inkomensonzekerheid van deze werknemers is echter niet alleen het gevolg van het niet vastleggen van het aantal bedongen arbeidsuren, maar ook van de discrepantie tussen het bedongen aantal uren en het aantal uren dat de werknemer beschikbaar moet zijn. Voorgesteld wordt daarom in de wet te bepalen dat het maximum extra aantal op te roepen uren niet meer dan 50% van het bedongen aantal uren mag zijn.

Het één-derde criterium in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag zal dienen te vervallen.

De vakantiewetgeving in de artt. 1638 bb ev. dient overeenkomstig het bepaalde in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag aanspraak op vakantie toe te kennen over het feitelijk gewerkte aantal uren.

Een oproepverplichting, zoals door de Emancipatieraad bepleit, wordt in dit rapport niet overgenomen. Naar onze mening verdient een beperking van de oproepmogelijkheid op de hierboven aangegeven wijze de voorkeur.

De rechtspositie van de afroepkracht zal in belangrijke mate worden versterkt indien op hen de cao van toepassing is. Cao-partijen dienen daar bij het overeenkomen van de cao aandacht aan te schenken.

De wijze waarop de franchise in de WAO wordt berekend dient te worden gewijzigd. Voorgesteld wordt de premievrije voet toe te passen over het loonbetalingstijdvak.

6.5.3 Thuiswerkovereenkomst

Onzekerheid bestaat over de vraag of de thuiswerkovereenkomst een arbeidsovereenkomst is. Thuiswerkers hebben, evenals de afroepkracht, geen inkomenszekerheid.

Indien de thuiswerkovereenkomst een arbeidsovereenkomst is, doen zich dezelfde problemen voor als bij de afroepovereenkomst. De ten aanzien daarvan voorgestelde wetswijzigingen zijn daarom ook van belang voor de thuiswerkers.

Is de thuiswerkovereenkomst geen arbeidsovereenkomst, dan ontbreekt veelal een rechtvaardiging voor het niet van toepassing zijn van de arbeidsrechtelijke wetten.

Het in de wet opnemen van het rechtsvermoeden dat de overeenkomst een arbeidsovereenkomst is lost dit slechts in een aantal gevallen op. Het verdient dan ook de voorkeur de werkingssfeer van een aantal wetten uit te breiden. Hierbij kan met name worden gedacht aan de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de vakantiewetgeving. In dit rapport wordt een dergelijke uitbreiding van de werkingssfeer bepleit.

6.5.4 Uitzendovereenkomst

Ook bij de uitzendrelatie staat het antwoord op de vraag of de uitzendkracht een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau heeft niet vast. De uitzendrelatie biedt de uitzendkracht overigens een betere rechtspositie dan (in de meeste gevallen) de afroepovereenkomst de afroepcontractant. Uitzendbureaus komen hun verplichtingen nauwgezet na. Dit neemt niet weg dat werkgevers de uitzendrelatie mede oneigenlijk gebruiken. In een groot aantal gevallen wordt de uitzendkracht na zes maanden door de inlenende werkgever voor bepaalde tijd in dienst genomen om na het verstrijken van die termijn weer als uitzendkracht te werk te worden gesteld. Dit alles zowel om overtreding van de Wet op het ter beschikkingstellen van arbeidskrachten te voorkomen als om geen voortgezette dienstbetrekking voor bepaalde tijd te laten ontstaan. De vergunningsvoorschriften vastgesteld krachtens de Wet op het ter beschikkingstellen van arbeidskrachten staan het uitzendbureaus niet toe

een arbeidskracht langer dan zes maanden ter beschikking te stellen. Uitgangspunt hierbij is dat de werkzaamheden van tijdelijke aard dienen te zijn. Het uitzendbureau kan echter niet controleren of de te verrichten werkzaamheden hieraan voldoen. Daarom wordt voorgesteld de Wet op het ter beschikkingstellen van arbeidskrachten te wijzigen in die zin dat de inlenende werkgever strafbaar is indien hij uitzendkrachten arbeid van niet-tijdelijke aard laat verrichten.

6.5.5 Free-lance overeenkomst

De free-lance overeenkomst is, althans naar de bedoeling van partijen, geen arbeidsovereenkomst. Dat is echter slechts het geval indien één van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst -in dit geval de ondergeschiktheid- ontbreekt. Ten onrechte wordt veelal aangenomen dat reeds als gevolg van de naamgeving "free-lance overeenkomst" geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. De rechter evenwel gaat na of aan de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is voldaan.

Het opnemen van een vermoeden in de wet dat de arbeid krachtens arbeidsovereenkomst wordt verricht, is daarom vooral voor deze overeenkomsten van belang.

Indien de overeenkomst geen arbeidsovereenkomst is, zijn de arbeidsrechtelijke wetten, wellicht behalve de sociale verzekeringen, op de arbeidsverhouding niet van toepassing. Een uitbreiding van de werkingssfeer van een aantal arbeidsrechtelijke wetten zou voor deze groep van werknemers daarom een verbetering van hun rechtspositie inhouden.

6.5.6 De ambtelijke aanstelling en de overeenkomst naar burgerlijk recht

De werknemer met een tijdelijke ambtelijke aanstelling krachtens art. 6, tweede lid onder e ARAR of een arbeidscontract op grond van art. 4, eerste lid onder e AOB heeft onvoldoende bescherming tegen ontslag.

Indien de overheid van mening is dat het werk is voltooid of het project is geëindigd c.q. de overeengekomen termijn -ook na verlenging!- is verstreken, eindigt de aanstelling c.q. de overeenkomst van rechtswege.

Een zodanige wijziging van de betreffende regeling in het ARAR dat de termijn van de tijdelijke aanstelling tevoren moet zijn bepaald, of de aanstelling slechts eindigt door een van buiten komende oorzaak, alsmede het opnemen in het AOB dat art. 1639f BW van toepassing is (zodat voor

beëindiging van een voortgezette overeenkomst opzegging is vereist), zijn noodzakelijk wil de overheid een deel van haar eigen werknemers niet een slechtere rechtspositie bieden dan zij aan het bedrijfsleven voorschrijft.

NOTEN

Hoofdstuk 1

1. Flexibele arbeidsrelaties, Rapportage van de eerste fase van de werkzaamheden van de Werkgroep Flexibele Arbeidsrelaties van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Uitgave van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, juli 1986.
2. Arbeid op maat, Een rapport over een onderzoek naar flexibele arbeidsrelaties, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, december 1986

Hoofdstuk 2

1. Art. 1637 BW luidt: Behalve de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, welke door de aan dezelve eigene bepalingen en bedongene voorwaarden, en bij gebreke van deze door het gebruik, worden geregeerd, bestaan er twee soorten van overeenkomsten, waarbij de ene partij zich verbindt, voor de andere tegen beloning arbeid te verrichten; de arbeidsovereenkomst en de aanneming van werk.
2. Art. 1637a BW luidt: De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst, waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt, in dienst van de andere partij, den werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.
3. HR 17 november 1978, NJ 1979, 140 en HR 5 november 1982, NJ 1983, 231
4. Rb Amsterdam, 22 december 1982 NJ 1983, 505
5. Ktr Groningen, 25 januari 1983, Pg 1983, p.500
6. CRvB 16 september 1980, RSV 1980, 184
7. HR 13 december 1957, NJ, 1958, 35
8. Ktr. Amsterdam, 7 februari 1977, Pg 1979, p.325
9. CRvB 27 maart 1984, Premie 1984 nr.34
10. Kamerstuk 13031, Memorie van Toelichting, p. 3
11. Kamerstuk 9574, Voorlopig Verslag, p. 2
12. Kamerstuk 7168, Voorlopig Verslag, p. 2
13. HR 13 december 1957, NJ 1958, 35

Hoofdstuk 3

1. HR 11 juni 1937, NJ 1937, 987
2. HR 8 januari 1952, NJ 1952, 243
3. Ktr Emmen, 6 april 1983, Pg. 1983, p.426
4. Arbeid op maat, Een rapport van een onderzoek naar flexibele arbeidsrelaties, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, december 1986, p.86
5. Onder meer Pres. Rb. Haarlem, 23 maart 1981, KG 1981, 47; Centrale Raad van Beroep, 31 januari 1984, RSV 1984, 156;
6. Zie Stein in noot bij HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264
7. Rb. Haarlem, 10 april 1985, KG 1985, 144
8. Zie o.a. Stein in noot bij HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264; W.J.P.M. Fase, Versoepeling van ontslagbescherming? Flexibele arbeidsrelaties voor een flexibel personeelsbestand, Gids december 1984, p.14; J. Rutgers, Iets over thuiswerk, afroep- en uitzendarbeid, NJB 1986, p.487.
Ktr Groningen 25 januari 1983, Pg 1983, p.500.
Ktr Amsterdam 2 september 1976, Pg 77, p.258.
Ktr 's-Gravenhage, 10 januari 1975, Pg 75, p.200
Rb. Amsterdam 21 mei 1986
9. HR 13 december 1957, NJ 1958, 35; HR 21 maart 1969, NJ 1969, 321
10. CRvB 31 januari 1984, RSV 1984, 156
11. zie noot 11
12. Deze vrijheid speelde een rol in: CRvB 23 juni 1961, RSV 1961, 142; CRvB 6 april 1972, RSV 1972, 214; CRvB 3 december 1973, RSV 1974, 167; CRvB 16 april 1980, RSV 1980, 284
13. Stichting van de Arbeid: Commentaar op het Rapport van de Werkgroep Flexibele Arbeidsrelaties van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1987, p. 9 en 10.
14. Flexibele arbeidsrelaties, Rapportage van de eerste fase van de werkzaamheden van de Werkgroep Flexibele Arbeidsrelaties van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Uitgave van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, juli 1986, p. 6 en 7
15. Zie noot 13
16. Ktr. Groningen, 25 januari 1983, PG 1983, nr.1997.

17. Arbeid op maat, Een rapport over een onderzoek naar flexibele arbeidsrelaties, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, december 1986
18. art. 1638d BW luidt: Ook verliest de arbeider zijne aanspraak op het naar tijdruimte vastgesteld loon niet, indien hij bereid was den bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, hetzij door eigen schuld of zelfs ten gevolge van, hem persoonlijk betreffende, toevallige verhindering.
19. HR 25 januari 1980, NJ 1980, 265, mn PAS
20. B. Fruytier en F. Valkenburg, Het verschijnsel thuiswerk, Ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid, oktober 1984
21. L.J.M. de Leede en J.F.M. Strijbos, Enkele begrippen uit het sociaal recht, Deventer 1981, p. 79 ev.;
W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, Alphen aan den Rijn 1983. p.21
Asser Bijzondere overeenkomsten III (opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk), Zwolle 1983, p.152
22. HR 17 november 1978, NJ 1979, 140, m.n. PAS
23. HR 5 november 1982, NJ 1983, 231
24. Asser Bijzondere overeenkomsten III, t.a.p. p.290
25. Zie bijv. H.L. Bakels en L. Opheikens, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, 7e druk, Deventer p.261
26. HR 14 oktober 1977, NJ 1978, 31
27. HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633 m.n. PAS
28. B.S. Frenkel in zijn noot bij HR 23 mei 1980, SMA 1980, p.752 ev.
29. Ktr Bergen op Zoom 9 oktober 1985, ongepubliceerd, rolnummer 374/85
30. Rb. Breda 29 april 1986, ongepubliceerd
31. Zie bijv. J. Peters, De dienstbetrekking van de uitgeleende arbeider, SEW, 1953, p.545 ev. en W. Brak, Uitlening van arbeidskrachten, SMA 1955, p.481 e.v.
32. art 4 AOB luidt: Indienstneming op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht kan plaatsvinden:
.....
 - c. van personeel dat belast zal worden met werk van kennelijk tijdelijk karakter, mits de redelijke zekerheid bestaat, dat de duur van dit werk een termijn van twee jaar niet zal overschrijden;
 - d. van personeel ter vervanging van wegens ziekte of uit andere hoofde afwezig personeel;

e. van personeel, behorend tot een zoom van arbeidskrachten, noodzakelijk voor de aanpassing van een dienst of bedrijf aan schommelingen in de hoeveelheid der te verrichten werkzaamheden;

.....

33. art. 1639f, derde lid BW luidt: Indien een voor bepaalde tijd aangegane dienstbetrekking is voortgezet, is voor haar beëindiging voorafgaande opzegging nodig.

Hoofdstuk 4

1. Memorie van Toelichting Bijlage III 1921-1922, 458.3, pag 1
2. Memorie van Antwoord Bijlage III, 1921-1922. 458.6, pag 71
3. Stcrt 1985, 283
4. Herziening Arbeidswet, dd 3-9-1984, DGA/HASB/84/9235
5. Volgens de Emancipatieraad dient eerst onderzoek te worden verricht naar de gevolgen die een wijziging in de arbeidstijdenregeling kunnen hebben ten aanzien van de combineerbaarheid van beroepsarbeid en verzorgingstaak. Bovendien heeft de Raad bezwaar tegen het laten vervallen van een weekmaximum. (Advies flexibilisering van arbeidsrelaties, Emancipatieraad, maart 1987)
6. Bijv. artikel 1 lid 5 voor het bouwbedrijf.
7. Bijv. cao voor de meubel industrie.
8. Bijv. cao voor het kappersbedrijf en de cao voor het grafisch bedrijf.
9. M.M. Olbers, de werkingssfeer van de cao, sma 1981, pag. 365 e.v.
10. Bijv. cao voor Philips.
11. Bijv. cao voor het grootwinkelbedrijf in levensmiddelen, en Unilever.
12. Bijv. cao voor V & D.
13. Art. 1638c BW luidt: Evenwel behoudt de arbeider zijne aanspraak op het naar tijdruimte vastgestelde loon voor eenen betrekkelijk korten tijd, doch tenminste voor een periode van zes weken op het voor hem geldende minimumloon, wanneer hij ten gevolge van ziekte of ongeval verhinderd is zijn arbeid te verrichten,....
14. HR 10 november 1972, NJ 1973, 60
15. Rb Amsterdam, 21 mei 1986, rolno 85.1945 (niet gepubliceerd)
16. HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588

17. Zie hierover ook M.M. Olbers, Geen arbeid, wel loon, SMA 1984, p.396; Y. Konijn, Afroepcontractanten en het recht op loon, SMA 1985, p.802
18. HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264
19. Asser Rutten I, De verbintenis in het algemeen, Zwolle 1981, p. 280 e.v.
20. J.S. Dienske, Buitengewoon arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn 1965, p.74; J. van Drongelen, Werktijdverkorting, Deventer 1983, p.21
21. CRvB 23 januari 1975, RSV 1975, 221
22. J.S. Dienske, t.a.p., p.75; W.C.L. van der Grinten en A.J. Haakman, Buitengewoon arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1957, p.58
23. Cao voor Unilever en de cao voor de Vleeswarenindustrie
24. Soms is de cao wel van toepassing, maar worden de artikelen betreffende de loonhoogte buiten toepassing verklaard. Bijv. de cao voor de groothandel in technische produkten, huishoudelijke artikelen en metalen
25. Bijv. de cao voor het beroepsgoederenvervoer
26. Bijv. in de horeca-cao plus 25% en in de cao voor autobusdienstondernemingen plus 5%
27. SER advies van 31 mei 1985 (nr.10), p.71
28. Persbericht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 18 november 1985, nr. 85/287
29. Rb Amsterdam 19 januari 1983, Pg 1983, p.640
30. Ktr Haarlem 23 maart 1979, Pg 1981, p.109
anders Ktr Rotterdam 11 januari 1973, Pg 1973, p.281
31. Bijv. de cao voor de akker- en weidebouw en veehouderij en de cao voor de vleeswarenindustrie
32. HR 21 maart 1969, NJ 1969, 321 m.n. GJS
33. Bakels/Opheikens, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, Deventer 1986, p. 119 ev.
34. HR 4 april 1986, RvdW 1986, nr.72
35. De Horeca-cao. Bij afloop van de verlenging bestaat wel een mededelingsplicht
36. Cao voor de Baksteenindustrie (60 dagen); Drinkindustrie (6 maanden); Textielindustrie (1 jaar); V&D (24 maanden)).
37. Cao voor de Meubelindustrie en meubileringsbedrijven (max 2 verlengingen en voor een maximale totale termijn van 1 jaar).

38. Cao voor de textielindustrie en de cao voor de baksteenindustrie
39. W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, Alphen aan den Rijn, dertiende druk, 1983, p.152
40. Ktr. Amsterdam, 2 september 1976, Pg 1977, nr. 1193
41. HR 29 april 1977, NJ 1977, 412 m.n. PZ
42. Vgl. P.A.L.M. van der Velden, Enige kanttekeningen bij het vraagstuk wie werknemer zijn in de zin van de sociale verzekeringen, SMA 1978, p.173 e.v.
43. L.J.M. de Leede en J.F.M. Strijbos, Enkele begrippen uit het sociaal recht, Deventer 1981 p.34
44. CRvB 5 juni 1962, RSV 1962, 149
CRvB 16 mei 1978, RSV 1978, 304
45. CRvB 7 oktober 1974, RSV 1975, 78
CRvB 26 augustus 1980, RSV 1980, 281
CRvB 31.1.1984, PS 1984, p. 486
CRvB 31.1.1984, RSV 1984, 156
46. CRvB 27 maart 1984, RSV 1984, 157
47. Circulaire nr. 598 van 22 maart 1977
zie ook De Leede/Strijbos, t.a.p. p.73
48. CRvB 7 oktober 1974, RSV 1975, 77
CRvB 3 november 1975, RSV 1976, 108
CRvB 12 juli 1977, RSV 1978, 3
CRvB 30 december 1977, RSV 1978, 169
CRvB 28 juni 1983, RSV 1984, 21
CRvB 10 april 1984, RSV 1985, 121
49. CRvB 29 mei 1978, RSV 1978, 326
50. CRvB 3 november 1975, RSV 1976, 108
CRvB 13 december 1977, RSV 1978, 223
51. Circulaire 30 maart 1983, nr. 132/83 van de Ziekenfondsraad; zie hierover ook M.H. Ridder en J.W.J. Siebes, Ziekenfondsverzekering in Themanummer Flexibele arbeidsverhoudingen en sociale zekerheid, PS nr. 21, 29 juli 1986, p.1222 e.v.
52. Zie ook RvB Groningen, 28 februari 1985, RSV 1985, 194
53. Zie voor een meer uitgebreide beschouwing het rapport Deeltijdarbeid en Arbeidsduurverkorting van de Werkgroep Onderzoek Deeltijdarbeid en Arbeidsduurverkorting, Federatie van Bedrijfsverenigingen, Amsterdam, augustus 1984

Hoofdstuk 5

1. Stichting van de Arbeid, Commentaar op het Rapport van de Werkgroep Flexibele Arbeidsrelaties van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1987, p.12
2. Arbeid op maat, t.a.p. Hoofdstuk 3
3. Flexibele arbeidsrelaties, t.a.p., p.29; Arbeid op maat, t.a.p. p.103
4. Stichting van de Arbeid, t.a.p., p.11
5. Flexibele arbeidsrelaties, t.a.p. p.31
6. Arbeid op maat, t.a.p. p.92
7. De Emancipatieraad acht deze normen te ruim. zie ook noot 5a hfst 4
8. Adviesaanvraag versoepeling ontslagrecht, dd 20-03-1985, ARBVO/JURA/85/04706
9. Advies flexibilisering van arbeidsrelaties, Emancipatieraad, maart 1987, p.32
10. Flexibele arbeidsrelaties, t.a.p. p.37 en 38
11. Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake tijdelijke arbeid, Pb. 19 mei 1982, nr. C 128/2
12. Opdracht, arbeidsovereenkomst en collectieve arbeidsovereenkomst, Beschouwingen bij boek 7, titels 7, 10 en 11 van het ontwerp NBW, Vereniging voor arbeidsrecht 1976
13. HR 4 juni 1955, NJ 1955, 647
14. Govers en Bosscher, Gelijkheid van man en vrouw in het sociaal recht, Alphen aan den Rijn 1981, p.38
15. Advies over het voorontwerp wet gelijke behandeling, oktober 1982
16. Flexibele arbeidsrelaties, t.a.p. p.43
17. SER advies inzake intrekking van de artikelen 6 en 8 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, 1969, nr. 5
18. Stichting van de Arbeid, t.a.p., p.15 en 16