

Inhuur tijdelijke arbeid

1. Inleiding

Er zijn verschillende soorten flexibele arbeidscontracten. Deze bijdrage geeft een korte weergave van de bestaande flexibele arbeidscontracten met tevens een aantal aandachtspunten.

flexibele arbeidscontracten

Direct bij werkgever

- a) Contract voor bepaalde tijd
- b) Oproepcontract via een Broker
 - Oproepcontract met voorovereenkomst
 - Oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht
- c) freelancecontract/zzp

Indirect bij werkgever

- a) Contracting
- b) Uitzendcontract
- c) Detachering
- d) Payrolling

2. Direct bij werkgever

Contract voor bepaalde tijd

Het Burgerlijk wetboek stelt aan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geen specifieke voorwaarden en bevat geen definitie. De wettelijke bepalingen richten zich vooral op het eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en de gevolgen van voortzetting. Daarnaast bevatten veel cao's bepalingen die de vrijheid van werkgever en werknemer om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan beperken of juist oprekken.

Aandachtspunt: De ketenregeling. De ketenregeling hield vóór 1 juli 2015 in dat er bij de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Met de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: WWZ) veranderen de voorwaarden voor het verlengen van een arbeidsovereenkomst voor

bepaalde tijd zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Door de WWZ ontstaat er nu sneller een contract voor onbepaalde tijd na een reeks tijdelijke contracten, namelijk na 2 jaar en/of 3 contracten. De termijn waarna de telling van de keten opnieuw wordt door de WWZ verlengd naar meer dan 6 maanden. Ook is het voor de werkgever moeilijker geworden af te wijken van de ketenregeling bij cao.

Oproepcontract met voorovereenkomst

Als uitgangspunt geldt dat een werknemer bij een oproepcontract met voorovereenkomst niet hoeft te werken als de werkgever daarom vraagt. Ook krijgt werknemer alleen de gewerkte uren betaald. Indien werknemer besluit te gaan werken dan ontstaat er een tijdelijk contract tussen de partijen. Een voorovereenkomst is zelf geen arbeidsovereenkomst, maar na een oproep ontstaat wel iedere keer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die op grond van de ketenregeling van rechtswege in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan resulteren.

Aandachtspunt: Indien werknemer gehoor heeft gegeven aan de vierde oproep, dan heeft werknemer recht op een vaste arbeidsovereenkomst. : Hierbij zij opgemerkt dat er minder dan zes maanden tussen oproepen mag zitten. ¹

Oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht

Er is sprake van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht indien de verplichtingen wederzijds zijn uitgesteld. Werknemer verbindt zich tot het verrichten van arbeid, maar de plicht om die arbeid te verrichten is uitgesteld. De plicht kan pas worden nageleefd na een oproep door de werkgever. De werkgever verbindt zich tot

¹ ECLI:NL:RBAMS:2016:2288.

het betalen van loon, maar de betalingsverplichting is uitgesteld.

Als partijen een dergelijk contract afsluiten, moet werknemer gehoor geven aan iedere oproep. Er zijn twee vormen: een arbeidscontract zonder urengarantie (nul-urencontract) en een arbeidscontract met een urengarantie.

Nul-urencontract: Bij een nul-urencontract dient werknemer te gaan werken indien werkgever oproept. Werkgever is alleen verplicht de gewerkte uren uit te betalen. Ook zijn er bij dit contract geen afgesproken minimaal aantal uren. Per oproep dient echter wel drie uren te worden uitbetaald.

Aandachtspunt: De werkgever is verplicht om na 6 maanden de loon van de werkgever door te betalen, ook indien de werknemer minder of niet heeft gewerkt. Het aantal uren dat de werkgever dient te betalen is gelijk aan het gemiddelde dat werknemer de drie maanden daarvoor heeft gewerkt.

Min/max- contract: In dit contract staat hoeveel uren een werknemer minimaal uitbetaald krijgt. Deze uren moet de werknemer uiteraard werken. Ook is het mogelijk om een maximaal aantal uren af te spreken. In dat geval dient werknemer te komen werken totdat deze uren voldaan zijn. Indien werknemer niet wordt opgeroepen om te werken dan dienen de afgesproken minimum aantal uren toch uitbetaald te worden. Het minimumuren- en het min-max contract is een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Werkgever en werknemer komen overeen dat de werknemer een minimum aantal uren of dagen zal werken, hiervoor zal hij loon ontvangen en het werk wordt onder het gezag van de werkgever verrichten. Het min/ max contract wordt in de literatuur ook wel deeltijdsarbeidsovereenkomst genoemd.²

Aandachtspunten: Hierbij zij opgemerkt dat indien het een contract betreft van minder dan 15 uur in de week, zonder vaste werktijden, dan moet werknemer minimaal

² Knipschild, *ArbeidsRecht* 2009/55, p. 13, 14; Verhulp, 'De oproepovereenkomst' in: *Flexibele arbeidsrelaties* 2002, p. 135.

drie uur per oproep uitbetaald krijgen. Uit rechtspraak volgt dat indien het verschillende oproepen op één dag betreft, voor elke oproep drie uur dient te worden uitbetaald.³

Het is verstandig om in een oproepcontract op te nemen op welke manier de oproepkracht zal worden opgeroepen en voor welke situaties. Hierbij is het verstandig om onderscheid te maken tussen een voorzienbaar en onvoorzienbaar werkaanbod.⁴ Indien het werkaanbod betreft dat van te voren te voorzien is, zoals vervanging van de vaste werknemers tijdens hun vakantie, dan wordt er gesproken van voorzienbaar werkaanbod. Van een onvoorzienbaar werkaanbod is sprake in geval van ziekmelding of in geval van een plotselinge drukte. Bij een onvoorzienbaar werkaanbod is het raadzaam om afspraken te maken over de eventuele bereikbaarheid van een oproepkracht.

Het verschil: Oproepcontract met voorovereenkomst of Oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht?

In 2009 oordeelde de kantonrechter over de vraag: op welke manier kan worden bepaald of er sprake is van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht of van een voorovereenkomst. In de onderhavige zaak vorderde de oproepkracht doorbetaling van loon na een ziekmelding. De werkgever weigerde de oproepkracht uit te betalen. De kantonrechter oordeelde omdat de werknemer wekelijks een aantal uur moest werken en het gegeven dat er een schema werd gemaakt van de te werken uren er een verplichting tot ziekmelding bestond. Hieruit volgt volgens de rechter dat de oproepkracht onder het gezag stond van de werkgever. In de onderhavige zaak was volgens de rechter dan ook sprake van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Hierdoor dient bij een ziekmelding de loon van de oproepkracht te worden uitbetaald.⁵

³ ECLI:NL:HR:2013:BZ2907.

⁴ E. Cremers-Hartman, *Flexibele arbeidsrelaties* 2016, Verhulp, 'De oproepovereenkomst' in: *Flexibele arbeidsrelaties* 2002, p. 134; Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties* 1989, p. 102.

⁵ ECLI:NL:RBSGR:2009:BK6030.

freelancecontract/zzp

Juridisch gezien is er bij het inhuren van een freelancer of zzp'er sprake van een overeenkomst van opdracht conform art. 7:400 BW of een voorovereenkomst tot aanneming van werk conform art. 7:750 BW. Bij het kwalificeren van de overeenkomst wordt er gekeken naar wat partijen voor ogen hadden bij het sluiten van de overeenkomst. Ook wordt er gekeken naar de manier waarop partijen de overeenkomst daadwerkelijk invullen. De bewoording van een overeenkomst speelt een grote rol bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁶ Ook speelt ononderbroken beschikbaarheid van een werknemer een rol bij de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Indien werkgever bij het plannen van werkzaamheden rekening houdt met de ononderbroken beschikbaarheid van de werknemer dan zou dit kunnen wijzen op een arbeidsovereenkomst.⁷ De instructiebevoegdheid van de werkgever ten aanzien van het werk speelt ook een grote rol. De afwezigheid van instructie wijst vaak in de richting van een opdrachtovereenkomst.⁸ Ook spelen de manier van honorering en de mate waarin een zelfstandige deel uitmaakt van de organisatie van het bedrijf een cruciale rol.

3. Indirect bij werkgever

Contracting via een Broker

Een Broker kan twee rollen vervullen. Een Broker kan zorgen voor werving en selectie van kandidaten en de broker kan zorgen voor contracting. Bij contracting werft de aanbestedende dienst zelf een kandidaat. De Broker is in een dergelijk geval verantwoordelijk voor de controle van de geldigheid van de vereiste documenten, de bewaking van de juridische en fiscale eisen die worden gesteld aan de relatie zzp'er en opdrachtgever. Ook zorgt de Broker voor een stroomlijning van de facturatie door alle facturen van de zzp'er op één factuur te verzamelen.

⁶ Zie o.a. Ktr. Hilversum 7 maart 2001, JAR 2001/72.

⁷ Rb. Amsterdam 13 mei 1992 en 8 november 1995, JAR 1995/266.

⁸ Rb. Haarlem (pres.) 12 september 1995, JAR 1995/246 en Ktr. Amsterdam 11 oktober 1996 en 25 oktober 1996, JAR 1997/15.

Uitzendcontract

De uitzendovereenkomst is een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst. Dit komt duidelijk naar voren in art. 7:690 BW. Werkgever stelt werknemer ter beschikking aan een derde om arbeid te verrichten. Van belang hierbij is dat de derde toezicht houdt op en leiding geeft aan de werknemer/uitzendkracht. Zodra de (uitzend)werkgever leiding en toezicht behoudt over de werknemer bij het verrichten van de werkzaamheden is geen sprake van uitzending.

In de uitzendovereenkomst dient een uitzendbeding te worden opgenomen. In dit beding wordt bepaald onder welke omstandigheden de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt. Een voorbeeld hiervan is dat de uitzendovereenkomst eindigt wanneer de opdracht tot een einde komt.

Detachering

Detachering vertoont wellicht veel gelijkenissen met uitzending, toch zijn er essentiële verschillen. Bij detachering staat het inhuur en lenen van personeel van een derde partij centraal. De gedetacheerde werknemer heeft een arbeidsrelatie, waarbij de derde partij als werkgever gezien kan worden. De gedetacheerde heeft in tegenstelling tot de uitzendkracht een opzegtermijn na te leven, krijgt in bepaalde situaties uitbetaald en heeft over het algemeen meer zekerheid.

Payrolling

Bij een indiensttreding van een werknemer krijgt een payrollbedrijf een rol door te zorgen voor arbeidsovereenkomst en de salarisbetalingen. De opdrachtgever werft en selecteert voor haar eigen vacature. Bij payrolling komt de kandidaat op de loonlijst van het payrollbedrijf, terwijl het werk wordt verricht bij de werkgever.

Aandachtpunten: Bij de hierboven genoemde vormen van ter beschikking stellen van arbeid is het niet de partij waar het werk wordt uitgevoerd, die voor de loonbetaling zorgdraagt.

De Wet Aanpak Schijnconstructies (hierna: WAS) is een belangrijk aandachtspunt. Deze maatregelen tegen schijnconstructies treden vanaf 1 januari 2017 in. De WAS is er voor om te voorkomen dat werkgevers elders hun werknemers binnenhalen (buitenland) om regelgeving te omzeilen. Ook roept WAS de ketenaansprakelijkheid voor loon in het leven. Deze wet vervangt de inlenersaansprakelijkheid van art. 7.692 BW. Deze aansprakelijkheid beperkte zich voorheen tot de inlener die zaken deed met niet-gecertificeerde uitzendbureaus. Op grond van de WAS is de gehele keten van opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk voor een correcte loonbetaling van de werknemers.

Deze ketenaansprakelijkheid is ook van toepassing op uitzendwerk en andere vormen van het ter beschikking stellen van arbeid. Een deel van de WAS is al in werking getreden. Uit de memorie van toelichting blijkt expliciet dat deze nieuwe wet in ieder geval van toepassing is op uitzending, detachering en payrolling. Nieuw en belangrijk in de wereld van de flexibele arbeidskrachten is dus deze ketenaansprakelijkheid

Tip: om het hierboven genoemde te voorkomen dient de opdrachtgever een actieve houding te hebben. Hierbij is het verstandig als de opdrachtgever vooraf goed weet met wie er zaken wordt gedaan. Ook zou het verstandig zijn als de opdrachtgever van te voren weet welke arbeidsvoorwaarden gehanteerd worden en, indien mogelijk, hierop toe te zien. Als opdrachtgever dien je namelijk te kunnen aan te tonen dat je geen enkel verwijt gemaakt kan worden.