

Sterc.

advocaten in het arbeidsrecht

Flexibele arbeidsrelaties

Civielrechtelijke risico's bij ZZP, payroll, freelance en
uitzending

mr. drs. Ralph Jan van der Ham

Vakmedia 2016

Stelling



De Wet Werk en Zekerheid is een groot succes!

Sterc.

Stelling



‘Minister Asscher-

Al op Prinsjesdag 2015!: de dit jaar ingevoerde wet heeft
‘niet of onvoldoende bijdragen aan het behalen van de
gestelde doelen’.

Sterc.

Verdeling van de flex-markt

- In Nederland heeft ruim 70% van de werkzame beroepsbevolking een vast contract
- De flex-schil is dus bijna 30%

De wereld van flex

- 9,8% zzp'er ↑
- 8,3% heeft een tijdelijk contract ↗
- 4,7% is zelfstandige met personeel ↙
- 4,5% heeft een nulurencontract of is oproepkracht en ≈
- 2,3% is uitzendkracht ≈

(bron: ABU)

Conclusie: flex is vooral zzp en tijdelijk

Programma

- Wat verandert er qua flexibiliteit met WWZ?
- Wijzigingen in uitzendland
- Payroll/contracting, wat speelt er?

Flexibele schil, varianten uit de praktijk

- Bepaalde tijd
- Oproep/min-max
- Uitzendovereenkomst
- ZZP
- Payroll
- Outsourcing
- Contracting
- 65+

Flexibele schil, vragen speciaal voor werkgevers

- Welke werkgever wil je zijn?
- Hoe ziet je markt eruit?
- Hoe sterk wil je binden?
- Wat mag het kosten?
- Welke risico's wil je lopen?

WWZ: WAT IS ER VERANDERD QUA FLEXIBILITEIT?

Sterc.

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

- Proeftijd bij kortdurende contracten niet meer toegestaan.
- Bij opvolgend werkgeverschap is geen proeftijd toegestaan, alleen als het om een nieuwe functie gaat
- Concurrentiebeding niet in tijdelijk contract, tenzij..
- Aanzegtermijn van 1 maand bij tijdelijk contract gelijk of langer dan 6 maanden.
- Transitievergoeding bij arbeidsovereenkomst met duur van gelijk of meer dan twee jaar

Sterc.

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

- Ktr. Amsterdam 10/06/2015
- uit WhatsApp bericht kon wn afleiden dat contract niet werd verlengd
- wn heeft op WhatsApp gereageerd dus aanzegging heeft haar bereikt

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

- Ktr. Rotterdam 05/06/2015
- ontvangst brief wg niet bewezen (wn betwist)
- aanzegging moet schriftelijk, aan gesprek komt geen betekenis toe
- TK: 'op wg rust plicht om te bewijzen dat aanzegging daadwerkelijk en tijdig plaats heeft gevonden, wg doet wijs aan aanzegging aangetekend te versturen'

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

- verkoopster enige jaren in dienst
- nwe arbeidsovk onbepaalde tijd met proeftijd, functie bedrijfsleidster start 01/07
- 02/07/2015 wordt wn ziek
- 18/07/2015 doet wg beroep op proeftijd
- Ktr. Den Bosch 22/09/2015
- proeftijd nietig, in voorgaande jaren al goed beeld van vaardigheden wn verkregen
- loon betalen + wettelijke verhoging + wettelijke rente

Sterc.

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

- arbeidsovk 6 mnd via DPA bij Delta Lloyd
- verlenging 01/03/2015 met 1 jaar + relatie- en concurrentiebeding
- wn zegt op en gaat via APai ING
- DPA houdt wn aan concurrentiebeding, want zwaarwegend, geheim, scholing, etc
- Ktr. Amsterdam 23/07/2015
- Ktr. dubbel nadeel: tijdelijk contract eindigt en door concurrentiebeding belemmerd
- motivering in arbeidsovk onvoldoende
- onbillijke benadeling
- schorsing (KG) concurrentiebeding

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

- arbeidsovk 6 mnd Sales Rep Bij GLS, voorheen DHL
- concurrentiebeding
- werknemer wil terug naar DHL
- wn wordt rauwelijks toegang ontzegt en GLS houdt wn aan concurrentiebeding
- Ktr. Utrecht 19/02/2016
- wn beschikt over concurrentie gevoelige info
- GLS zwaarwegend belang
- duur beding beperkt tot 2 mnd na ontslag

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

Loondoorbetaling oproepkrachten:

Als een werknemer niet werkt omdat er bijvoorbeeld onvoldoende werk is, kan schriftelijk worden overeengekomen dat de werkgever gedurende de eerste 6 maanden geen loon hoeft te betalen met mogelijkheid tot verlenging bij CAO.

Per 1 januari 2015:

- Van deze regel kan bij CAO niet meer worden afgeweken als het om structureel werk gaat, alleen nog mogelijk als het gaat om functies waarvan de daaraan verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben de beperking (tot structureel werk)
- geldt niet voor uitzendovereenkomsten, wel geldt daar dat de maximale verlenging bij CAO 78 weken bedraagt

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

Ketenregeling:

- De periode dat oproepkrachten (min-maxcontract of nulurencontract) opgeroepen worden kan niet langer ongeclausuleerd bij cao worden verlengd, maar alleen als de werkzaamheden in bij de cao te bepalen functies incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen.

Wat verandert er qua flexibiliteit voor de arbeidsovereenkomst: WWZ

Ketenregeling:

- 3 tijdelijke contracten in een periode van 2 jaar:
- afwijking bij CAO (maximaal 6 contracten in 4 jaar) alleen onder de bepaalde voorwaarden, bijvoorbeeld uitzend CAO
- afwijkende regelingen in bestaande CAO's blijven van kracht totdat de CAO afloopt, maar maximaal 18 maanden na 1 juli
- bij een onderbreking van langer dan 6 maanden begint de keten opnieuw. Voorheen was dit bij langer dan 3 maanden
- niet van toepassing op werknemers < 18 jaar met een dienstverband van maximaal 12 uur per week
- of overeenkomsten die zijn gesloten in verband met een beroepsbegeleidende leerweg

Vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst

- Wettelijk vermoeden bestaan arbeidsovereenkomst
- Beloning
- Arbeid
- Gedurende drie opeenvolgende maanden
- Wekelijks dan wel ten minste twintig uren per maand
- Weerlegbaar vermoeden

Vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst

- 610a gaat over de aard van de arbeidsrelatie
- Meest gerede partij zal moeten weerleggen (veelal 'werkgever')
- Met alle bewijsmiddelen
- Rechter kan bewijslast omkeren
- Indien niet aan criteria van vermoeden is voldaan
- Niet a contrario uitleggen
- Bestaan schriftelijke overeenkomst met 'andere benaming' onvoldoende onderbouwing
- Sterk feitelijk

Sterc.

Vermoeden van omvang van de arbeidsovereenkomst

- Naast vermoeden van *bestaan*
- Ook vermoeden *omvang*
- Gaat uit van bestaan arbeidsovereenkomst
- Ten minste drie maanden
- Omvang gelijk aan gemiddelde omvang in drie voorafgaande maanden
- Weerlegbaar vermoeden (zie 610a)
- Bij pieken/dalen ook andere termijn dan drie maanden
- CAO kan deel uitmaken van weerlegging, maar is niet per definitie weerlegging

Oproepovereenkomst

- niet in de wet geregeld: nulurencontract, invalcontract of hulpcontract.
- Er bestaan twee soorten oproepovereenkomsten:
 - 1. De voorovereenkomst
 - 2. Met uitgestelde prestatieplicht

Voorovereenkomst

- Voorafgaand geen arbeidsovereenkomst
- Wanneer de werkgever de werknemer oproept voor de arbeid en de werknemer daar gehoor aangeeft, is er een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen.
- Indien de oproepkracht gehoor geeft aan de oproep van de werkgever ontstaat er een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (voor de tijd dat de werkzaamheden duren waarvoor de kracht is opgeroepen)
- Omdat er bij dit type arbeidsovereenkomst weinig zekerheid is voor de werknemer is artikel 7:610a BW in het leven geroepen.

- De werknemer is verplicht gehoor te geven aan de oproep van de werkgever
- voor aanvang van de werkzaamheden bestaat een arbeidsovereenkomst bestaat
- Ook is de werkgever verplicht de werknemer op te roepen indien er werk voor handen is dat door de werknemer gedaan kan worden.
- Het loon is verschuldigd na de gedane werkzaamheden.

Rechten werknemers

- Om te voorkomen dat wg de oproepkracht moet betalen terwijl niet gewerkt is, is het noodzakelijk schriftelijk de loonbetaling uit te sluiten
- Dit is in beginsel alleen toegestaan gedurende de eerste zes maanden van de oproepovereenkomst

Rechten werknemers

Oproepkrachten hebben volgens de wet voor iedere oproep die korter duurt dan drie uren recht op drie uren loonbetaling, indien:

- - zij een arbeidsomvang van minder dan 15 uren per week hebben waarbij de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet (eenduidig) zijn vastgelegd, of;
- - indien de arbeidsomvang niet is vastgesteld.

Ook als oproepkrachten meerdere malen per dag worden opgeroepen om steeds voor minder dan drie uur werk te verrichten, moet voor iedere oproep drie uur salaris worden uitbetaald.

UITZENDOVEREENKOMST EEN BIJZONDERE ARBEIDSOVEREENKOMST

Sterc.

Bijzondere arbeidsovereenkomst: uitzendovereenkomst

Uitzendrelatie

- Beperking in de mogelijkheid om bij cao onbeperkt af te wijken van de 26-weeken termijn waarin werkgever geen loon hoeft te betalen
- Tot max 78 weken
- Sluit al wel aan bij ABU-cao

Relevante recente jurisprudentie over payroll en uitzendovereenkomst

- Hof Arnhem 14 april 2015: werknemer die gedetacheerd is via uitzendbureau kan geen wederterwerkstelling vorderen bij inlener na verbreken inhuur
- Hof Arnhem 17 maart 2015: beëindiging inleenovereenkomst na 14 jaar is niet onrechtmatig jegens uitzendkracht
- Ktr. Maastricht: werknemer werkzaam obv payrollovk is gelet op feitelijke uitvoering werkzaam bij payroll

Relevante recente jurisprudentie

- Hof Arnhem 2 september 2014: payrollwerkgever dient inlener te waarschuwen voor eventuele gevolgen ketenregeling -> zorgplicht
- Hof Arnhem 25 maart 2014: werkgever heeft vergaande vergewisplicht bij verpayrolling werknemer, ontbreken goede informatieverstrekking brengt met zich mee dat werknemer nog in dienst is bij oude werkgever
- Ktr. Assen: werknemer treedt in dienst bij uitzendbureau om keten te omzeilen. Nu allocatiefunctie ontbreekt en feitelijke situatie niet is veranderd: vast contract.

Discussie over allocatiefunctie zeer actueel

- Uitzendovereenkomst is bijzondere arbeidsovereenkomst
- Definitie van een uitzendovereenkomst in 7:690
- 7:691 geeft de bijzonder regels voor uitzendkrachten
- Met name ten aanzien van keten die bij WWZ beperkt is
- Centraal staat discussie over allocatiefunctie
- Ook bij payroll

Discussie over allocatiefunctie zeer actueel

- Hof Amsterdam: voor aannemen bestaan uitzendovereenkomst is allocatiefunctie geen vereiste (JIN 2014/208)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 feb 2015: allocatiefunctie is wel vereiste
- AG van Ballegooijen:
 - *Door voorts toepassing van de regeling van de uitzendovereenkomst ..uit te sluiten voor het tbs van arbeidskrachten tussen werkgevers die onderling in een concernrelatie tot elkaar staan, zoals bedoeld in artikel 24a en 24b van boek 2 BW, wordt beoogd te voorkomen dat arbeidsorganisaties via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking stellen....van een allocatiefunctie voor de arbeidsmarkt kan in dat geval niet worden gesproken. Toepasselijkheid van de uitzendovereenkomst is gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.*

**Gelijke behandelingswetgeving:
beperking van de flexibiliteit**

Sterc.

Uitzendovereenkomst: 30 maart equal pay

De inlenersbeloning is samengesteld uit:

- 1. geldend periodeloon in de schaal
- 2. arbeidsduurverkorting
- 3. toeslagen (overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid, ploegentoeslag)
- 4. initiële loonsverhoging
- 5. kostenvergoedingen
- 6. periodieken

Uitzendovereenkomst: 30 maart equal pay

Voorheen:

- gedurende de eerste 26 weken van de uitzendarbeid vanaf dag 1 de beloning volgens ABU-CAO toepassen,
- vanaf week 27 inlenersbeloning of vanaf dag 1 de inlenersbeloning toepassen

Per 30 maart 2015:

- moet de inlenersbeloning worden toegepast met ingang van de 1e werkdag bij de inlener
- De beloningsregeling vanuit de ABU-CAO blijft behouden voor vier groepen flexkrachten

Gevolgen equal pay

- extra kosten
- Met name igv sprake is van loonschalen die hoger zijn dan die uit de cao voor uitzendkrachten
- of van ADV-regelingen die moeten worden toegekend
- Uitzendovereenkomst minder aantrekkelijk: opkomst van contracting

Payroll en het voordeel

- Geen wettelijke stijlfiguur, vergaarbak van varianten
- de inlener besteedt juridische en administratieve aangelegenheden zoals de salarisadministratie, afdracht van sociale premies, contractbeheer en bijvoorbeeld pensioenen uit aan een payrollonderneming
- Voordelen: kostenbeheersing, minimaliseren van risico's

Wat is Payroll en het voordeel

- Personeel dat volgens een payrollconstructie betaald wordt, valt onder een andere collectieve arbeidsovereenkomst
- Verschil met uitzendrelatie: opdrachtgever werft en selecteert zelf betrokken arbeidskracht

Wat is Payroll en het voordeel

Verschillende varianten van Payroll:

- Slechts vervullen van de salarisadministratie
- Opdrachtgever werft en selecteert, werknemer komt in dienst bij payroll met het oogmerk in dienst te treden bij opdrachtgever
- Idem, maar ter beschikkingstelling is langdurig
- Outsourcing naar payroll door opdrachtgever en weer terug gehuurd
- ZZP'ers zonder VAR gaan in dienst bij pay roll

Wat is Payroll en het voordeel

- Voordelen Payroll wat afgenomen door wijziging Ontslagbesluit per 1 januari 2015 waarin payrollwerknemers dezelfde ontslagbescherming krijgen als werknemers van de opdrachtgever
- Verzoek tot ontslagvergunning moet dus beoordeeld worden naar de omstandigheden bij de opdrachtgever
- Verdere afname voordeel door equal pay per 30 maart 2015
- Werkgroep STAR

Gevolgen WWZ voor Payroll

- de eerste 78 weken flexibiliteit door gebruik maken van het uitzendbeding.
- Daarna reguliere keten
- als het ware een proeftijd/keten van in totaal 3,5 jaar bieden ipv 2 jaar
- geen concurrentiebeding gelijk aan regels voor overige werkgevers
- Hier gelden de van de gewerkte weken afhankelijke aanzegtermijnen volgens de cao (oplopend van 0 tot maximaal 14 kalenderdagen).
- Na het uitzendbeding gelden dezelfde aanzegtermijnen

Gevolgen WWZ voor Payroll

- Payroll ook verplicht de transitievergoeding te betalen bij het niet verlengen van de contracten voor (on)bepaalde tijd nadat een medewerker minimaal 24 maanden werkzaam was
- Gevolg : transitievergoeding zal verwerkt worden in fees Payroll

Verschillende constructies



Risico's Contracting

- bestaande groep werknemers van het bedrijf wordt in groepen of fasen ontslagen en vervangen door medewerkers of flexwerkers van de contractor
- flexwerkers vanuit het uitzendbureau worden doorgeleend aan de contractor
- Contractors spreiden hun activiteiten bewust over verschillende sectoren
- werkingssfeer van een cao omzeild
- Doorbreking schijnconstructie Hof Den Bosch 21 oktober 2014

Flexibel 65+

maatregelen die het aantrekkelijker moeten maken om werknemers na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd in dienst te houden

- De loondoorbetaling bij ziekte wordt daarbij voor AOW-gerechtigden beperkt tot 6 weken.
- Daarmee ook het opzegverbod bij ziekte
- Beperking re-integratieverplichtingen:
 - gedurende deze zes weken
 - geen verplichting tot het zoeken van passend werk bij een andere werkgever
 - Tevens hoeft er geen plan van aanpak op te worden gesteld
 - Beperking hersteltermijn tot 6 weken.

Flexibel 65+

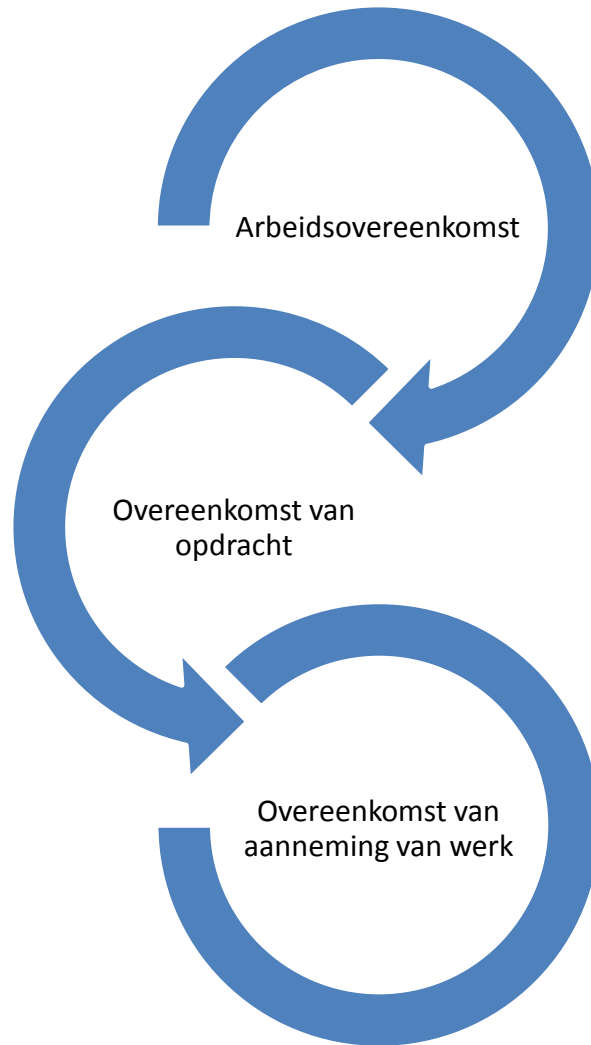
maatregelen die het aantrekkelijker moeten maken om werknemers na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd in dienst te houden

- mogelijkheid om voor AOWgerechtigden van de ketenregeling af te wijken, zodat pas na zes tijdelijke arbeidsovereenkomsten of na 48 maanden een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.
- Daarbij tellen alleen arbeidsovereenkomsten aangaan ná het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd mee;
- Opzegtermijn van slechts één maand
- recht op aanpassing van de arbeidsduur op grond van de WAA niet langer van toepassing op AOW-gerechtigde
- Ragetlie geldt niet

What's up?

- Adviesaanvraag Asscher december 2015 aan SER over loondoorbetalingsverplichting bij ziekte
- Eerste geluiden uit commissie: terug naar 8 weken
- Plannen Asscher herredactie WWZ: o.a. TV na 104 weken

Hoe ziet het landschap er juridisch uit?



CONCLUSIES: Waar ontstaan de risico's voor de flexibele schil?

- In praktijk soms maar weinig verschil tussen werknemer en zelfstandige
- Vooral bij overeenkomst van opdracht met natuurlijke persoon, bijv. zzp'er
- Belangrijkste onderscheid met arbeidsovereenkomst is gezagsverhouding
- Opdrachtnemer hoeft arbeid ook niet persoonlijk te verrichten



Nieuwsbrief ontvangen of
heeft u aanvullende vragen?

Bel of mail ons gerust.

[Sterc arbeidsrecht advocaten](#)

www.sterc-advocaten.nl

020 509 1800/06-22588686

ralphjanvanderham@sterc-advocaten.nl

Sterc.