

Risico's beperken in het Arbeidsrecht

1

Juridische valkuilen en praktisch tips bij het contracteren



I. Onderwerpen

- I. Inleiding met voorbeelden
- II. Typen en onderscheid arbeidscontracten
- III. Mogelijkheden voor flexibilisering
- IV. Harmonisering en wijziging arbeidsvoorwaarden
- V. Veelvoorkomende contractuele missers
- VI. Inspelen op toekomstige ontwikkelingen

I. Voorbeeld 1: OvO = arbeidsovereenkomst

3

- Redactiemedewerker bij omroep
- Partijen hebben afgesproken dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst
- Na 5 jaren zegt Omroep samenwerking op wegens ontevredenheid functioneren
- Werknemer stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en beroept zich op preventieve ontslagbescherming
- Kantonrechter: Voldaan aan definitie arbeidsovereenkomst, want:
- Moest persoonlijk gebeuren, onder gezag eindredacteur, er werden vakantiedagen doorbetaald en 1^e 3 ziektedagen
- Dat partijen hun overeenkomst anders hebben bestempeld en dat werknemer facturerde deed hieraan niets af.
- Ktr. Hilversum 7 maart 2001, JAR 2001/72



I. Voorbeeld 2: Porno op pc

4

- Porno aangetroffen op computer medewerker
- Op staande voet ontslagen
- Rechter oordeelt ontslag nietig
- Vordering wedertewerkstelling toegewezen
- Kernoverweging: Geen waarschuwing vooraf, bijvoorbeeld in personeelsreglement
- Ktr. Eindhoven 17 september 2002, JAR 2003/77



I. Voorbeeld 3: Social media

5



II. Vraag 1: Typen arbeidscontracten

6

- Welke type arbeidsrelaties zijn er?
- Welke typen arbeidscontracten kent u?



II. Typen arbeidscontracten

7

- Overeenkomst van opdracht / ZZP
- Leer-arbeidsovereenkomst
- Managementovereenkomst
- Oproepcontract
- Arbeidscontract bepaalde tijd
- Arbeidscontract onbepaalde tijd
- Statutair directeur
- Arbeidsreglementen en -policies



II. Typen arbeidsreglementen

8

- Social Media Code
- Seksuele intimidatie
- Studiekostenregeling
- Bedrijfsautoreglement
- Gebruiksreglement laptop en mobiele telefoon
- Ziekteverzuimreglement
- Opleidingsreglement
- Reglement bedrijfseigendommen
- Klokkenluidersregeling
- Ethische code

II. Arbeidscontract vs. -reglement

9

- Onderscheid maken mag binnen grenzen wet
- Individueel maatwerk
- Wijzigingsmogelijkheden (art. 7:613 BW)
- Let op: Toepasselijkheid via individuele arbeidsovereenkomst
- Instemmingsvereiste OR (art. 27 WOR)

II.1 Onderscheid met OvO (1)

10

- Definitie arbeidsovereenkomst (7:610 BW)
- Werkelijkheid gaat voor constructie
- Feiten en omstandigheden van het geval
- Bedoeling partijen is doorslaggevend
- VAR-verklaring
- Opzegmogelijkheden
- WML
- BBA



II.1 Onderscheid met OvO (1)

11

Het arrest Groen / Schoevers (HR 14 november 1997, NJ 1998, 149, JAR 1997/263):

In deze zaak had belastingadviseur Groen een mondelinge overeenkomst met Schoevers om in deeltijd les te geven.

Zijn c.v. factureerde op basis van de gewerkte uren.

Schoevers hield geen premies en belastingen in.

Op het moment dat Schoevers de arbeidsverhouding beëindigde, stelde Groen dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst en beriep hij zich op de bepalingen die bescherming bieden tegen opzegging.

De Hoge Raad volgde de Rechtbank Den Haag in het oordeel dat de vraag of een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, waarbij doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan de vraag of partijen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd.

In dit geval geen arbeidsovereenkomst aangenomen



II.1 Kenmerken ZZP-contract

12

- Bedoeling partijen expliciteren
- Geen gezagsverhouding of instructiebevoegdheid
- Geen inspanningsverplichting maar resultaatsverplichting
- Opdrachtnemer is vervangbaar
- Verplichting opdrachtnemer altijd minstens 3 opdrachtgevers te hebben
- Op facturatiebasis
- Geen vakantiegeld en vakantiedagen
- Aansprakelijkheid voor ongevallen wel gelijk aan die als werkgever (7:658 lid 4 BW), maar lijkt contractueel te kunnen worden uitgesloten!
- Leg aan opdrachtnemer verplichting op om zich te verzekeren tegen inkomensschade en aansprakelijkheid
- Hanteer algemene inkoopvoorwaarden ipv arbeidsreglement
- Fiscale vrijwaring
- Art. 7:400 e.v. BW van toepassing ("opdracht"): regelend recht m.u.v. opzegmogelijkheden en schadevergoeding (7:413 BW)

II.2 Oproepcontract (1)

13

- Is niet wettelijk gedefinieerd, kan zowel overeenkomst van opdracht zijn (7:400 BW) als arbeidsovereenkomst (7:610 BW)
- Te onderscheiden: voorovereenkomst en met uitgestelde prestatieplicht
- Valkuil: Na 3 oproepen kan van rechtswege voortgezet dienstverband ontstaan (art. 7:668a BW)

The image shows a screenshot of a digital calendar for October 2016. The calendar is a grid with days of the week as columns and dates as rows. The days are color-coded: red for weekends, yellow for weekdays, and green for public holidays. The text 'Oktober 2016' is visible at the top left of the grid. The grid contains various colored squares representing events or appointments, with some text labels like 'Werk', 'Vrijdag', 'Zaterdag', 'Zondag', 'Maandag', 'Dinsdag', 'Woensdag', 'Donnerdag', 'Vrijdag', 'Zaterdag', 'Zondag' visible in the first few rows.

III.2 Oproepcontract (2)

14

- Oplossing: uitgestelde prestatieplicht
- Flexibiliteit: Uitzondering maken op uitgestelde prestatieplicht
- “Behoudens in geval van ziekte of bijzondere omstandigheden is de oproepkracht verplicht aan een oproep van werkgever gehoor te geven.”
- Daarnaast: proeftijd en bepaalde tijd

II.2 Oproepcontract (3)

15

Art. 610b BW: *"Indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, wordt de bedongen arbeid in enige maand vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden."*

- Oplossing: Fluctuaties vooraf vastleggen en/of minimale oproep per week + overwerk

II.2 Oproepcontract (4)

16

- Art. 7:628a BW: “Indien een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week is overeengekomen en de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet zijn vastgelegd, heeft de werknemer voor iedere periode van minder dan drie uur waarin hij arbeid heeft verricht, recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij drie uur arbeid zou hebben verricht. Van dit artikel kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.”
- HR 3 mei 2013, JAR 2013/140
- Tips: breng urengemiddelde over langere periode boven 15 uren, rooster in of leg werktijden contractueel vast



II.3 Leer-arbeidsovereenkomst



17

- Is gemengde overeenkomst
- Valt onder regiem arbeidsovereenkomst bij vervulling criteria (arbeid, gezag, loon)
- Criterium arbeid: loonvormende, productieve arbeid vs. uitbreiden eigen kennis en ervaring (HR 29-10-1982, NJ 1983, 230 Hesslink/Stg. De ombudsman)
- Criterium gezag: werkgever mag aanwijzingen geven over uitvoering arbeid vs. toezicht onderwijsinstelling
- Stagiaires vallen hoe dan ook onder bescherming BBA (art. 1 sub b, 2^e)
- Neem ontbindende voorwaarde op, inhoudende dat bij (voortijdige) beëindiging opleiding de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt

II.4 Einde na bepaalde tijd (1)

18

- Geen bepaalde tijd bij einddatum die bij benadering is vastgesteld (HR 8-1-1952, NJ 1952/243)
- Wel is mogelijk: voor duur project of ter vervanging tijdelijk verlof
- Criterium: Einddatum moet voldoende objectief bepaalbaar zijn
- Risico bij formulering ter vervanging zieke werknemer
- Ontbindende voorwaarden zijn soms ook toelaatbaar (Mungra-arrest HR 6-3-1992, NJ 1992/509), met name bij van buiten af komende oorzaken (bijvoorbeeld voortijdige afbreking opleiding, vervallen vergunning, geen verklaring goed gedrag)
- Criteria ontbindende voorwaarde: Kan slechts bij uitzondering worden aanvaard, moet zijn te verenigen met gesloten ontslagstelsel, door intreden voorwaarde moet arbeidsovereenkomst inhoudsloos zijn geworden, vervulling voorwaarde moet objectief worden bepaald en dus niet afhankelijk zijn van de wil of de subjectieve waardering van een partij

II.4 Arbeidscontract bepaalde tijd (2)

19

- Vaste rechtspraak voor alle type contracten van bepaalde duur: Niet tussentijds opzegbaar, tenzij uitdrukkelijk overeengekomen. (Zie ook 7:667 lid 3 BW)
- Oplossing: “Deze arbeidsovereenkomst is tussentijds opzegbaar met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn.”

II.4 Arbeidscontract bepaalde tijd (3)

20

- Kortere proeftijd (7:652 BW)
- Geen opzegging vereist, tenzij overeengekomen (7:667 BW)
- Zonder tegenspraak: voortzetting op zelfde voorwaarden voor zelfde tijd (7:668 BW)
- Maximaal 3x binnen 3 jaar (7:668a BW)
- Pensioengerechtigde leeftijd

III.1 Vraag 2: Mogelijkheden flexibilisering

21

- Welke mogelijkheden kent u als werkgever voor inbouwen zoveel mogelijk flexibiliteit in arbeidsrelatie en arbeidsvoorwaarden?



III.1 Flexibilisering arbeidsvoorwaarden

22

- Onderscheid arbeidscontract / overeenkomst van opdracht (ZZP-constructie) (7:610 BW)
- Leer-arbeidsovereenkomst
- Uitzendovereenkomst (7:691 BW)
- Beginnen met oproepcontract m.u.p.
- 3x arbeidsovereenkomst bepaalde tijd (7:668a BW)
- Proeftijd (7:652 / 7:676 BW)
- Ontbindende voorwaarden
- Functie- en taakomschrijving
- Geen werk, geen loon in eerste zes maanden (7:628, lid 5 BW)
- Overwerk-clausule
- Studiekostenbeding
- Eenzijdig wijzigingsbeding algemeen en concreet (7:613 BW)
- Ziekteverzuimregeling (7:629 BW)
- Verlofregeling
- Boetebedingen (7:650 / 7:651 BW)
- Beëindigingsvergoeding bij voorbaat (golden parachute)

III.2 Verlofregeling

23



- Wettelijk minimum (7:634 BW)
- Bovenwettelijke verlofdagen zijn te flexibiliseren, zoals verbinden bepaalde voorwaarden, eenzijdige vaststelling, snellere verjaring, verval onder bepaalde voorwaarden zoals bij schorsing, langdurige ziekte (art. 7:637, lid 1 BW) of beëindiging dienstverband
- Aanvragen verlof alleen na schriftelijke toestemming (afwijking art. 7:638 BW)
- Bijzonder verlof definiëren (invullen artt. 7:628, lid 5 en 7:635, lid 6 BW)
- Terugdringing kortdurend ziekteverzuim (art. 7:629, lid 9 BW)
- Volledige doorbetaling loon inperken bij ziektesituaties met welomschreven oorzaken (cosmetische operaties, risicosporten), zie Zaalvoetbaler-arrest

IV. Harmonisering arbeidsvoorwaarden (1)

24

- Bij verlenging arbeidscontract
- Bij (reguliere) loonsverhogingen
- Bij functiewijziging (hangt af van ruime of strikte taakomschrijving)
- O.g.v. art. 7:613 BW (vs. art. 7:611 en 6:258 BW)
- Let op art. 27 WOR
- Van der Lely/Taxi Hofman (HR 26-6-1998, NJ 1998/199) en Mamoet/Stoof (HR 11-72008, JAR 2008/204)
- Afkopen van verslechtering
- Partiële ontbinding

IV. Individuele wijziging arbeidsvoorwaarden (2)

25

- Is er sprake zijn van gewijzigde omstandigheden op het werk.
- Vormen deze omstandigheden aanleiding voor de werkgever tot het doen van een voorstel tot wijziging van arbeidsvoorwaarden?
- Is het voorstel tot wijziging van arbeidsvoorwaarden redelijk, gezien alle omstandigheden van het geval (volle toets!)?
- Kan aanvaarding door de werknemer van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer worden gevergd?
- Voorbeelden: Functiewijziging na gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid of bij disfunctioneren
- Ook: Noodzaak tot harmonisering, mits evenwichtig of bij aanbod tot adequate afkoop verslechtering

IV. Fiscale raakvlakken

26

- Managementvergoedingen / facturatie van werkzaamheden vs. loon
- Werkkostenregeling
- Uitrui door extra verlofdagen tegen inlevering salaris
- Pensioenpremies
- Schadevergoeding afgebroken onderhandelingen
- Betaalde en geïncasseerde contractuele boetes
- Schadevergoeding na einde dienstverband
- Immateriële schadevergoeding
- Stamrecht-constructies
- Vergoeding buitengerechtelijke kosten
- Ontbindingsvergoeding in vorm geldlening
- Ontbindingsvergoeding en echtscheiding
- Beroepsaansprakelijkheid bij verkeerde berekeningen sociale premies



V. Veelvoorkomende missers

27

- Opzegmogelijkheden
- Wijzigingsmogelijkheden
- Loondoorbetaling bij ziekteverzuim
- Pensioentoezeggingen
- Geen arbeid, geen loon (7:628 lid 5 BW)
- Latente CAO-risico's (CAO-politie, Stipp)
- Verlofregelingen
- Boetebedingen
- Internationale dimensies



Samenvattend

28

- Onnodig om afhankelijk te zijn van onvoorspelbare rechterlijke uitspraken (“redelijkheid en billijkheid”)
- Nadere afspraken zijn mogelijk binnen grenzen dwingend wettelijke mogelijkheden en evt. CAO
- Bouw zoveel mogelijk flexibiliteit in
- Speel beter in op bedrijfsstrategie en toekomstige reorganisaties



V. Toekomstige ontwikkelingen (1)

29

- Internationalisering (komst en uitzending expats, komst internationals)
- Toenemende arbeidsmobiliteit
- Terugdringing flexibilisering arbeid
- Veranderende ambities werknemers (generatie z)
- Opkomst nieuwe technologieën, zoals sociale media
- Andere samenwerkingsvormen (zoals coöperatie)
- Afschaffing preventief ontslagrecht is geen essentiële hrm-issue



VI. Toekomstige ontwikkelingen (2)

30

- Verbeterde beloningsvormen
- Interne mentorschappen
- Ongelijke behandeling mannen/vrouwen
- Preventie stressgerelateerde beroepsziektes
- Professionalisering werknemersvertegenwoordiging



31

Succes met uw werk!



Mr. M.C.J. Swart, advocaat arbeidsrecht
Flight Forum 840 5657 DV Eindhoven
Tel.: 085-020.10.10 / Fax: 085-020.10.11
Email: marco.swart@swart-legal.nl
www.swart.legal