



Werkzekerheid bouwsector?

Scriptie over de nieuwe Wet Werk en Zekerheid

Cees de Jong
2014



Opdrachtgever: FNV Bouw
Opleiding: Juridische Hogeschool Avans- Fontys
Tilburg, 26 mei 2014

Auteur: C.A. de Jong

Studentennummer: 2041010

Afstudeerperiode: 3 februari 2014 tot en met 10 juli 2014

Opdrachtgever: FNV Bouw

Afstudeermentor: C. Vissers

Academie: Juridische Hogeschool Avans- Fontys 's- Hertogenbosch

Opleiding: HBO-rechten

**Afstudeerdocent: 1^e docent mr. J.J. Zevenbergen
2^e docent mr. J.P.E. Lousberg**

Classificatie: intern

Inleverdatum: maandag 26 mei 2014

Weert, mei 2014

Voorwoord

De afgelopen vier jaar op de Juridische Hogeschool zijn ongelooflijk snel voorbij gegaan. Nu, in het vierde jaar, komt dan eindelijk het moment waar je door alle docenten de afgelopen vier jaar eigenlijk voor voorbereid bent: het afstuderen en het schrijven van een scriptie. Ik heb mijn scriptie mogen schrijven voor FNV Bouw op het regiokantoor in Weert. De scriptie brengt de actuele juridische problematiek op het gebied van flexwerk in de bouwsector in kaart, geeft een overzicht van de wijzigingen van de Wet Werk en Zekerheid en de gevolgen daarvan voor werknemers in de bouw met een flexibele arbeidsverhouding en geeft een aanbeveling hoe FNV Bouw het beste, in het belang van de leden, kan anticiperen op de wijzigingen.

Ik wil allereerst graag alle collega's op het regiokantoor in Weert bedanken voor de fijne stagetijd die ik daar heb gehad. De werkplek op het secretariaat was goud waard. Ik kan het niet anders formuleren, dan dat ik in een warm nest terecht ben gekomen. Wennen hoefde daardoor eigenlijk niet. De sfeer en de bereidheid om elkaar te ondersteunen, is heel groot. Ook op het hoofdkantoor in Woerden was alles mogelijk en heb ik veel ondersteuning gekregen. Zowel intern, als bijvoorbeeld extern op de verschillende bezochte bouwplaatsen.

Ik wil in het bijzonder graag mijn stagementor Corrie Vissers hartelijk danken voor de goede ondersteuning en nuttige feedback. Vrijwel dagelijks hadden we even een "waar sta je nu gesprek". Deze gesprekken waren altijd zeer nuttig en brachten mij vaak tot nieuwe inzichten. Ook de manager individuele belangenbehartiging in Weert, Yvon Middelman wil ik danken voor alle goede adviezen. Vanuit de Juridische Hogeschool ben ik op een hele prettige manier begeleid door Jeanine Zevenbergen. Ik wil daarom ook Jeanine hartelijk danken voor de goede en kritische beoordeling van de ingeleverde stukken. Hier kon ik echt iets mee.

Ik vind het oprecht jammer dat de stagetijd bij FNV Bouw erop zit!

Cees de Jong

Weert, mei 2014

Inhoudsopgave

Blz.

Samenvatting

Lijst met afkortingen

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1.Organisatie	1
1.2 Probleembeschrijving	1
1.3 Doelstelling	2
1.4 Centrale vraagstelling	2
1.5 Deelvragen	3
1.6 Methoden van onderzoek	4
1.7 Verantwoording van bronnen	4
1.8 Vooruitblik	5

Hoofdstuk 2 Actuele situatie bouwsector

2.1 Inleiding	6
2.2 Wettelijke basis	8
2.2.1 De arbeidsovereenkomst	8
2.2.2 Contract voor bepaalde tijd	9
2.2.3 Uitzendovereenkomst	9
2.3 Zelfstandige zonder personeel	11
2.3.1 Schijnzelfstandigheid	13
2.3.2 Aanpak schijnzelfstandigheid	15
2.3.3 Praktijkvoorbeeld schijnzelfstandige	16
2.4 Payrolling	17
2.4.1 Verschillende payrolling bedrijven	18
2.4.2 Kantonrechters	19
2.5 Tussenconclusie hoofdstuk 2	20

Hoofdstuk 3 Wijzigingen Wet Werk en Zekerheid

3.1 Inleiding	21
3.2 Aanpassing ketenbepaling en mogelijkheid om bij cao af te wijken	23
3.3 Proeftijd	25
3.4 Concurrentiebeding	25
3.5 Uitzendbaarheid	26
3.6 Oproepcontracten	27
3.7 Aanzegtermijn	28
3.8 Overgangsrecht	28
3.9 Overweging Raad van State	28
3.9.1 Aanscherping ketenbepaling	29
3.9.2 Beperking mogelijkheid tot afwijken middels cao	29
3.9.3 Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid	30
3.9.4 Proeftijd	30
3.9.5 Uitzendbeding	30
3.9.6 Aanspraak op loon	30
3.9.7 Aanzegtermijn	31
3.10 Juridisch onderzoek	31
3.10.1 Onderzoek Centraal Planbureau	31
3.10.2 Jurdische vakliteratuur	32
3.11 Leden FNV Bouw	33
3.12 Tussenconclusie hoofdstuk 3	33

Hoofdstuk 4 Betekenis wijzigingen voor de bouwsector

4.1 Inleiding	34
4.2 Wet Werk en Zekerheid	34
4.3 Werkgever	35
4.4 Observaties bouwplaatsen	36
4.5 Tussenconclusie hoofdstuk 4	36

Hoofdstuk 5 Cao voor de Bouwnijverheid

5.1 Inleiding	37
5.2 Huidige stand van zaken	37
5.3 Wettelijke afwijkingen	37
5.4 Cao onder de nieuwe wetgeving	39
5.5 Tussenconclusie	39

Hoofdstuk 6 Conclusies en Aanbevelingen

6.1 Inleiding	40
6.2 Conclusie hoofdstuk 2	40
6.3 Conclusie hoofdstuk 3	41
6.4 Conclusie hoofdstuk 4	42
6.5 Conclusie hoofdstuk 5	43
6.6 Aanbevelingen	43

Evaluatie

Literatuurlijst

Bijlage I	Interview K. Ünlütürk
Bijlage II	Interview J. Mud
Bijlage III	Interview R. van der Heijden
Bijlage IV	Flyer bouwplaats inzake wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid
Bijlage V	Interne memo voor medewerkers FNV Bouw, betreffende de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid

Samenvatting

Het afstudeeronderzoek zal plaatsvinden binnen FNV Bouw. FNV Bouw spant zich in voor de belangen van de werknemers in de bouw en voor de leden in het bijzonder. De belangen van de werknemers worden zowel op een collectieve als op een individuele wijze behartigd. In deze scriptie wordt onderzocht welke actuele juridische problemen er op het gebied van flexwerk spelen voor werknemers in de bouwsector en welke rechtsgevolgen de wijzigingen van de Wet Werk en Zekerheid voor de werknemers in de bouwsector met zich meebrengen. Verder zal worden onderzocht, hoe FNV Bouw het beste, in het belang van haar leden, op de wijzigingen kan anticiperen.

De periode waarin het eerder regel dan uitzondering was om middels een contract voor onbepaalde tijd werkzaam te zijn, is verleden tijd. Contracten voor bepaalde tijd, uitzendovereenkomsten of oproepcontracten komen veel vaker voor. Flexwerkers zijn voor werkgevers makkelijk om van rechtswege als eerste te ontslaan. Naast werknemers op flexibele basis, zijn er ook veel werknemers werkzaam als zelfstandige. Veel werknemers kiezen voor het werk als zelfstandige, maar er is op de arbeidsmarkt ook sprake van gedwongen zelfstandigheid, zogeheten schijnzelfstandigen. Hiervan is sprake wanneer de werknemer formeel werkt als zelfstandige, maar de feiten en omstandigheden wel wijzen op een arbeidsovereenkomst. De argumenten voor deze constructie zijn de financiële voordelen die ermee te behalen zijn. In korte tijd zijn daarnaast steeds meer bedrijven gebruik gaan maken van payrolling. Het ter beschikking stellen van werknemers aan opdrachtgevers is de hoofdactiviteit van een payroll bedrijf. Vaak krijgen werknemers formeel een arbeidsovereenkomst met de payroll onderneming, maar feitelijk gezien worden ze permanent bij de inlener gedetacheerd.

Flexibele contracten worden een probleem op het moment dat werknemers voor een langere tijd in de flexibele schil werkzaam zijn en niet meer in staat zijn om hier uit te geraken. De wetgever wil het aantal contracten op flexibele basis terugdringen en heeft daarvoor een aantal maatregelen opgesteld. De maatregelen zijn erop gericht om de grote groep flexibele werknemers in Nederland te verkleinen en eerder doorstroming naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te bewerkstelligen. Een van de maatregelen is bijvoorbeeld aanpassing van de duur van de ketenbepaling, waarin werkgevers een contract voor bepaalde tijd overeen kunnen komen. Juridische auteurs zijn kritisch over de wijzigingen. Zo zouden werkgevers in de bouwsector op dit moment niet de intentie hebben om meer werknemers op grond van een contract voor onbepaalde tijd in dienst te nemen. Onder de huidige collectieve arbeidsovereenkomst wordt er aan een aantal wettelijke bepalingen uit de Wet Werk en Zekerheid een andere invulling gegeven. Onder de nieuwe wetgeving wordt deze afwijkingsruimte beperkt.

Concluderend kan worden gesteld dat het aantal contracten op flexibele basis stijgt. Het kabinet heeft speerpunten opgesteld om het verblijf van werknemers in de flexibele schil terug te dringen. Veel juridische auteurs zijn kritisch over de wijzigingen. Ook in de praktijk zijn, zowel van de kant van de werkgever, als aan de kant van de werknemer, veel kritische geluiden te horen over de vooraanstaande wijzigingen. Op dit moment wordt via de collectieve arbeidsovereenkomst van een aantal bepalingen uit de Wet Werk en Zekerheid afgeweken. Straks, na invoering van de wijzigingen, wordt dit voor de sociale partners moeilijker, omdat de ruimte daarvoor in de wetwijzigingen door de wetgever wordt beperkt. Het is belangrijk dat werknemers geïnformeerd zijn over de wijzigingen. Door netwerk van FNV Bouw kan hier tijdens de bezoeken aan de bouwplaatsen invulling aan worden gegeven.

Afkortingenlijst

FNV	Federatie Nederlandse Vakbonden
HR	Hoge Raad
RvS	Raad van State
Rb	Rechtbank
BW	Burgerlijk Wetboek
JAR	Jurisprudentie Arbeid en Recht
UTA	Uitvoerend Technisch Administratief
WW	Werkloosheidswet
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemers Verzekeringen
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
Zzp'er	Zelfstandige zonder personeel
VAR- verklaring	Verklaring Arbeidsrelatie
MvT	Memorie van Toelichting

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Organisatie

Het afstudeeronderzoek zal plaatsvinden binnen FNV Bouw op het regiokantoor in Weert. FNV Bouw is onderdeel van de Federatie Nederlandse Vakbeweging FNV, met meer dan één miljoen leden de grootste vakbond vereniging in Nederland. Van al deze leden zijn 105.000 lid van FNV Bouw. FNV Bouw spant zich in voor de belangen van de werknemers in de bouw en voor de leden in het bijzonder. De belangen van de werknemers worden zowel op een collectieve als op een individuele wijze behartigd, verder wordt er ook op het maatschappelijke vlak invloed uitgeoefend. Door de inzet van verschillende regiokantoren is er sprake van een grote regionale spreiding en is er altijd een kantoor dichtbij cliënten. Leden van FNV Bouw worden in eerste instantie te woord gestaan door medewerkers van de frontoffice. Bij complexere problemen of vraagstukken worden ze doorverwezen naar de backoffice. Binnen de FNV zijn er juristen werkzaam die cliënten kunnen adviseren of begeleiden in juridische kwesties. Afhankelijk van de complexiteit van de zaak wordt het dossier behandeld door een hbo of universitair geschoolde jurist.

1.2 Probleembeschrijving

Door een wetswijziging op het gebied van flexwerk, moet het voor flexwerkers makkelijker worden om aan de slag te gaan, maar vooral ook om daadwerkelijk aan de slag te blijven. Een flexwerker kan worden gedefinieerd als iemand met een tijdelijke aanstelling, zoals bijvoorbeeld iemand met een nul-uren-contract of een uitzendovereenkomst. Flexibele contracten zorgen voor een laagdrempelige toegang tot de arbeidsmarkt, kunnen fungeren als een opstap naar vast werk en bieden werknemers de ruimte om zelf invulling te geven aan het arbeidszame leven. Flexwerk kan daarom positief uitpakken, maar wordt echter een probleem als werknemers langdurig en tegen hun zin werkzaam zijn binnen de flexibele schil en daardoor onvoldoende perspectief hebben op de arbeidsmarkt. Dit vormt vooral een gevaar voor arbeiders met een zwakkere arbeidspositie, zoals laagopgeleiden. De ontwikkelingen in de afgelopen tien jaar zijn reden tot zorg. De kans op een verblijf langer dan drie jaar in de zogeheten “flexibele schil” is in de periode tussen 2006 en 2010 verdrievoudigd van tien naar dertig procent.

Een onvrijwillig lang verblijf in deze flexibele schil brengt een aantal nadelen met zich mee:

- Flexwerkers missen de bescherming tegen ontslag en vangen daardoor veel sneller de klappen op bij een economisch mindere tijd;
- Door onzekerheid over het inkomen is de toegang die flexwerkers hebben tot de woningmarkt vaak veel slechter;
- De toegang tot scholing is voor flexwerkers slecht. Voor werkgevers is het vaak onvoordelig om te investeren in een tijdelijke arbeidsrelatie;
- Langdurig flexibele werknemers hebben ook minder carrièreperspectieven en doen vaker een beroep op de WW.

Voor werkgevers is het in tijden van economische tegenwind vaak voordeliger om een werknemer in dienst te hebben op flexibele basis, dan een werknemer met een contract voor onbepaalde tijd. De ervaring van de FNV is, dat een flexwerker minder salaris krijgt uitbetaald en bovendien is het voor werkgevers makkelijker om over te gaan tot ontslag. De wijziging die nu wordt voorgesteld door het kabinet, beoogt kort samengevat flexibiliteit bieden voor werkgevers en bescherming voor werknemers. Het kabinet acht het noodzakelijk dat onvrijwillig langdurig verblijf in de flexibele schil zoveel mogelijk wordt teruggedrongen, in het bijzonder waar het gaat om een oneigenlijk gebruik van flexcontracten. Hiervan is sprake als werknemers onvrijwillig gedurende een lange periode telkens te werk worden gesteld onder een flexcontract, terwijl het structurele werkzaamheden betreft. Dit werkt een achtergestelde positie van flexwerkers op de arbeidsmarkt in de hand.

Naast de flexibele arbeidsrelaties worden er door FNV Bouw nog twee actuele problemen geconstateerd. Enerzijds is dat het fenomeen van payrolling. De werkgever vervult hierin zelf de werving en selectie van de werknemer, maar benadert vervolgens een ander bedrijf voor de invulling van het formeel werkgeverschap of een werknemer wordt na een periode een arbeidsovereenkomst te hebben gehad, geconfronteerd met een nieuw arbeidscontract via een payroll bedrijf. De vraag is of de ontslagbescherming van werknemers hetzelfde is bij een gewoon arbeidscontract en een contract bij een payroll bedrijf. Hetzelfde geldt voor de arbeidsvoorwaarden in een gewoon arbeidscontract en bij een contract via een payroll bedrijf. Anderzijds zijn de zogeheten schijnzelfstandigen een actueel probleem. Deze werknemers worden door hun werkgever ontslagen en dan weer aangenomen, maar dan als zzp'er. De consequentie van deze praktijken is, dat deze werknemers betaald krijgen onder het minimumloon en onder de overeengekomen cao bepalingen. Verder dragen ze geen premie af voor de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en de algemene ongevallenverzekering en wordt er geen pensioenpremie afgedragen, waardoor deze werknemers op lange termijn ernstig in moeilijkheden komen met het pensioen.

Het kabinet heeft nu een wijziging van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid ingediend bij de Tweede Kamer. De wijziging moet het aantal flexwerkers verminderen, maar moet vooral de positie van de flexwerkers verbeteren. Er is kritiek op deze nieuwe plannen, bijvoorbeeld van de Raad van State. Het is volgens de Raad de vraag of de aanpassingen wel zullen leiden tot een verbetering van de positie van flexwerkers.

Uit een recente enquête van het Financieel Dagblad blijkt, dat slechts een klein gedeelte van de werkgevers bereid is om werknemers daadwerkelijk een vast contract aan te bieden. Het is dus maar de vraag of deze wijziging het beoogde resultaat zal bieden.

1.3 Doelstelling

Op 26 mei 2014 wordt er een praktijkgericht onderzoeksrapport opgeleverd aan FNV Bouw en de Juridische Hogeschool Avans-Fontys over de gevolgen van de wetswijziging op het gebied van flexwerk, zodat de juristen binnen FNV Bouw cliënten hierover op een adequate wijze kunnen informeren.

1.4 Centrale vraagstelling

Welke juridische problematiek speelt er op het gebied van flexwerk in de bouwsector, wat zijn de rechtsgevolgen van de wijziging van de Wet Werk en Zekerheid met betrekking tot de flexibele arbeidsverhoudingen voor werknemers in de bouw (en de leden van FNV Bouw in het bijzonder) en hoe kan FNV Bouw het beste anticiperen op deze wijzigingen, zodat zij de belangen van haar doelgroep zo goed mogelijk kan behartigen?

1.5 Deelvragen

1. Wat is de actuele stand van zaken op het gebied van flexwerk en hoe is de ervaring van bouwbedrijven met flexwerk?

Het onderzoek naar de eerste deelvraag zal allereerst worden uitgevoerd door de bestudering van literatuur, wetteksten en jurisprudentie. Op deze wijze kan er een overzicht worden gegeven van de actuele situatie op het gebied van flexwerk.

Betreffende de ervaringen van bouwbedrijven met flexwerk zullen er met werkgevers enkele interviews worden afgenomen. Op deze manier moet duidelijk worden hoe flexwerk op dit moment in de praktijk wordt toegepast en hoe werkgevers tegen de huidige regelgeving aankijken.

2. Welke vormen van flexwerk komen op dit moment in de bouwsector voor?

Deze deelvraag zal worden onderzocht door meerdere praktijkbezoeken aan de bouw. Door middel van interviews en observaties zal er uiteen worden gezet welke vormen van flexwerk op dit moment in de bouwsector voorkomen.

- 3a Hoe gaat de nieuwe manier van flexwerken er volgens de wetswijziging uitzien?

Het eerste gedeelte van de derde deelvraag zal worden onderzocht door bestudering van de memorie van toelichting, behorende bij het wetsvoorstel. Verder zal hier gebruik worden gemaakt van juridische vakliteratuur, waarin verschillende gerenommeerde auteurs zich over de wetswijziging uitlaten.

- 3b Wat gaan de wijzigingen concreet betekenen voor de bouwsector?

Bij het onderzoek naar het tweede gedeelte van de derde deelvraag zal gebruik worden gemaakt van juridische vakliteratuur, betreffende het wetsvoorstel, toegespitst op de bouwsector. Verder zal er gebruik worden gemaakt van onderzoek uitgevoerd door FNV Bouw en zullen er intern binnen FNV Bouw met verschillende medewerkers interviews worden afgenomen, waarin uitvoerig op dit onderwerp wordt ingegaan. Daarnaast zal deze vraag ook in de verschillende interviews met werkgevers in de bouwsector worden voorgelegd.

- 3c Wat gaan de wijzigingen betekenen voor de cao bouw?

Voor het onderzoek naar het derde gedeelte van de derde deelvraag zal gebruik worden gemaakt van de huidige cao bouw en de actuele situatie betreffende de onderhandelingen voor de nieuwe cao bouw. Verder zal deze vraag worden voorgelegd aan medewerkers binnen FNV Bouw, die actief betrokken zijn bij de onderhandelingen en de vorming van de nieuwe cao bouw. Daarnaast zal er worden onderzocht welke mogelijkheden een cao biedt om nog van het wetsvoorstel af te wijken.

4. Wat kan FNV Bouw doen voor haar leden om deze wijzigingen goed te verwerken?

Voor het onderzoek naar de vierde deelvraag zal worden toegespitst op het kunnen geven van aanbevelingen. Er wordt onderzocht hoe cliënten op dit moment bij FNV Bouw worden bijgestaan en hoe juristen in de toekomst op deze wetswijziging kunnen anticiperen.

1.6 Methoden van onderzoek

Dit rapport is in ongeveer 16 weken tot stand gekomen. Betreffende het juridische gedeelte, is er rechtsbronnen en literatuuronderzoek gedaan. Op deze wijze is er een uiteenzetting van het recht gemaakt, aangevuld met aanvullende stukken en jurisprudentie. Om antwoord op de theoretische deelvragen te kunnen vinden (deelvraag 1, 2 en 3A) is een inhoudsanalyse gemaakt van rechtsbronnen rond de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid. Het gaat hier om bestaande bronnen, waaruit in het kader van dit onderzoek de relevante (achtergrond) informatie is geselecteerd.

Zowel voor het theoretische als voor het praktische gedeelte (deelvraag 3B en 3C) is er gebruik gemaakt van de methode van interview. Er is gekozen voor de halfgestructureerde interviews, waardoor er voor respondenten voldoende ruimte was om zelf inbreng te leveren. Er is gekozen om dit met personen te doen, die allemaal vanuit verschillende invalshoeken tegen de materie aankijken.

1.7 Verantwoording van bronnen

Voor het beantwoorden van de centrale vraag is er door de onderzoeker een praktisch en een theoretisch onderzoek verricht. Voor een groot deel van het theoretisch onderzoek is gebruik gemaakt van vakliteratuur, geschreven in handboeken, als ook van juridische literatuur door verschillende auteurs uiteengezet in juridische publicaties. Op deze wijze is geprobeerd het onderzoek vanuit verschillende opinies zo volledig mogelijk te verrichten. Deze juridische onderzoeken geven daarnaast een goede kijk op de achtergrondinformatie. Verder is beschikbare informatie van FNV Bouw bij het onderzoek betrokken, evenals informatie afkomstig uit de verschillende kennisbanken, aangeboden door de Juridische Hogeschool. Ook is gebruik gemaakt van een advies, gegeven door de Raad van State, naar aanleiding van de gepresenteerde wijzigingsvoorstellen aan de Wet Werk en Zekerheid. De Raad van State geeft in haar advies nauwkeurig en onderbouwd aan hoe de Wet Werk en Zekerheid juridisch is opgebouwd en waar in haar opinie door de wetgever wijzigingen moeten worden aangebracht. Dit laat voor het onderzoek op een zeer uitgebreide wijze de structuur van de wet zien. Verder is er bij het bestuderen van de wetteksten gebruik gemaakt van de memorie van toelichting, behorende bij het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid. In de memorie is door de wetgever op uitgebreide wijze gemotiveerd waarom bepaalde keuzes zijn gemaakt en hoe de wet in de praktijk zal gaan werken. Dit is vooral voor hoofdstuk drie, betreffende de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid, relevant. Daarnaast is er gebruik gemaakt van jurisprudentie, behorend bij de verschillende onderwerpen. De jurisprudentie is ingezet om verschillende onderwerpen in het onderzoek ook vanuit de rechtsspraak te bekijken.

Voor het praktische gedeelte van het onderzoek is het meelopen in de praktijk heel belangrijk. Concreet betekent dit dat er met regelmaat door de onderzoeker een bezoek is gebracht aan een bouwplaats. Bewust is de keuze gemaakt om op verschillende bouwplaatsen bezoeken af te leggen, met bovendien allemaal een verschillend soort project. Verder is er door de onderzoeker gekozen om in verschillende delen van Nederland een bezoek af te leggen, omdat de sfeer en bevindingen van plaats tot plaats verschillen en bovendien streekgebonden kunnen zijn. .

De leidinggevend en werknemers ter plaatse kunnen veel ervaring vanuit de praktijk delen en daarom zijn er veel gesprekken geweest tussen de onderzoeker en de werknemers ter plaatse.

Aan hoofdstuk vier is bewust een praktische invulling gegeven, omdat de gevolgen van de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid ook voornamelijk in de praktijk voelbaar zijn en er in de praktijk een gemotiveerd antwoord kan worden gegeven hoe er invulling aan de wijzigingen gegeven zal worden .

Ook de andere zijde, vanuit de werkgever, is onderzocht. Er heeft hiervoor een interview plaatsgevonden met een werkgever, waarin nadrukkelijk ook is gesproken over het algemene beeld van het werkveld en er zijn gesprekken gevoerd met uitvoerders op de bouwplaats, die een mooie schakel vormen tussen de werknemers en de directie van bouwbedrijven. Voor het laatste hoofdstuk is gebruik gemaakt van interne reportages betreffende de onderhandelingen rond cao's. Verder zijn er verschillende cao's door de jaren heen met elkaar vergeleken.

1.8 Vooruitblik

In hoofdstuk twee zal allereerst een uiteenzetting worden gegeven van de **actuele juridische problemen op het gebied van flexwerk** in de bouwsector. Er wordt bekeken hoe werknemers op dit moment werkzaam zijn en welke situaties er voorkomen. In hoofdstuk drie wordt een uiteenzetting gemaakt van de **wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid**. Hierbij wordt de volgorde aangehouden zoals de wijzigingen worden behandeld in de memorie van toelichting. In het tweede gedeelte wordt een advies over de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid, gegeven door de Raad van State behandeld, wordt onderzocht hoe juridische auteurs tegen de wijzigingen aankijken en wordt geanalyseerd hoe FNV Bouw het beste op de wijzigingen kan anticiperen. In hoofdstuk vier wordt onderzocht welke **gevolgen de wijzigingen hebben voor de bouwsector** en in hoofdstuk vijf wordt dit onderzocht met betrekking tot de **Cao voor de Bouwnijverheid**. Ieder hoofdstuk wordt middels een korte inleiding gepresenteerd en wordt middels een tussenconclusie afgesloten.

Hoofdstuk 2 Actuele situatie bouwsector

2.1 Inleiding

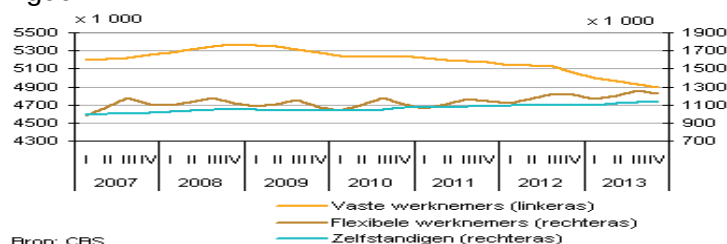
De bouwsector is de afgelopen jaren hard getroffen door de economische crisis. Dit had tot gevolg, dat het aantal werknemers de afgelopen jaren is teruggelopen en het herstel naar verwachting lang gaat duren.¹ De afgelopen jaren zijn er veel, vooral kleine en middelgrote bedrijven geweest die als gevolg van de economische crisis failliet zijn gegaan.

Deze faillissementen hadden veel ontslagen tot gevolg. Het jaar 2014 zal nog niet het jaar zijn dat het beter zal gaan, maar kan worden gezien als een soort tussenjaar. Het kan heel goed zijn dat er dit jaar nog een grote onderneming in de bouwsector failliet gaat, doordat deze ondernemingen de afgelopen jaren al veel van haar financiële reserves hebben moeten gebruiken en dit uiteraard een keer ophoudt.² De crisis heeft daarnaast tot gevolg, dat het aantal jongeren dat kiest voor een bouwgerelateerde opleiding afneemt. Ze worden afgeschrikt door het uitblijven van herstel.³ De afgelopen jaren is er veel veranderd betreffende de traditionele arbeidsverhouding. De tijd dat werknemers gedurende hun hele leven bij een en dezelfde werkgever werkzaam waren, is eerder uitzondering dan regel geworden. Figuur 1.1 toont het percentage flexwerkers onder de Nederlandse beroepsbevolking, gemeten door het Centraal Bureau voor de Statistiek.⁴

Tot 2008 is er een duidelijke stijging waarneembaar van het aantal flexwerkers. Het intreden van de economische crisis zorgt voor het eind van de stijging. Het aantal flexwerkers daalt daarna in 2009, om vervolgens stabiel te blijven. In het laatste kwartaal van 2013 is het aantal werknemers in verhouding afgenomen, maar het aantal flexwerkers gestegen.⁵

Uit onderzoek blijkt dat het aantal werknemers met een flexibele aanstelling in 2020 zal groeien tot een op de drie. In 2013 kan een op de vier werknemers worden gekwalificeerd als een flexwerker.⁶ Flexwerkers zijn kwetsbaar en voor werkgevers makkelijk van rechtswege als eerste te ontslaan en daarom in tijde van crisis aantrekkelijk om in dienst te hebben.

Figuur 1.1



¹ R. de Munnik en K. Pilgram, "Brancheschets Bouw", Amsterdam: UWV, 2012, p 8, vanaf: gelet op de structurele..

² Zie bijlage een

³ R. de Munnik en K. Pilgram, "Brancheschets Bouw", Amsterdam: UWV, 2012, p 1, vanaf: voor wat betreft de vacatures..

⁴ Centraal Bureau voor de Statistiek, positie werkring en arbeidsduur: meer flexwerkers, Den Haag: 4 maart 2014.

⁵ Centraal Bureau voor de Statistiek, positie werkring en arbeidsduur: meer flexwerkers, Den Haag: 4 maart 2014, vanaf : in het vierde kwartaal..

⁶ A. Goudswaard e.a., " Een onderzoek van tno naar flexstrategieën van Nederlandse bedrijven", Hoofddorp: 9 mei 2014, p 2, vanaf: omvang flexibele schil..

Uit onderzoek naar flexwerk is een aantal argumenten naar voren gekomen, waarom er zowel door werkgevers als werknemers wordt gekozen voor een flexibele aanstelling.

- Het gros van de werkgevers maakt van flexibele arbeiders gebruik, om veranderingen in de werkvoorraad op te kunnen vangen en onderbezetting tijdens ziekte in te vullen. Door van deze werkconstructie gebruik te maken, loopt de werkgever relatief weinig risico en kan hij van rechtswege in tijden van crisis gemakkelijk de arbeidsovereenkomst beëindigen. Zeker bij een fluctuerend werkaanbod kunnen werkgevers grote kosten besparen door op een flexibele basis contracten met werknemers aan te gaan.⁷
- De populatie van flexwerkers verandert sterk. Het opleidingsniveau stijgt en de gemiddelde leeftijd daalt. Niet alleen in beroepen waar een lage opleiding voor nodig is, maar ook onder werknemers, die moeten voldoen aan een hoger eisenpakket, stijgt het aantal flexwerkers. Wat opvalt is dat ook onder starters het aandeel werknemers, dat werkzaam is op flexibele basis, hoog is.⁸
- Flexwerkers zijn niet alleen afkomstig vanuit ander flexwerk, maar ook vanuit een vaste baan, of vanuit een situatie van werkloosheid.⁹
- De keuze voor flexwerk is vooral omdat men geen vaste baan kan vinden, of omdat men de vrijheid wil behouden om werk en privé te kunnen combineren.¹⁰

Flexibiliteit is op dit moment een probleem in de bouwsector. Werknemers worden vaak op een slechte manier behandeld. Het besef dat ze juridische gezien volledig gelijk hebben is er wel, maar de angst om het werk te verliezen, is zo groot dat slechte situaties worden geaccepteerd. Situaties die bijvoorbeeld voorkomen, zijn lange reizen die niet worden uitbetaald, overwerk wat niet wordt uitbetaald, kort van tevoren pas horen waar een werknemer de volgende dag wordt verwacht en grote diversiteit hierin en slechte omstandigheden op de bouwplaats zelf.¹¹ Een hoge mate van flexibiliteit hoeft niet per definitie voordelig te zijn voor de werkgever. Aan de ene kant heeft de werkgever minder kosten voor de werknemer, zoals loonkosten of scholingskosten, maar aan de andere kant blijkt dat er ook meer ongelukken op de werkvloer gebeuren, als er sprake is van een hoog percentage flexwerkers. Daarnaast blijkt dat de resultaten van een bedrijf niet beter worden op het moment dat er sprake is van een grote flexibele schil. Voor de toekomst wordt er in de bouw een stijging van het aantal zelfstandigen verwacht. Bij onveranderd beleid groeit het aantal zelfstandigen mogelijk naar 47%. Verder blijkt uit onderzoek, dat de verwachting voor de hele arbeidsmarkt een stijging van het aantal contracten voor bepaalde tijd laat zien. De helft van de ondervraagde bedrijven geeft daarbij aan de komende jaren met nog meer flexibele contracten te willen werken.

⁷ P. de Beer e.a., 'Flexibilisering de balans opgemaakt', Amsterdam: De Burcht, 2011, p 21, vanaf: zeker bij..

⁸ R. Knegt, 'Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hoofddorp: TNO, 2007, p 12, vanaf: een belangrijk..

⁹ R. Knegt, 'Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hoofddorp: TNO, 2007, p 10, vanaf: de populatie..

¹⁰ R. Knegt, 'Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hoofddorp: TNO, 2007, p 23, vanaf: keuze voor..

¹¹ Zie interview bijlage twee

2.2 Wettelijke basis

De periode waarin het eerder regel dan uitzondering was om middels een contract voor onbepaalde tijd werkzaam te zijn, is verleden tijd. Op de huidige arbeidsmarkt werken veel werknemers op flexibele basis. In dit hoofdstuk zal een uiteenzetting worden gegeven van de verschillende wettelijke mogelijkheden, op grond waarvan werknemers op flexibele basis werkzaam zijn en vervolgens wordt er per wettelijke grond een uiteenzetting gegeven van de actuele situatie in de bouwsector.

2.2.1 De arbeidsovereenkomst

Een arbeidsovereenkomst komt tot stand, als is voldaan aan de vereisten van art. 7:610 BW. Artikel 7:610 BW gaat uit van een tweepartijen overeenkomst. Aan de ene zijde de werknemer en aan de andere zijde de werkgever. De werknemer verbindt zich gedurende een zekere tijd middels de arbeidsovereenkomst tot het verrichten van werkzaamheden, tegen betaling van loon door de werkgever.¹²¹³ Van een arbeidsovereenkomst kan slechts sprake zijn in die gevallen, waarin de werknemer de arbeid ook daadwerkelijk persoonlijk verricht. In die zin is ook artikel 7:659 BW van belang, waarin wordt bepaald dat een werknemer zich niet zomaar kan laten vervangen, zonder daarvoor te beschikken over toestemming van de werkgever.¹⁴ Er is sprake van dwingend recht. Concreet betekent dit, dat ook al noemen partijen een aangegane overeenkomst geen arbeidsovereenkomst, dan nog kan dit juridisch wel het geval zijn, op het moment dat er wordt voldaan aan de eisen afkomstig uit artikel 7:610 BW.¹⁵ Vooral het onderscheidende begrip gezagsverhouding, het criterium wat de ondergeschikte positie ten opzichte van de werkgever aangeeft, heeft de afgelopen eeuw een ruimere strekking gekregen.

Er hoeft geen sprake te zijn van feitelijk leiding geven. Er is dan wel sprake van een arbeidsovereenkomst, maar geen sprake van een daadwerkelijke feitelijke gezagsverhouding. Het begrip arbeid uit artikel 7:610 BW wordt in de jurisprudentie wel ruim opgevat en kan zowel lichamelijk als geestelijk van aard zijn.¹⁶ Belangrijk is hier ook nog het arrest Groen/Schoevers. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald, dat er buiten de elementen van artikel 7:610 BW ook moet worden gekeken naar de werkelijke invulling gedaan door de beide partijen.¹⁷ In het arrest Diosynth/De Groot heeft de Hoge Raad nog een aanvulling aan de rechtsregel van Groen/Schoevers gegeven. Deze rechtsregel is van belang, op het moment dat de feitelijke situatie anders uitpakt, dan is overeengekomen in de arbeidsovereenkomst. Belangrijk is hoe er vervolgens door partijen aan de gemaakte afspraken feitelijk invulling wordt gegeven. Wil er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW moeten de partijen ook daadwerkelijk invulling geven aan de afspraken, zoals dit in het contract is overeengekomen.

¹² Art. 7:610 lid 1 BW.

¹³ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 15-17, vanaf: de werknemer moet zich verbinden..

¹⁴ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 17-21, vanaf: de werknemer moet zich verbinden..

¹⁵ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 24, vanaf: in het arrest..

¹⁶ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 24-25, vanaf: de breder uitlegbare gezagsverhouding..

¹⁷ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 24, vanaf: van belang is..

Dit heeft de Hoge Raad bepaald in het arrest Male/Den Hoedt.¹⁸ In deze casus werd door partijen geen invulling gegeven aan de afspraken gemaakt in de arbeidsovereenkomst. Hier was dan ook naar het oordeel van de Raad geen sprake van een arbeidsovereenkomst.¹⁹

Op dit moment is het absoluut niet vanzelfsprekend, dat je als werknemer in de bouwwereld werkzaam bent op basis van een contract voor onbepaalde tijd. Uit eigen waarneming blijkt dat het aantal contracten op onbepaalde basis op veel bouwplaatsen gering is. Ook uit contacten met werkgevers en een apart interview, waarin deze stelling werd bevestigd, blijkt dat op dit moment weinig contracten voor onbepaalde tijd worden aangeboden.²⁰ Werkgevers kunnen in de huidige economische situatie niet zonder een flexibele laag werknemers, omdat er anders niet kan worden ingespeeld op veranderingen in de markt, wat bedrijven kwetsbaar maakt. De concurrentie, vooral ook van buitenlandse bedrijven, is hoog waardoor er tegen een lage prijs voor werk kan worden ingeschreven. Een makkelijke post om op te bezuinigen, is de loonkosten. Landelijk gezien blijkt uit onderzoek van het Centraal Bureau voor de Statistiek eveneens dat het aantal werknemers met een contract voor onbepaalde tijd afneemt.²¹

2.2.2 Contract voor bepaalde tijd

De werknemers met een contract voor bepaalde tijd vormen de grootste groep flexwerkers. Hun aandeel bedraagt drieëntwintig procent en vervolgens blijkt uit onderzoek dat slechts negentien procent van deze werknemers binnen twee jaar een vaste baan heeft.²² Op grond van artikel 7:668 a BW is bepaald, dat een werknemer binnen drie jaren slechts driemaal een contract voor bepaalde tijd mag krijgen. Het volgende contract kan worden gekwalificeerd als een contract voor onbepaalde tijd. Ook als de contracten voor bepaalde tijd een termijn van drie jaren overschrijden, is er sprake van een contract voor onbepaalde tijd. Bij collectieve arbeidsovereenkomst kan op grond van artikel 7: 668 a lid 5 BW van de ketenbepaling worden afgeweken. Doel van deze ketenbepaling is dat er in de loop van de periode zekerheid voor de werknemer ontstaat, in de vorm van een vast contract.²³ In de bouwsector is op dit moment veel sprake van contracten voor bepaalde tijd. Uit observaties en interviews met werknemers op de bouwplaats blijkt dat veel werknemers werkzaam zijn op basis van een tijdelijk contract.

2.2.3 Uitzendovereenkomst

De werkgever en de werknemer zijn partij bij de arbeidsovereenkomst en dienen zich te houden aan de voor hen geldende regels en voorschriften. In het kader van de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid werd aan titel 10 Boek BW een nieuwe afdeling toegevoegd, waaraan een aparte afdeling betreffende de uitzendovereenkomst werd opgenomen. De definitie van een uitzendovereenkomst is op grond van artikel 7:690 BW ruim opgezet. Is er sprake van een uitzendovereenkomst zoals omschreven in artikel 7:690 BW, dan is de contractuele werkgever de werkgever in de zin van titel 10 van Boek 7 BW.

¹⁸ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 25

¹⁹ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 25

²⁰ Zie bijlage 3

²¹ Centraal Bureau voor de Statistiek, positie werkkring en arbeidsduur: meer flexwerkers, Den Haag: 4 april 2014 vanaf : het aandeel personen.

²² F. Burggraaf, Onderzoek FNV Bouw, ' Gewoon goed werk', hoofdstuk 4, p 1, vanaf: binnen twee jaar..

²³ Memorie van toelichting, behorende bij het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid, p 54

Het door werknemers onder gezag van een andere partij, dan de partij welke is aangemerkt als werkgever, verrichten van arbeid, is door de Hoge Raad reeds in het jaar 1943 gehonoreerd.²⁴ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat een arbeidsovereenkomst was blijven bestaan ten tijde van het verrichten van arbeid onder het gezag van een derde werkgever. Belangrijk om te kunnen bepalen of een uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 7: 610 BW is het element gezagsverhouding. Het door het uitzendbureau aan de opdrachtgever overlaten van de nadere invulling van de werkzaamheden van de uitzendkracht, bracht naar het oordeel van de Hoge Raad met zich mee dat er sprake was van een gezagsverhouding. Als er sprake is van een vrijblijvende relatie en de uitzendkracht kan weigeren om bepaalde opdrachten te verrichten, is er naar het oordeel van de Hoge Raad geen sprake van een uitzendovereenkomst.²⁵

Veel werknemers op de bouwplaats worden ingehuurd middels een uitzendovereenkomst. Op het moment dat er werk beschikbaar is, worden ze opgeroepen (vaak zeer kort van tevoren en op veel uiteenlopende bouwplaatsen, met veel reistijd). Tijdens een bezoek aan de bouwplaats is er gesproken met twee werknemers ter plaatse. Hieronder is een aantal bevindingen uit dit gesprek opgenomen.²⁶

De heer De Vries:

“Flexwerk in de bouw betekent: “Als het regent wordt je naar huis gestuurd. Ben je ziek krijg je geen loon doorbetaald. Werkgevers kijken alleen maar naar hun eigen belang. Bij de eerste baan van het uitzendbureau begon de ellende al. Het begon te regenen, we werkten toch maar door, maar al na drie uur werden we naar huis gestuurd. De drie gewerkte uren kregen we niet uitbetaald. Op dit moment redden we het financieel nog wel, maar de werkonzekerheid brengt grote stress met zich mee”.

De heer Peeters:

“Noodgedwongen in een flexsituatie. De onzekerheid hakt er nu pas behoorlijk in. Op zestig jaar zou de VUT in zicht komen, maar dat is nu uiterst onzeker geworden. In oktober 2009 is collectief ontslag aangevraagd, vervolgens was er een terugkomst mogelijk op basis van een maandcontract. De werkgever wilde alleen nog maar werknemers op basis van een uitzendovereenkomst. Soms moet er gewerkt worden op een bouwplaats op drie uren rijden. Daarnaast is ook de band met de andere collega's op de bouwplaats slecht te noemen”.

Uit deze interviews komt een aantal punten naar voren. Betreffende de heer De Vries, kan er gesproken worden van slechte arbeidsvoorwaarden. Er vindt geen doorbetaling plaats bij ziekte en gewerkte uren worden in het belang van de werkgever niet uitbetaald. Betreffende de heer Peeters, is er sprake van grote onzekerheid. De werkgever werkt enkel nog middels contracten voor een korte periode.

²⁴ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 78-80, vanaf: voor alle auteurs..

²⁵ J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' Deventer: Kluwer, 2012, p 79, vanaf: de Hoge Raad formuleerde..

²⁶ De gesprekken hebben plaatsgevonden op woensdag 26 februari . De locatie was bouwplaats “ de Plantage” in Woerden.

2.3 Zelfstandige zonder personeel

Inleiding

Op de huidige arbeidsmarkt is een veel voorkomend fenomeen de zelfstandige zonder personeel (hierna te noemen zelfstandige). Ter vergelijking: in de jaren '90 kon een op de zeventien personen worden gekwalificeerd als een zelfstandige, terwijl in 2010 een op de tien werkzame personen onder deze categorie werknemers viel. Uit onderzoek blijkt bovendien, dat een verdere stijging van het aantal zelfstandigen in de beroepsbevolking waarschijnlijk is.²⁷ Hoe hoger de leeftijd, hoe groter de kans dat iemand zelfstandig is.²⁸ Verder heeft ook een hoge werkloosheid invloed op het aantal zelfstandigen. Naarmate de werkloosheid stijgt, stijgt ook het aantal zelfstandigen.²⁹

Er zijn verschillende definities beschikbaar van het begrip 'zelfstandige'. Vanuit de economische invalshoek wordt er onder andere door het Centraal Bureau voor de Statistiek een omschrijving gegeven: *"Een persoon met als (hoofd)baan het verrichten van arbeid voor eigen risico in eigen bedrijf of in een zelfstandig uitgeoefend beroep en die daarbij geen personeel in dienst heeft"*.³⁰

Ook vanuit de juridische invalshoek is er tot op heden nog geen sprake van een eenduidige definitie.³¹ Begrippen als 'onderneming' en 'ondernemer' zijn in de wetgeving behoorlijk algemeen gedefinieerd. In de jurisprudentie wordt hier een nadere invulling aan gegeven.³² Door de Sociaal Economische Raad is een definitie geformuleerd, die beleidsmatig kan worden gebruikt. Deze luidt: *"Een zzp'er is een ondernemer die geen personeel in dienst heeft"*, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden:

- *Zelfstandigheid bij het inrichten van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan;*
- *Voor eigen rekening verrichten van de werkzaamheden;*
- *Het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst;*
- *Bekendmaking van het ondernemerschap;*
- *Het streven naar meerdere opdrachtgevers.*³³

Cruciaal voor de keuze tussen zzp'er en een vast dienstverband is de keuze tussen het te verwachten risico en de opbrengsten.

²⁷ N. Bosch e.a., 'De huidige en toekomstige groei van het aandeel zzp'ers in de werkzame beroepsbevolking' Den Haag: Centraal Planbureau, 2012, p 2, vanaf: het onderzoek laat zien..

²⁸ N. Bosch e.a., 'De huidige en toekomstige groei van het aandeel zzp'ers in de werkzame beroepsbevolking' Den Haag: Centraal Planbureau, 2012, p3, vanaf: hoe hoger de leeftijd..

²⁹ N. Bosch e.a., 'De huidige en toekomstige groei van het aandeel zzp'ers in de werkzame beroepsbevolking' Den Haag: Centraal Planbureau, 2012, p10, vanaf: voor mannen is werkloosheid..

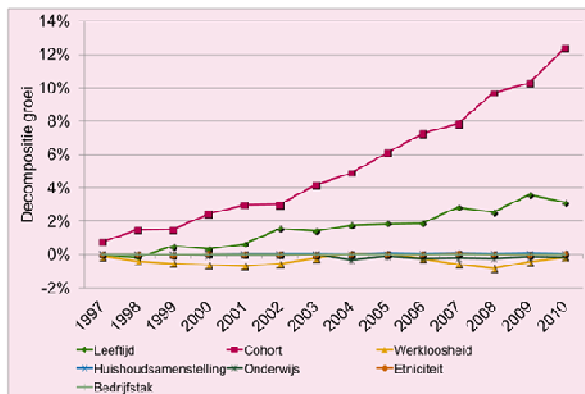
³⁰ F. Cörvers en J. van Thor, 'Flexwerk in Nederland', Maastricht: Universiteit van Maastricht, 2010, p3, vanaf: het CBS hanteert de volgende definitie....

³¹ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p 8, vanaf: ook vanuit de juridische invalshoek..

³² K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p 8, vanaf: de begrippen onderneming en ondernemer..

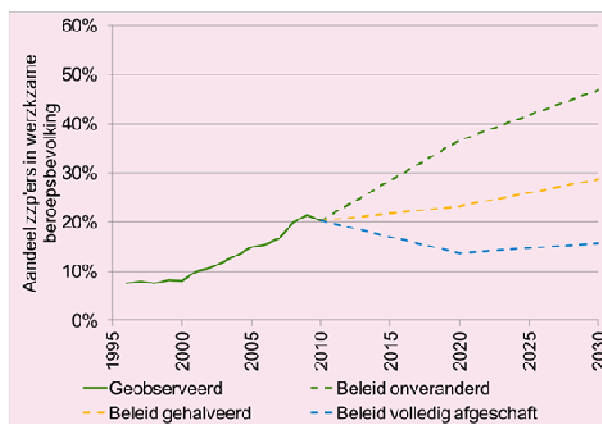
³³ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p 9, vanaf: de Sociaal Economische raad..

Uit cijfers blijkt dat het aantal vrouwelijke zelfstandigen in deze sector nagenoeg is te verwaarlozen. Het aantal mannelijke zelfstandigen is in vergelijking met 1996 in 2010 gestegen van 7.6% naar 20.3%. Dit aantal ligt ver boven het gemiddelde van de andere sectoren.³⁴



Het meest genoemde motief om als zelfstandige aan de slag te gaan, is simpelweg het vooruitzicht om zelfstandig te kunnen opereren. De gezagsverhouding met een werkgever is voor zelfstandigen een argument om de zekerheid van een vaste baan op te zeggen en zelfstandig arbeid te gaan verrichten.³⁵ Daarnaast is een groot deel van de zelfstandigen uit noodzaak zelfstandig geworden. Doordat ze werkloos waren geworden en toch weer aan de slag wilden in de bouwwereld.

Als er wordt vastgehouden aan het huidige beleid, is de verwachting dat het aantal zelfstandigen in de bouw zal groeien tot 47 procent in 2030.³⁶



Er is een aantal criteria waaraan je zelfstandigen gemakkelijker kan herkennen.³⁷ Als eerste criterium kan de vijftien-uren grens worden genoemd. Dit is een grens die onder andere wordt gebruikt door de Belastingdienst om een zelfstandige te herkennen.

³⁴ N. Bosch e.a., 'De huidige en toekomstige groei van het aandeel zzp'ers in de werkzame beroepsbevolking' Den Haag: Centraal Planbureau, 2012, p19, vanaf: in deze paragraaf staan we stil..

³⁵ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p18, vanaf: er zijn verschillende redenen om..

³⁶ N. Bosch e.a., 'De huidige en toekomstige groei van het aandeel zzp'ers in de werkzame beroepsbevolking' Den Haag: Centraal Planbureau, 2012, p22, vanaf: het aantal zelfstandigen in de bouw is..

³⁷ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p 8, vanaf: de criteria die...

De gedachte achter deze grens is dat een zelfstandige voldoende tijd moet investeren in een onderneming om deze rendabel te maken.³⁸ Bij een groot gedeelte van de zelfstandigen is sprake van een relatief laag aantal opdrachtgevers, maximaal drie.³⁹ Vaak bepaalt een zelfstandige zelf zijn werktijden of wordt dit in overleg met de opdrachtgever gedaan en voelt hij zich (redelijk) vrij in de uitvoering van de opdracht.⁴⁰

2.3.1 Schijnzelfstandigheid

In tijden van economische crisis vragen veel bedrijven ontslag aan voor werknemers. Ook de bouw heeft de crisis de afgelopen jaren flink geraakt, de bodem hierin is nog niet bereikt. Vaak wordt de ontslagvergunning door het UWV verleend, omdat het tot de beleidsvrijheid van bedrijven kan worden gerekend om daar wel of niet toe over te gaan.⁴¹ Regelmatig komt het voor dat bedrijven werkzaamheden vervolgens uitbesteden. Van belang is de vraag welke werknemers hiervoor worden gekwalificeerd. Concreet gaat het er om of het gaat om ongedwongen zelfstandigen of zelfstandigen die via een schijnconstructie het predicaat 'zelfstandig' voeren.

Van schijnzelfstandigen is sprake wanneer de werknemers formeel werken als zelfstandigen, maar de feiten en omstandigheden wel wijzen op een arbeidsovereenkomst. De argumenten voor deze constructie zijn de financiële voordelen die ermee te behalen zijn.⁴² Zo worden hierdoor vaak werknemersverzekeringen en arbeidsrechtelijke bescherming ontweken. Uit onderzoek onder zelfstandigen in de bouwsector, in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, blijkt dat tussen de drie en vijf procent van de zelfstandigen in deze sector bestempeld kan worden als een schijnzelfstandige.⁴³

Schijnzelfstandigheid heeft in de praktijk soms schrijnende situaties tot gevolg. Doordat de schijnzelfstandigen dusdanig weinig krijgen uitbetaald, wordt het voor deze werknemers heel lastig om te voldoen aan alle uitgaven, inclusief verzekeringspremies en pensioenafdrachten.

Een praktijkvoorbeeld komt uit het registratiesysteem van FNV Bouw. Medewerkers van FNV Bouw Kolom brengen frequent bezoeken aan bouwplaatsen en komen daardoor veel zaken in de praktijk tegen. Een letterlijk citaat van een medewerker van FNV Bouw Kolom: *"De praktijk is soms vele malen anders, dan dat het in theorie staat beschreven"*.

Uit onderzoek blijkt dat onder zelfstandigen in de bouwwereld het percentage dat vermoedt dat schijnzelfstandigheid vaak voorkomt, hoog is. Ongeveer vijftien procent vermoedt dat schijnzelfstandigheid structureel voorkomt en 25 procent heeft weleens het aanbod gehad om in loondienst te komen, terwijl ze staan geregistreerd als zelfstandigen.

³⁸ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p8, vanaf: hij moet dus niet alleen..

³⁹ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p 9, vanaf: gemiddeld noemen de..

⁴⁰ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p 9, vanaf: de Sociaal Economische raad..

⁴¹ Ontslagprocedure UWV, Beleidsregels en Regelgeving, 'uitbesteding van werk aan echte of schijnzelfstandigen' p 68, vanaf: tegelijkertijd geldt dat als..

⁴² Voortgang aanpak schijnconstructies, 26 november 2013, p 2 , vanaf: van schijnzelfstandigheid is sprake als..

⁴³ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p 17, vanaf: in juni 2012 heeft..

Tabel 3.7 Eigen waarneming schijnzelfstandigheid door respondenten (in procenten van aantal respondenten per branche)⁴⁴

Indicator/criterium zelfstandigheid in de Bouw
Heeft weleens aanbod gehad om in loondienst te komen 25%
Tijdelijk in loondienst geweest op initiatief klant/werkgever 0%
Heeft zelf langdurig fulltime voor één opdrachtgever gewerkt (regelmatig of weleens, periode > 6 maand) in de afgelopen 2 jaar 7%
Schijnzelfstandigheid komt op grote schaal voor 16%
Schijnzelfstandigheid komt op enige schaal voor 23%
Geschat percentage schijnzelfstandigheid in branche (door respondenten) (gemiddelde) 17%
Geschat percentage zzp'ers dat structureel als schijnzzp'er werkt (door respondenten) 15%

De werkgever zal hier alle duidelijkheid over moeten verschaffen. Op het moment dat er geen sprake is van een zelfstandige die voldoet aan de eisen, beschouwt het UWV hem niet als een echte zelfstandige, maar als een schijnzelfstandige. Zij werken veelal tegen slechtere arbeidsvoorwaarden, in vergelijking met werknemers nog werkzaam bij het bedrijf. Op het moment dat voor het UWV duidelijk is dat het gaat om een aanvraag van een werkgever, met als enige doel het vermijden van werkgeverschap, dan weigert het UWV altijd de vergunning.⁴⁵ Naast deze aanvraag komt het bij het UWV regelmatig voor dat werkgevers aangeven dat zij over onvoldoende werk beschikken om de vaste werknemers aan het werk te kunnen houden. Door grote fluctuaties in het werkaanbod ontstaan er zogeheten 'leegloopuren'. Om de werknemers toch aan het werk te kunnen houden, wil de werkgever enkel vaste medewerkers ontslaan. Naast deze vaste werknemers is het in de bouwwereld heel gebruikelijk dat er ook gebruik wordt gemaakt van een flexibele schil. Dit is de categorie werknemers binnen het bedrijf, die door de werkgever alleen kan worden ingehuurd op het moment dat er sprake is van een piek in het werkaanbod. Het UWV verstaat onder flexibele werknemers: "Zij die ervoor zorgen dat het bedrijf zijn personeelsbestand snel kan uitbreiden of inkrimpen afhankelijk van de marktontwikkelingen". Concreet gaat het dus om werknemers met een tijdelijk dienstverband, waar geen loon of vergoeding aan verschuldigd is op het moment dat er geen werk beschikbaar is. Bijvoorbeeld oproepkrachten of uitzendkrachten.

Een zelfstandige moet beschikken over een zogeheten VAR- verklaring. Een VAR-verklaring wordt afgegeven door de belastingdienst, waarmee een zelfstandige kan aantonen, dat hij als zelfstandig getypeerd kan worden. Veel opdrachtgevers zullen om een VAR-verklaring vragen, voordat ze werkzaamheden aan een zelfstandigen zullen uitbesteden.

⁴⁴ K. Zandvliet, 'ZZP tussen werknemer en ondernemer', Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p 34, vanaf: vergelijken we dit beeld met..

⁴⁵ Ontslagprocedure UWV, Beleidsregels en Regelgeving, 'uitbesteding van werk aan echte of schijnzelfstandigen' p 67, vanaf: als een werkgever..

2.3.2 Aanpak schijnzelfstandigheid

Ook het kabinet heeft de noodzaak tot het nemen van maatregelen ingezien en komt met het actieplan 'Schijnzelfstandigheid'. Zo zijn er maatregelen aangekondigd om misbruik van de VAR-verklaring te voorkomen. Via een brief is daarover de Tweede Kamer geïnformeerd.

Er komt een gedeelde verantwoordelijkheid voor de opdrachtgever en opdrachtnemer om tot een juiste invulling van de webmodule over te gaan.⁴⁶ Als er sprake is van opzettelijk verkeerd invullen, kunnen zowel de opdrachtgever als opdrachtnemer worden gesanctioneerd met boetes en naheffingen. Verder wordt er ingezet op handhaving, door een striktere samenwerking tussen de Belastingdienst en de Inspecties Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Er wordt hiervoor een apart team ingericht met vijftien inspecteurs.

Naast deze maatregelen wordt er via de Kamer van Koophandel ingezet op een preventief effect, middels een bestuursverbod.⁴⁷ Dit bestuursverbod moet het voor frauduleuze ondernemingen onmogelijk maken opnieuw een rechtspersoon op te richten. Wettelijk gezien wordt er onderzocht of er iets gedaan moet worden aan het grijze gebied tussen zelfstandig ondernemen en werknemerschap.

Verder wil het kabinet het voor schijnzelfstandigen makkelijker maken om hun rechten te benutten. Dit kan via de weg van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 a BW.⁴⁸ Op dit moment zijn veel mensen niet op de hoogte van deze mogelijkheid. Middels een informatiecampagne moeten meer mensen hiervan op de hoogte raken. Verder wordt er onderzocht of de toegang tot de rechter kan worden verbeterd.

Het laagdrempeliger maken van de rechtsgang, wil het kabinet bereiken door het introduceren van een verzoekschriftprocedure in plaats van een dagvaarding. Een verzoekschrift moet aan minder eisen voldoen, waardoor de toegang tot de civiele rechter wordt vergemakkelijkt.

Naast deze maatregelen zet het kabinet in op bestrijding van ontduiking van het minimumloon. Een belangrijke maatregel is het invoeren van een civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid.⁴⁹ Hierdoor kunnen opdrachtgevers of hoofdaannemers aansprakelijk worden gesteld voor betaling van het cao-loon of voor het loon dat is overeengekomen. In de praktijk komt het voor dat een onderaannemer die werknemers onderbetaalt, ineens is verdwenen. Als dan een opdrachtgever aansprakelijk kan worden gesteld voor het niet betalen van het loon, kan de werknemer alsnog het loon ontvangen waar hij recht op heeft.

Voor opdrachtgevers en aannemers die wel op een gewone wijze het loon uitbetalen en zich dus aan de regels houden, wil het kabinet niet dat zij slachtoffer worden van slecht betaalgedrag in een andere schakel uit de keten. Daarom is er de mogelijkheid voor deze opdrachtgevers en aannemers om zich te vrijwaren. Het kabinet verwacht dat van deze civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid een sterk preventieve werking uit zal gaan.

⁴⁶ Voortgang aanpak schijnconstructies, 26 november 2013, p 2, vanaf: er komt een gedeelde verantwoordelijkheid..

⁴⁷ Voortgang aanpak schijnconstructies, 26 november 2013, p 6, vanaf: om de rol van de Kamer van Koophandel..

⁴⁸ Voortgang aanpak schijnconstructies, 26 november 2013, p 6, vanaf: in het actieplan heeft het kabinet..

⁴⁹ Voortgang aanpak schijnconstructies, 26 november 2013, p 6, vanaf: ontduiking van de Wml gaat ten koste van..

2.3.3 Praktijkvoorbeeld schijnzelfstandige

Netwerkers van FNV Bouw komen dagelijks op de bouwplaatsen in Nederland en komen zodoende voorbeelden uit de theorie ook daadwerkelijk in de praktijk tegen. Ter illustratie uit de praktijk zullen hier enkele fragmenten uit een praktijkregistratie worden opgenomen, afkomstig van een grote bouwplaats, van twee medewerkers van een middelgroot bouwbedrijf.⁵⁰

Het eerste wat opvalt in de registratie is de veronderstelling van de zelfstandige, dat er op dit moment ongeveer 50.000 werknemers in de bouw thuis zitten. De geregistreerde werkt zodoende nu noodgedwongen als zelfstandige, altijd voor dezelfde opdrachtgever. De prijs waarvoor er wordt gewerkt, wordt door de opdrachtgever bepaald. Op het moment dat de zelfstandige daar een opmerking over maakt, heeft hij grote kans om het werk kwijt te raken.

“Momenteel werken wij noodgedwongen als zelfstandige. Dit jaar heeft onze werkgever collectief ontslag aangevraagd. Tot ons ongenoegen is de grond van het ontslag, bedrijfseconomische redenen, door het UWV geaccepteerd. De werkgever beweerde dat in het vervolg de directie al het uitvoerende werk zou gaan doen. Voor ons was er geen andere keuze dan als zelfstandige aan de slag te gaan. We stonden met onze rug tegen de muur”.

De tweede werknemer is eveneens als zelfstandige werkzaam voor een groot aantal verschillende werkgevers. “De prijs waarvoor we werken wordt gewoon bepaald. Als we het er niet mee eens zijn, hoeven we niet te komen. De werknemer ontvangt op dit moment tussen de acht en dertien euro per uur. Naast het uurtarief, geldt er ook nog een stukloon. We worden als zelfstandigen betaald voor zestienhonderd stenen. Bij een tekort van het aantal stenen gaat het uurtarief naar beneden”.

⁵⁰ Zie bijlage vier

2.4 Payrolling

In korte tijd zijn steeds meer bedrijven gebruik gaan maken van payrolling. De verwachting is dat er in 2015 in totaal 215.000 werknemers werkzaam zijn op basis van een payroll overeenkomst. In vergelijking, het aantal werknemers op deze basis lag in 2009 op 144.000 werknemers. Het ter beschikking stellen van werknemers aan opdrachtgevers is de hoofdactiviteit van een payroll bedrijf.⁵¹ Uit onderzoek blijkt dat de flexibiliteitsbehoefte van de inlener de belangrijkste reden is om gebruik te maken van payrolling. Op plaats nummer twee staat de verbetering van processen, zoals de salarisadministratie. Minder grote financiële risico's, bijvoorbeeld tijdens ziekte staan op plaats drie.⁵²

Het volgende voorbeeld van een kleine onderneming kan de aantrekkelijkheid van payrolling voor werkgevers illustreren. Bij een kleine startende onderneming kan een payroll bedrijf, zeker in een economisch moeilijke situatie, dienen als een vangnet. Op het moment dat een werknemer ernstig ziek wordt, moet een werkgever voldoen aan de zogeheten loondoorbetalingsverplichting. In het bijzonder voor een kleine ondernemer kan het funest zijn om door te moeten betalen voor een werknemer, terwijl er aan de andere kant geen inkomsten binnenkomen, behaald door deze werknemer. Het payroll bedrijf zorgt voor een betaling per uur en de ondernemer betaalt het payroll bedrijf een toeslag.⁵³

Veel bedrijven noemen zich een payroll bedrijf, de activiteiten verschillen echter en daardoor ook de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers. De kern van het in de juridische literatuur gesignaleerde probleem is dat werknemers formeel een arbeidsovereenkomst krijgen met de payroll onderneming, maar feitelijk gezien permanent bij de inlener worden gedetacheerd.⁵⁴

Overigens hebben de Vereniging van Payroll ondernemingen en haar leden het standpunt dat een payroll overeenkomst is onder te brengen onder artikel 7:690 BW, het artikel betreffende de uitzendovereenkomst. Belangrijk element hierbij is de afgezwakte ontslagbescherming op grond van artikel 7:691 BW.⁵⁵ Vooral van belang in de eerste 26 weken van de uitzendovereenkomst, op grond van artikel 7:691 lid 2 en lid 3 BW, omdat er tijdens deze periode kan worden overeengekomen dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de terbeschikkingstelling met de inlener ophoudt.

De vereniging is van oordeel dat de payroll overeenkomst voldoet aan de eisen die door de Wetgever wordt gesteld aan een uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW.⁵⁶

⁵¹ L. Verburg, 'Payrolling: over duiding en verbinding', *Ars Aequi*, december 2013, p 908, vanaf: wat is payrolling..

⁵² M.E. Winnubst en P. Vroonhof, "Payroll-services in Nederland, Bekendheid, markt en marktpotentie", Zoetermeer: EIM, 2010, p 19, vanaf: motivatie gebruik op ..

⁵³ L. Verburg, 'Payrolling: over duiding en verbinding', *Ars Aequi*, december 2013., p 909, vanaf: juist bij de vele..

⁵⁴ M.W.A.M. van Kempen, ' Over de zoektocht naar een eenduidige benadering van de rechtsbescherming van de payrollwerknemer', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, p 240, vanaf: de kern van..

⁵⁵ L.A. Hoen, ' De payroll overeenkomst, een onrustig bezit', *School en Wet*, p 13, vanaf: payrolling wordt niet in de wet omschreven..

⁵⁶ L.A. Hoen, ' De payroll overeenkomst, een onrustig bezit', *School en Wet*, p 13, vanaf: de vereniging van Payrollondernemingen..

In de juridische literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of de payroll overeenkomst is te kwalificeren als een uitzendovereenkomst. Verschillende auteurs geven aan dat de allocatieve functie bij payrolling ontbreekt en er daarom geen sprake is van een uitzendovereenkomst.⁵⁷ De woorden *“in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf”* uit art. 7:690 BW impliceren, dat de werkgever zich in het kader van de allocatieve functie fulltime dient bezig te houden met het bij elkaar brengen van de vraag naar werk (werknemers) en het aanbod van werk (werkgevers).⁵⁸ Een argument aan de andere zijde is de memorie van toelichting behorende bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Hierin wordt door de wetgever beoogd dat alle driehoekrelaties die voldoen aan het bepaalde in art. 7: 690 BW kunnen worden gekwalificeerd als uitzendovereenkomst. Hier wordt het vereiste van allocatie niet gesteld.⁵⁹ Verder blijkt uit de rechtspraak dat de rechter vrijwel altijd van oordeel is dat er sprake is van een uitzend- of arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de payrollondernemer.⁶⁰

2.4.1 Verschillende payrolling bedrijven

Er zijn verschillende soorten payrolling bedrijven te onderscheiden⁶¹. Allereerst kan de categorie bedrijven worden benoemd, die enkel de salarisadministratie overnemen. De werknemers blijven volledig in dienst van de eigen onderneming. Er ontstaat daardoor in juridische zin ook geen arbeidsrechtelijke band tussen het payrolling bedrijf en de werknemers.⁶² Daarnaast zijn er payrolling bedrijven die fungeren als een soort uitzendbureau. De werknemers komen in dienst van het payrolling bedrijf en worden tijdelijk te werk gesteld bij een afnemer. Er is hier sprake van een tijdelijke overeenkomst met het payrolling bedrijf, doordat het de bedoeling is dat de werknemer na een bepaalde periode in dienst treedt van de inlener.⁶³ Verder kan de constructie worden onderscheiden, waarbij een werknemer door een payrolling bedrijf bij een inlener aan het werk wordt gesteld, met de bedoeling dat de werknemer blijvend in dienst blijft bij de inlener. De beoogde arbeidsrelatie tussen het payrolling bedrijf en de werknemer is blijvend.⁶⁴

⁵⁷ J.P.H. Zwemmer, “Waarom de payrollondernemer geen (uitzend) werkgever is”, Tijdschrift Recht en Arbeid, februari 2009, p 6, vanaf: de woorden in het kader van..

⁵⁸ J.P.H. Zwemmer, “Waarom de payrollondernemer geen (uitzend) werkgever is”, Tijdschrift Recht en Arbeid, februari 2009, p 6, vanaf: blijkens de wetsgeschiedenis..

⁵⁹ Y.A.E. van Houte, “Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil” ArbeidsRecht, juli 2011, p 10, vanaf: naar de letter van..

⁶⁰ Y.A.E. van Houte, “Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil” ArbeidsRecht, juli 2011, p 10-11, vanaf: uit de rechtspraak over..

⁶¹ M.A. Kuyt- Fokkens, ‘Payrolling: uitkomst of toch niet?’ Nederlands Juristenblad, p 1, vanaf: om dit te illustreren..

⁶² M.a> Kuyt- Fokkens, ‘Payrolling: uitkomst of toch niet?’ Nederlands Juristenblad, p 1, vanaf: payrolling bedrijven die alleen de salarisadministratie....

⁶³ M.a> Kuyt- Fokkens, ‘Payrolling: uitkomst of toch niet?’ Nederlands Juristenblad, p 1, vanaf: payrolling die als een soort uitzendbureau fungeren..

⁶⁴ M.a> Kuyt- Fokkens, ‘Payrolling: uitkomst of toch niet?’ Nederlands Juristenblad, p 1, vanaf: payrolling bedrijven die werknemers in dienst nemen..

Tot slot kan de constructie worden onderscheiden, waarbij er eveneens sprake is van een blijvende arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en het payrollbedrijf, waarbij de werknemer ook bij een inlener werkzaam is. Er is bij deze constructie sprake van een werkgever, die alleen nog maar wil werken met werknemers in dienst van dit payrollbedrijf.⁶⁵

Bij de eerst beschreven constructie zal er in arbeidsrechtelijke zin voor de werknemers niks veranderen. Ze blijven in dienst bij hun eigen werkgever. Vanaf de tweede constructie is er sprake van een arbeidsovereenkomst bij het payrollbedrijf. Bij de tweede constructie is de werknemer min of meer op uitzendbasis werkzaam bij de inlener. Als de werknemer niet bevalt eindigt in de regel de arbeidsovereenkomst tussen hem en het payrollbedrijf. De derde en de vierde categorie onderscheiden zich, doordat het hier de bedoeling is dat de werknemer blijvend werkzaam is bij de inlener. In de bouwsector wordt momenteel veel gebruik gemaakt van payrollbedrijven. Voor werknemers betekent dit in de regel slechtere arbeidsvoorwaarden, dan bij de oude werkgever.

De Hoge Raad heeft nog geen uitspraak gedaan of de payroll overeenkomst kan worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. In de literatuur wordt aansluiting gezocht bij het Albron-arrest, gewezen door de Hoge Raad op 8 april 2013. In dit arrest werd er door de Hoge Raad bepaald, dat bij een overgang van onderneming het voor de rechten en plichten van de werknemers niet nodig is dat er sprake is van een formele arbeidsovereenkomst. Werknemers op basis van een payroll overeenkomst hebben grote raakvlakken met de werknemers, bedoeld in dit arrest. Mede met het oog op dit arrest lijkt het aantrekkelijke van de payroll constructie daarom steeds meer te verdwijnen. De flexibiliteit die de payroll constructie voor werkgevers vaak aantrekkelijk maakt, lijkt niet langer van kracht te zijn.

2.4.2 Kantonrechters

Payrolling komt steeds meer onder druk te staan. De gedachte was altijd dat werkgevers gemakkelijker afscheid konden nemen van werknemers op basis van een payroll overeenkomst, dan van arbeidskrachten die rechtsreeks bij de organisatie betrokken waren. Kantonrechters laten zich steeds vaker kritisch uit over deze formule en oordelen dat er door de constructie moet worden heengekeken.⁶⁶ Er is dan concreet geen sprake van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en het payrollbedrijf, maar tussen het bedrijf waar de arbeider tijdelijk werkzaam is en de werknemer, zo werd bijvoorbeeld geoordeeld door de kantonrechter in Enschede.⁶⁷ Een andere uitspraak in deze lijn werd gedaan door de kantonrechter in Rotterdam. Voor het toepassen van het afspiegelingsbeginsel moest er uit worden gegaan van de situatie bij de opdrachtgever, niet van de situatie van het payroll bedrijf. De relatie tussen de werknemer en de onderneming die hem feitelijk te werk stelde, werd door de kantonrechter belangrijker geacht.⁶⁸

⁶⁵ M.a> Kuyt- Fokkens, 'Payrolling: uitkomst of toch niet?' Nederlands Juristenblad, p 1, vanaf: payrollbedrijven die..

⁶⁶ E. Bevers, 'Payrolling een korte update', oktober 2013, pag 1, vanaf: payroll komt steeds meer onder druk te staan..

⁶⁷ Rb Enschede, 21 maart 2013, ECLI: NL: RBOVE:2012:BZ6630

⁶⁸ Rb Rotterdam, 21 december 2012, JAR 2013/46

2.5 Tussenconclusie hoofdstuk 2

Het aantal contracten op flexibele basis stijgt nog steeds. Uit eigen waarneming blijkt dat er op dit moment in de bouwsector weinig contracten voor onbepaalde tijd worden afgesloten. Contracten voor bepaalde tijd, op grond van artikel 7: 668 a BW, komen veel vaker voor. Daarnaast worden veel werknemers in de bouwsector momenteel ingehuurd middels een uitzendovereenkomst op grond van artikel 7: 690 BW. Een veel voorkomend fenomeen momenteel op de arbeidsmarkt is zelfstandigen zonder personeel. In korte tijd zijn steeds meer bedrijven gebruik gaan maken van payrolling.

In het volgende hoofdstuk zal ingegaan worden op de vraag, wat de belangrijkste verschillen zijn tussen de oude en de nieuwe wetgeving.

Hoofdstuk 3 Wijzigingen Wet Werk en Zekerheid

3.1 Inleiding

Op 1 januari 1999 trad de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in werking. Destijds wilde de wetgever inspelen op ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. De benodigde flexibiliteit voor werkgevers moest daarin hand in hand gaan met zekerheid voor werknemers.⁶⁹ De afgelopen jaren laten de cijfers een stijging zien van het aantal werknemers met een flexibele aanstelling. Dit komt onder meer door een groei van het aantal zelfstandigen en bovendien was de komst van de payrollconstructie niet voorzien bij de invoering van de Wet Werk en Zekerheid.

Een flexibele aanstelling hoeft niet altijd te worden gekwalificeerd als negatief. Dergelijke arbeidsovereenkomsten bieden werknemers de mogelijkheid om zelf de regie te voeren, verder leiden ze tot een laagdrempelige toegang tot de arbeidsmarkt en bieden werkgevers de nodige flexibiliteit.⁷⁰ Dit wordt echter een probleem, op het moment dat werknemers voor een langere tijd in de flexibele schil werkzaam zijn en niet meer in staat zijn om hier uit te geraken. Vooral voor werknemers met een zwakke arbeidspositie, is het moeilijk om door te stromen naar een contract voor onbepaalde tijd, omdat het voor deze groep lastig is om een nieuwe baan te kunnen vinden. Er is een aantal factoren te onderscheiden, die van invloed zijn op de zwakke arbeidsmarktpositie.⁷¹

- Het beroepsperspectief, is er sprake van een overschot of een tekort aan werknemers in een bepaalde branche;
- De arbeidsmarktkwalificaties, beschikt een werknemer over een brede opleiding of is er sprake van een beperkte inzetbaarheid. Verder speelt ook werkervaring bij de beoordeling een rol;
- Persoonlijke kwalificaties, specifieke vaardigheden en
- Alle persoonlijke omstandigheden, zoals leeftijd en medische omstandigheden.

Het begrip 'zwakke arbeidsmarktpositie' wordt beschreven in het Uitvoeringsbesluit, behorende bij art. 4:2 lid 6 Ontslagbesluit. Op grond van dit artikel kan er tijdens een ontslagprocedure van het afspiegelingsbeginsel worden afgeweken, als de arbeidsmarktpositie van de volgende werknemer in rij beter is. De werkgever kan dan op grond van een zwakke arbeidsmarktpositie gemotiveerd, de werknemer met een gunstige arbeidsmarktpositie, voor ontslag voordragen. In deze situatie kan het UWV besluiten om de werkgever te volgen en voor de werknemer met een gunstige arbeidsmarktpositie een ontslagvergunning te verlenen.⁷² In de praktijk wordt er door het UWV weinig van deze bevoegdheid gebruik gemaakt, omdat vaak de gegevens van de volgende werknemer onvoldoende zijn en het UWV niet het verwijt wil krijgen, dat ze de procedure onnodig heeft vertraagd.⁷³

⁶⁹ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 51, vanaf: op 1 januari 1999. (MvT)

⁷⁰ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 51, vanaf: flexibele contracten zorgen voor. (MvT),

⁷¹ Beleidsregels Ontslagtaak UWV april 2014, p 3, vanaf: factoren die de arbeidsmarktpositie bepalen.

⁷² Beleidsregels Ontslagtaak UWV april 2014, p 2, vanaf: afwijking van het afspiegelingsbeginsel.

⁷³ Beleidsregels Ontslagtaak UWV april 2014, p 2, vanaf: in de ontslagpraktijk wordt.

Uit de jurisprudentie kan hierbij een uitspraak van de sector kanton als voorbeeld dienen. Verzoeker heeft in deze zaak op grond van gewijzigde feiten en omstandigheden ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een van haar werknemers verzocht, onder aanbieding van een vergoeding overeenkomstig de kantonrechttersformule.

De verwerende partij beroept zich op art. 4:2 lid 6 Ontslagbesluit. De kantonrechter is in casus van oordeel dat de zwakke arbeidspositie van verweerder aannemelijk is te noemen en dat de volgende werknemer in rij voor ontslag kan worden voorgedragen.⁷⁴

De kans op een langer verblijf in de flexibele schil is de afgelopen jaren toegenomen van tien naar ruim 30 procent in 2010.⁷⁵ De regering acht het noodzakelijk om een oneigenlijk verblijf in de flexibele schil terug te brengen, zeker waar dit wordt veroorzaakt door een oneigenlijk gebruik van flexcontracten.⁷⁶ Langdurig gebruik van flexibele contracten is ook het gevolg van aantrekkelijke kostenvoordelen voor de werkgever. Er is sprake van minder verplichtingen bij ziekte of bij het beëindigen van de arbeidsrelatie.

Een langer verblijf in de flexibele schil brengt de nodige nadelen met zich mee voor werknemers. Enkele daarvan zijn: minder carrièreperspectieven, een hoger beroep op de WW en bovendien een lagere bereidheid van werkgevers om te investeren in scholing.⁷⁷ De opinie van het kabinet is, dat door het verkleinen van het verschil tussen flexibele werknemers en vaste werknemers, met name op het kostenaspect, een terugdringing van het aantal flexibele contracten kan worden bewerkstelligd.⁷⁸

Het kabinet heeft hiervoor de volgende speerpunten opgesteld:

- Aanpassing duur ketenbepaling op grond van art. 7:668a BW;
- Mogelijkheid van een proeftijd, bij contracten korter dan zes maanden wordt geschrapt op grond van art. 7:652 lid 4 BW;
- Concurrentiebeding bij korte contracten voor bepaalde tijd, wordt eveneens geschrapt op grond van art. 7:653 lid 1 BW;
- Begrenzing uitzendbaarheid werknemer, door afwijkingen middels cao te beperken op grond van art. 7:691 lid 7 BW;
- Verkorten termijn uitsluiting loondoorbetalingsverplichting op grond van art. 7:628 lid 5 BW en
- Introductie aanzegtermijn bij het niet verlengen van contracten langer dan zes maanden op grond van art. 6:668 lid 1 BW.

In de onderstaande paragrafen zal een uiteenzetting van de bovenstaande wijzigingen worden gemaakt.

⁷⁴ Rb 'Zwolle/ Lelystad, ktr, 30 november 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AU7235.

⁷⁵ A. Heyma en S. van der Werff, 'De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers', Amsterdam: SEO, 2013, p 10, vanaf: cijfers van het centraal bureau voor de statistiek..

⁷⁶ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 51, vanaf: de regering acht het noodzakelijk.. (MvT).

⁷⁷ R. Euwals en F. Cörvers, Labour Market Flexibility in the Netherlands, Den Haag: CPB, 2011, p 14, vanaf: the study offers..

⁷⁸ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 54, vanaf: langdurig gebruik van flexibele contracten.. (MvT),

3.2 Aanpassing ketenbepaling en mogelijkheid om bij cao af te wijken

Doel van de ketenbepaling is, dat in de loop van de tijd werknemers zekerheid krijgen in de vorm van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De ketenbepaling op grond van art. 7:668a BW bepaalt op dit moment, dat werknemers na het derde contract voor bepaalde tijd, of als een periode langer dan drie jaar is overschreden, in aanmerking komen voor een contract voor onbepaalde tijd. Tijdelijke contracten worden als opeenvolgend gezien, wanneer er geen sprake is van een drie maanden durende periode tussen twee afzonderlijke contracten. Bij collectieve arbeidsovereenkomst kan er door de sociale partners een gunstigere bepaling overeen gekomen worden. Ook ten nadele van de ketenbepaling kan worden afgeweken op grond van art. 7:668a lid 5 BW. Toegepast op de bouw, is er in de CAO voor de Bouwnijverheid, geldig tot en met 31 december 2014, een bepaling opgenomen omtrent een contract voor bepaalde tijd in art. 17.⁷⁹ In afwijking van het huidige art. 7:668a BW is het laatste arbeidscontract voor bouwmedewerkers een contract voor onbepaalde tijd, op het moment dat de contracten elkaar hebben opgevolgd, zonder een tussenperiode van drie maanden en er een termijn van 24 maanden is overschreden. Of er is sprake van meer dan drie contracten, zonder een periode tussen twee afzonderlijke contracten van meer dan drie maanden. Als extra voorbehoud is er in art. 17 sub b cao Bouwnijverheid een bepaling opgenomen, waardoor een werkgever niet over mag gaan tot het betrekken van een uitzendkracht, op het moment dat hij een contract voor bepaalde tijd met een werknemer niet heeft verlengd, terwijl er bij verlenging geen sprake zou zijn van een contract voor onbepaalde tijd, tenzij er sprake is van een verwijtbaar ontslag.⁸⁰ Deze bepaling is opgenomen als extra bescherming voor werknemers, werkzaam onder contract voor bepaalde tijd.

Inmiddels zijn de wijzigingen betreffende de ketenbepaling op achttien februari 2014 door de Tweede Kamer aangenomen. De volgende stap bij het aannemen van de wet, is instemming van de Eerste Kamer. Het voornemen is om art. 6:668a BW te wijzigen, zodat de ketenbepaling totaal een mindere lange periode kan duren. Dit wordt bewerkstelligd door het aantal maanden, genoemd in lid 1 van art. 6:668a BW, te verminderen van 36 naar 24.⁸¹ Verder beperkt het voorstel de mogelijkheid om onbeperkt bij cao af te wijken. Er zijn in het voorstel nog slechts vier situaties denkbaar, waarin er van de hoofdregel kan worden afgeweken. Deze vier afwijkingsmogelijkheden zullen nu allereerst worden behandeld.

Allereerst is er de uitzondering waarneembaar, die mogelijk is op grond van het toekomstige art. 7:668a lid 5 BW. Dit lid zal bepalen dat bij cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan een verlenging van het aantal maanden kan plaatsvinden, waarin contracten voor bepaalde tijd kunnen worden verstrekt.⁸² De termijn van 24 maanden, bedoeld in 7:668a lid 1, kan op grond daardoor worden verlengd naar 48 en het aantal van drie contracten kan daardoor worden verlengd naar zes. Het moet dan concreet gaan om een uitzendovereenkomst, als bedoeld in art. 7:690 BW, na de periode bedoeld in art. 7:691 BW, op grond van art. 7:668a lid 5 onder a. Of een functie, waarin de intrinsieke aard van de functie deze verlenging of verhoging eist op grond van art. 7:668a lid 5 onder b BW. Met de zogenaamde intrinsieke sector worden bedrijfstakken bedoeld, waar er praktisch niet anders gewerkt kan worden, dan met contracten voor bepaalde tijd.

⁷⁹ Cao voor de Bouwnijverheid, pag 20, bepaling nummer 4. Cao is verlengd op 10 maart 2014.

⁸⁰ Cao voor de Bouwnijverheid, pag 20, bepaling nummer 4. Cao is verlengd op 10 maart 2014.

⁸¹ Kamerstukken I 2013/2014, 33818 A, p 6, vanaf: in het eerste lid wordt..

⁸² Kamerstukken I 2013/ 2014, 33818 A, p 6, vanaf: het vijfde lid komt te luiden..

Bijvoorbeeld sectoren die op projectbasis worden gefinancierd. Een logisch gevolg is, dat aan het einde van het project ook het contract voor bepaalde tijd zal eindigen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de sectoren media of cultuur.⁸³

Als tweede is er een uitzondering mogelijk voor bestuurders van een rechtspersoon. Op het moment dat er een koerswijziging plaatsvindt binnen een dergelijke organisatie, is het soms wenselijk om de arbeidsovereenkomst met de betreffende bestuurder te kunnen beëindigen. Het gaat dan bijvoorbeeld om bestuurders van zorg- of onderwijsinstellingen. De nadelen die door werknemers worden ondervonden, als gevolg van een lang verblijf in de flexibele schil, gelden volgens het wetsvoorstel niet voor deze groep werknemers. Deze afwijkingsmogelijkheid is door de wetgever opgenomen in het nieuwe art. 6:668a lid 7 BW. Als derde afwijkingsmogelijkheid kunnen bepaalde sectoren worden onderscheiden, waar uitsluitend met contracten voor bepaalde tijd wordt gewerkt. In dit voorbeeld kan het profvoetbal worden genoemd, op grond van het nieuwe art. 6:668a lid 8 BW. De minister van sociale zaken kan deze sectoren bij ministeriële regeling aanwijzen.⁸⁴ Als vierde wordt er een afwijking mogelijk gemaakt, in het belang van bijvoorbeeld een opleiding. Tot op dit moment kon dit worden ondervangen, doordat er middels cao onbeperkt van art. 7: 668a kan worden afgeweken. In de toekomst wil de wetgever deze mogelijkheid beperken, maar maakt voor opleidingen een uitzondering op grond van het toekomstige art. 7: 668a lid 9 BW.⁸⁵

In de tweede plaats worden de regels betreffende de periode tussen twee afzonderlijke contracten veranderd. De actuele situatie laat zien, dat werkgevers na drie maal een contract voor bepaalde tijd werknemers gedurende een termijn van drie maanden ontslaan.⁸⁶ Na afloop van deze termijn van drie maanden kan er een nieuwe serie contracten voor bepaalde tijd worden aangegaan. De werknemer is hierdoor opnieuw de dupe van een lange periode van werkonzekerheid. Om de kans op een vaste aanstelling te vergroten, wordt deze termijn in het wetsvoorstel opgerekt naar zes maanden.⁸⁷ Verder wordt ook niet de mogelijkheid gegeven om middels cao af te wijken

Tot slot is bepaald dat de ketenbepaling niet van toepassing is voor werknemers, die de leeftijd van achttien jaren nog niet hebben bereikt. Tot het achttiende jaar geldt in principe nog een leerplicht.⁸⁸

⁸³ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 55, vanaf: hierbij kan bijvoorbeeld worden..(MvT),

⁸⁴ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 56, vanaf: naast deze algemene afwijkingsmogelijkheid..(MvT),

⁸⁵ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 56, vanaf: ook wordt er afwijkingsmogelijkheid..MvT),

⁸⁶ Zie bijlage 5

⁸⁷ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 56, vanaf: om de kans op een..(MvT),

⁸⁸ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 57, vanaf: tot slot is bepaald..(MvT),

3.3 Proeftijd

Een contract voor bepaalde tijd brengt voor werknemers onzekerheid met zich mee. Deze onzekerheid wordt in de huidige wetgeving vergroot, doordat werkgevers een proeftijd overeen kunnen komen voor de duur van een maand op grond van art. 7:652 lid 4 BW en de werknemer geniet tijdens de proeftijd geen ontslagbescherming. Bij contracten voor de duur korter dan zes maanden, wordt er in de toekomstige wetgeving een eind gemaakt aan de proeftijd. De wetgever vindt dat de werknemer een keuze moet maken tussen óf een contract van ten hoogste zes maanden, zonder proeftijd, óf een contract langer dan een half jaar met een proeftijd.⁸⁹ Op deze plaats kan nog worden verwezen naar jurisprudentie, die het gebruik van meerdere proeftijden, bij opeenvolgende contracten, bestempeld als nietig.⁹⁰ Een arrest wat kan worden gezien binnen het gebied van de bouw, is het arrest Dingler/ Merkelbach. In het arrest, gewezen door de Hoge Raad op elf mei 2012, wordt naar dit arrest in de noot verwezen, in het kader van opvolgend werkgeverschap. In het arrest Dingler/Merkelbach was Dingler eerst middels een uitzendovereenkomst als houtbewerker bij Merkelbach werkzaam. Vervolgens werd er een contract voor de duur van zes maanden overeengekomen, met daarin een proeftijd van twee maanden. Het werk wat Dingler zou gaan verrichten was gelijk aan dat tijdens de uitzendperiode, namelijk houtbewerker. Vervolgens werd Dingler binnen de twee maanden ontslagen en verwees de werkgever naar de proeftijd. De vraag was hier, of er sprake was van een gerechtvaardigde proeftijd, nu Dingler zich al had bewezen als uitzendkracht en het ging om dezelfde werkzaamheden. De Hoge Raad gaf in deze zaak de werknemer gelijk, omdat er naar oordeel van de Raad sprake was van een opvolgend werkgeverschap. Een proeftijd was dan ook naar het oordeel van de Raad nietig.⁹¹

3.4 Concurrentiebeding

Het huidige art. 7:653 lid 1 BW benoemt slechts twee voorwaarden waar een werkgever aan moet voldoen bij het afsluiten van een concurrentiebeding. Allereerst moet er sprake zijn van een meerderjarige werknemer en ten tweede moet het gaan om een schriftelijke overeenkomst. Een dergelijk beding kan het voor werknemers onmogelijk maken, of slechts onder de in het beding opgenomen voorwaarden mogelijk maken, om bij een nieuwe werkgever aan het werk te gaan.⁹² Op grond van art. 7:653 lid 2 BW is het voor een rechter wel mogelijk om een concurrentiebeding te matigen of te wijzigen, als de belangen van de werkgever niet in verhouding staan tot het nadeel wat de werknemer van het beding ondervindt. Daarnaast kan de rechter op grond van art. 7:653 lid 4 bepalen, dat de werkgever een vergoeding verschuldigd is over de periode waarin de werknemer in belangrijke mate wordt belemmerd om werkzaamheden te verrichten voor een andere werkgever. Het belang van de werkgever bij het afsluiten van een concurrentiebeding kan gelegen zijn in het voorkomen van uitlekken van bedrijfsgeheimen of dat een voormalig werknemer klanten naar het nieuwe bedrijf meeneemt. Daartegenover staat het belang van de werknemer om weer aan het werk te gaan en de vrije arbeidskeuze op grond van art. 19 Grondwet.⁹³

⁸⁹ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 57, vanaf: de regering is echter van mening.. MvT),

⁹⁰ HR, 13 september 1991, NJ 1992,130

⁹¹ HR, 13 september 1991, NJ 1992,130 en HR, 11 mei 2012, LJN: BV 9603, blz 13, vanaf: de Hoge Raad is in dit arrest uitgedaagd..

⁹² Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 58, vanaf: een concurrentiebeding zal.. MvT),

⁹³ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 58, vanaf: het belang van de werkgever.. MvT),

Door de nadelen van een concurrentiebeding voor de werknemer acht de regering het wenselijk om bij tijdelijke contracten de mogelijkheid van een concurrentiebeding te beperken. Het uitgangspunt wordt daarom dat een concurrentiebeding bij tijdelijke contracten wordt verboden. Het toekomstige art. 7:653 lid 1 sub a en sub b BW gaat bepalen dat een concurrentiebeding enkel nog mogelijk is als er sprake is van een contract voor onbepaalde tijd en er is voldaan aan de voorwaarden van schriftelijk en meerderjarigheid. Voor specifieke situaties blijft een concurrentiebeding voor tijdelijke contracten mogelijk, maar dan zal de werkgever ondubbelzinnig moeten motiveren waarom een beding voor de tijdelijke overeenkomst noodzakelijk is op grond van het toekomstige art. 7: 653 lid 2 BW. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om zeer zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen, waar een werknemer in specifieke functies of door het verrichten van bijzonder werk mee in aanraking komt. Zonder een motivering is een dergelijk beding nietig en kan het voor de werknemer lonend zijn om het beding voor te leggen aan de rechter. Die kan het beding vervolgens vernietigen, indien er naar zijn oordeel inderdaad geen sprake is van een zwaarwichtig belang.⁹⁴ Uit de jurisprudentie blijkt dat de korte duur en tijdelijkheid van het dienstverband voor de rechter aanleiding kunnen zijn om een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Uit onderzoek naar uitspraken betreffende een concurrentiebeding tussen 2000-2010 blijkt, dat in negentien procent van de gevallen de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst een rol speelt bij de beoordeling door de rechter.⁹⁵ Als voorbeeld kan hier een uitspraak, gedaan door de kantonrechter in Leeuwarden dienen. Een van de punten die door de rechtbank aan de zijde van de werkgever in aanmerking wordt genomen, is dat er veel geld in opleiding is geïnvesteerd. Aan de andere kant wordt aan de zijde van de werknemer het korte dienstverband en de hoge leeftijd in aanmerking genomen. De rechter oordeelt in deze casus, dat het concurrentiebeding niet geheel vernietigd wordt, maar wordt teruggebracht in looptijd.⁹⁶ De tijdelijkheid van de overeenkomst speelde een voor de werknemer positieve rol bij de beoordeling of het geldende concurrentiebeding als redelijk kon worden gekwalificeerd.⁹⁷ De wetswijziging zal geen veranderingen betekenen voor het opnemen van een concurrentiebeding in contracten voor onbepaalde tijd.

3.5 Uitzendbaarheid

De uitzendovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst, waarbij de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan een derde, om voor deze derde onder zijn gezag en leiding arbeid te verrichten. De uitzendovereenkomst is geregeld in art. 7:690 BW. Er kan op grond van art. 7: 691 lid 2 worden overeengekomen dat een uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener wordt beëindigd. Dit beding is op grond van art. 7: 691 lid 3 geldig gedurende de eerste 26 weken van de overeenkomst. Op dit moment kan er middels cao op grond van art. 7:691 lid 7 onbeperkt ten nadele van de werknemer van deze 26-weken-termijn worden afgeweken. De mogelijkheid om af te wijken, brengt in de praktijk voor werknemers veel inkomensonzekerheid met zich mee. In de toekomstige wetgeving wordt geprobeerd om hier iets aan te veranderen door de maximale afwijkingsmogelijkheid op 78 weken vast te stellen.

⁹⁴ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 58, vanaf: in het beding zelf dient.. MvT),

⁹⁵ Houweling en Loonstra, " Het Concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst", Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2011. Via Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 59, vanaf: Houweling en Loonstra MvT),

⁹⁶ Rb Leeuwarden, ktr, 1 juni 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BQ8075

⁹⁷ Houweling en Loonstra, " Het Concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst", Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2011. Via Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 59, vanaf: ook de tijdelijkheid kan.. MvT),

Na deze termijn van 78 weken, krijgen de werknemers recht op een tijdelijk contract en meer inkomenszekerheid. De nieuwe termijn wordt geregeld door een lid acht toe te voegen aan art. 7:691BW. In dit lid wordt bepaald dat de maximale termijn nog maar 78 weken mag bedragen.

3.6 Oproepcontracten

Veel werknemers zijn op flexibele basis werkzaam middels een oproepcontract. Voor werkgevers zijn oproepcontracten een uitkomst wanneer er sprake is van een sterk fluctuerend aanbod. De werkzaamheden kunnen worden verricht middels een min-maxcontract, waarin afspraken zijn overeengekomen betreffende het minimale en maximale aantal uren⁹⁸. Er kan ook arbeid worden verricht middels een nul-uren-contract. In een dergelijk contract is overeengekomen dat een werknemer enkel arbeid verricht als hij wordt opgeroepen en een werkgever enkel over de gemaakte uren loon zal uitbetalen.⁹⁹ Als hoofdregel voor het uitbetalen van loon geldt in het arbeidsrecht, dat een werkgever geen loon hoeft uit te betalen op het moment dat de betreffende werknemer de arbeid niet heeft verricht door een reden die voor risico van de werknemer komt. Deze loondoorbetalingsverplichting is voor werkgevers een financieel risico, zeker als het gaat om een langere periode. De werkgever kan dit risico op loondoorbetaling in individuele arbeidsovereenkomsten uitsluiten voor een periode van zes maanden, echter is het zo dat er op dit moment bij cao onbeperkt van deze mogelijkheid kan worden afgeweken. Dit kan voor werknemers leiden tot langdurige financiële onzekerheid. In de toekomstige wetgeving wordt deze onbegrensde mogelijkheid tot afwijken ingeperkt.¹⁰⁰ Voor de eerste zes maanden kan er nog steeds in een individuele arbeidsovereenkomst van de loondoorbetalingsverplichting worden afgeweken op grond van het toekomstige art. 7:628 lid 5 BW. Vaak is in de eerste zes maanden de omvang van de werkzaamheden nog niet eenduidig vast te stellen, bijvoorbeeld wanneer het gaat om nieuwe activiteiten of uitbreiding van bestaande activiteiten.¹⁰¹ Deze periode van zes maanden kan echter niet meer onbeperkt bij cao worden uitgebreid, enkel nog als het gaat om werkzaamheden met een incidenteel karakter. Als er sprake is van structureel werk, moet zes maanden volgens de wetgever voldoende zijn. In die gevallen is een verdere verlenging van de termijn niet noodzakelijk en met het oog op inkomensonzekerheid volgens de wetgever ook niet wenselijk.¹⁰² Voor de uitzendovereenkomst geldt nog een ander regime. Tijdens de eerste 26 weken kan er van de uitzendovereenkomst worden afgeweken. Deze termijn kan bij cao nog maximaal worden verlengd tot een periode van 78 weken. Voor de uitzendovereenkomst wordt er in de nieuwe wetgeving een uitzondering gemaakt. In een uitzendovereenkomst kan de eerste 26 weken van de loondoorbetalingsverplichting worden afgeweken. Bovendien kan deze termijn bij cao worden verlengd tot 78 weken. De vrijheid van partijen bij het aangaan van een uitzendovereenkomst wordt zo geprobeerd te waarborgen en de onzekere positie van een uitzendkracht wordt geprobeerd te verkleinen.¹⁰³

⁹⁸ E. Knipschild, De voordelen en risico's van een min/ max-contract, Arbeidsrecht 2009/ 12, p 13, vanaf: het min-max-contract is een contract waarbij..

⁹⁹ A. Beijderwellen, Wet Werk en Zekerheid: het einde van nul- urencontracten in de zorg", p 1, vanaf: in de praktijk wordt..

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 61, vanaf: de regering meent dat.. MvT),

¹⁰¹ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 61, vanaf: binnen die periode blijft.. MvT),

¹⁰² Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 61, vanaf: als er sprake is van structurele werkzaamheden.. MvT),

¹⁰³ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 61, vanaf: op deze wijze wordt.. MvT),

3.7 Aanzegtermijn

Flexwerkers hebben er belang bij om tijdig te weten wanneer een werkgever niet over gaat tot het verlengen van de arbeidsovereenkomst. Om de werknemer tijdig duidelijkheid te kunnen verschaffen, wil de regering aan contracten die langer duren dan zes maanden verplicht een wettelijke aanzegtermijn van een maand stellen op grond van art. 6:668 lid 1 BW.¹⁰⁴ Na invoering van de wijziging dient een werkgever een maand voor het aflopen van een contract van bepaalde tijd de werknemer van rechtswege te informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst. De aanzegtermijn geldt vanaf een contract van zes maanden, daaronder zal deze termijn weinig betekenis hebben. De uitzendovereenkomsten, waarin een uitzendbeding op grond van art. 7:691 lid 2 is opgenomen, zijn van de termijn uitgezonderd. Bij niet-naleving van deze verplichting geldt een loondoorbetalingsplicht voor deze zesde maand. Hierbij is tevens bepaald dat deze vergoeding niet verschuldigd is in het geval van faillissement, surseance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.¹⁰⁵

3.8 Overgangsrecht

De wijzigingen zijn onderdeel van de Wet Werk en Zekerheid en treden naar verwachting per één juli 2014 in werking. De wijzigingen betreffende de ketenbepaling treden naar verwachting een jaar later in werking, per één juli 2015. Instemming door de Eerste Kamer zal moeten worden afgewacht. Op het moment dat er op één juli 2014 sprake is van een cao, met daarin de wettelijk toegestane afwijkingsmogelijkheden, blijven deze van kracht.¹⁰⁶ Op arbeidsovereenkomsten, afgesloten na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, geldt het nieuwe recht, tenzij er sprake is van een cao met overgangsrecht.

3.9 Overweging Raad van State

Naar aanleiding van het aanhangig maken van het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid, heeft de afdeling advies van de Raad van State (hierna te noemen de RvS) een advies geschreven.¹⁰⁷ De RvS maakt aan het begin van haar oordeel een aantal inleidende opmerkingen. Zo is het volgens de RvS goed om een omslag te maken van een stelsel van baanzekerheid naar een stelsel gericht op werkzekerheid. Het voorstel is naar haar oordeel een stap in de goede richting, maar de vraag is of de stap ver genoeg gaat.¹⁰⁸ Het is volgens de RvS de vraag of de veranderingen op het gebied van flexwerk leiden tot een verbetering van de positie van flexwerkers, bijvoorbeeld betreffende de wijzigingen van de ketenbepaling. Voorts is de RvS huiverig voor de vorming van alternatieve constructies voor de vorming van arbeidsrelaties. Het belangrijkste voorstel is de verkorting van de maximale duur van het aantal arbeidsovereenkomsten. Werkgevers komen daardoor eerder voor een keuze te staan, welke stappen ze met een werknemer nemen: dan wel het aanbieden van een contract voor onbepaalde tijd, dan wel het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Volgens de memorie van toelichting zullen de voorgenomen maatregelen leiden tot een kleinere flexibele schil.

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 61, vanaf: een werknemer met een tijdelijk contract.. MvT),

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 61, vanaf: bij niet naleving van de verplichting.. MvT),

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 61, vanaf: op de arbeidsovereenkomsten op of na.. MvT),

¹⁰⁷ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 1, vanaf: bij kabinetsformatie van..

¹⁰⁸ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 1, vanaf: gelet op de ontwikkelingen..

De gekozen maatregelen leiden er naar oordeel van de RvS toe, dat het voor werkgevers minder aantrekkelijk wordt om gebruik te maken van een flexwerker en bovendien wijst de Raad erop, dat werkgevers meer keuzes hebben dan enkel tussen vaste of flexibele aanstellingen. Zo zullen openstaande vacatures mogelijk niet meer worden ingevuld, omdat werknemers de nu voorgestelde regels als te knellend ervaren.¹⁰⁹ Verder zal er eerder op automatisering worden overgegaan. Tevens is het niet uitgesloten dat werkgevers zullen gaan werken met korte ketens van arbeidscontracten waardoor, zo verwacht de RvS, de bereidheid om in scholing te investeren verder zal afnemen.

Toegespitst op de wijzigingen betreffende de flexibele aanstellingen, wordt iedere wijziging behandeld. Een aantal opvallende zaken zal in dit onderzoek, in volgorde van behandeling door de RvS, worden opgenomen

3.9.1 Aanscherping ketenbepaling

De voorstellen hebben tot gevolg dat werkgevers de keuze of ze een vast contract gaan aanbieden al een jaar eerder moeten maken. Dit komt doordat de totale duur van tijdelijke contracten nog maximaal twee jaar mag bedragen en de periode tussen de tijdelijke contracten niet meer dan zes maanden mag zijn.¹¹⁰ Bij onzekere economische situaties zijn veel werkgevers huiverig om een contract voor onbepaalde tijd aan te gaan. Daarom geeft de RvS het advies om eerst de wijzigingen rond het ontslagrecht te laten ingaan. Het uitgangspunt hierbij moet zijn dat de vrees bij werkgevers voor vaste contracten wordt weggenomen.¹¹¹

3.9.2 Beperking mogelijkheid tot afwijken middels cao

Alleen in zwaarwegende gevallen mag van de afwijkingsmogelijkheid gebruik worden gemaakt. Naar oordeel van de RvS biedt de term 'intrinsieke aard' te weinig duidelijkheid en houvast voor cao-partijen of zij nu wel of niet geoorloofd een afwijking overeen kunnen komen. Ook de verduidelijkende begrippen in de toelichting, de aard van de bedrijfsvoering en het productieproces in de sector, bieden onvoldoende houvast. *De RVS adviseert daarom een verdere verduidelijking van het begrip 'intrinsieke sector' en zo mogelijk een andere term te hanteren.*¹¹²

¹⁰⁹ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 13, vanaf: de gekozen maatregelen leiden ertoe..

¹¹⁰ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 13, vanaf: het voorstel wijzigt deze ketenbepaling..

¹¹¹ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 13, vanaf: zo'n wijziging zou..

¹¹² Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 13, vanaf: volgens de Afdeling..

3.9.3 Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Middels het toekomstige art. 7:668a lid 8 BW, kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voor een bepaalde bedrijfstak een uitzondering op de ketenbepaling bewerkstelligen. Als voorbeeld noemt de memorie van toelichting profvoetballers.¹¹³ Het advies van de RvS in deze is, om de toelichting bij deze regel aan te vullen. Nu lijkt het alsof het een regeling alleen voor de voetbalwereld betreft. Bovendien wordt er geadviseerd om de uitzondering zoveel mogelijk te beperken.¹¹⁴

3.9.4 Proeftijd

De beoogde wijziging van art. 7:652 BW maakt op grond van het nieuwe lid 4 een proeftijd voor een contract korter dan zes maanden niet meer mogelijk. De memorie van toelichting besteedt geen aandacht aan de gevolgen van de wijziging. Bijvoorbeeld voor de situatie van werknemers met een zwakke arbeidspositie. De RvS adviseert dan ook, om hier alsnog aandacht aan te besteden en indien blijkt dat er sprake is van een nadelige situatie voor werknemers, de mogelijkheid van een proeftijd toch gehandhaafd te laten.¹¹⁵

3.9.5 Uitzendbeding

Het toekomstige lid 7 van art. 7:668a beperkt de mogelijkheid van een uitzendbeding tot maximaal anderhalf jaar. De onzekerheid van de werknemer wordt zo geprobeerd te verminderen. De RvS vermoedt dat vooral werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie met dit beding te maken gaan krijgen. Bovendien belet het werkgevers onder de toekomstige wetgeving niet om een uitzendbeding voor de periode van anderhalf jaar overeen te komen. De vraag is daarom volgens de RvS niet voldoende beantwoord, of de toekomstige wetgeving inderdaad meer zekerheid gaat opleveren.¹¹⁶

3.9.6 Aanspraak op loon

In de toekomstige wetgeving wordt de mogelijkheid om van de loondoorbetalingsverplichting af te wijken, beperkt tot achttien maanden voor de reguliere arbeidsovereenkomsten en 78 weken voor de uitzendovereenkomsten. De inkomensonzekerheid bij werknemers wordt hiermee door de wetgever geprobeerd terug te brengen.

De RvS heeft de twijfel of deze wetswijziging ook positieve gevolgen heeft voor sectoren waar er veel met nul-uren-contracten wordt gewerkt. Uit onderzoek blijkt dat dit vooral de sectoren zijn, waar het werkaanbod sterk weersafhankelijk is.¹¹⁷ De wijziging kan voor deze werkgevers tot gevolg hebben, dat ze verplicht worden om hun werknemers na een periode van anderhalf jaar bij ziekte uit te gaan betalen.

¹¹³ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 56, vanaf: naast deze algemene afwijkingsmogelijkheid..(MvT),

¹¹⁴ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 15, vanaf: de Afdeling adviseert..

¹¹⁵ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 15, vanaf: de toelichting besteedt geen aandacht aan..

¹¹⁶ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 15, vanaf: de Afdeling sluit niet uit..

¹¹⁷ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 16, vanaf: uit onderzoek blijkt dat..

Daarom kan het zijn dat deze werkgevers zullen kiezen voor een vermindering van het aantal uitzendovereenkomsten, of de arbeidsovereenkomsten beperken tot een termijn van anderhalf jaar.¹¹⁸

3.9.7 Aanzegtermijn

De nieuwe wetgeving beoogt om werknemers meer zekerheid te bieden of een contract voor bepaalde tijd zal worden verlengd. De werkgever is daarom in de toekomst verplicht, bij arbeidsovereenkomsten vanaf een jaar, om werknemers een maand van tevoren schriftelijk op de hoogte te brengen of een arbeidsovereenkomst wordt voortgezet op grond van art. 6:668 lid 1 BW. Als de werkgever dit volledig nalaat, heeft de werknemer recht op een vergoeding van het salaris van een maand en bij niet-tijdige nakoming een vergoeding naar rato. De RvS vermoedt dat werkgevers door deze wetwijziging eerder zullen besluiten om een contract niet te verlengen, doordat de keuze eerder gemaakt moet worden en de werkgever bijvoorbeeld via een standaard e-mail aan deze verplichting kan voldoen.¹¹⁹

3.10 Juridisch onderzoek

In de literatuur is er door juridische auteurs geschreven over de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid. Een aantal opmerkingen zal in dit onderzoek worden opgenomen. Allereerst zal er een onderzoek van het Centraal Planbureau worden behandeld, waarin wordt onderzocht welke effecten de maatregelen hebben op de werkgelegenheid.

3.10.1 Onderzoek Centraal Planbureau

Het Centraal Planbureau heeft onderzoek gedaan naar de effecten van de beoogde wijzigingen, ter bescherming van werknemers, op het gebied van de arbeidsmarkt. Het blijkt dat door deze beoogde wijzigingen de structurele werkgelegenheid slechts nihil toeneemt. Werknemers waarmee het bedrijf een vast contract heeft beoogd, kunnen door de nieuwe regels sneller een vast contract krijgen, maar aan de andere kant zullen er ook werknemers zijn die nog vaker van baan gaan wisselen. Uit onderzoek blijkt dat het aantal werknemers wat doorstroomt van een tijdelijk contract naar een contract voor onbepaalde tijd afneemt.¹²⁰ Het niveau van ontslagbescherming voor zowel werknemers met een vast contract, als voor werknemers met een contract voor bepaalde tijd, blijft ongeveer gelijk.¹²¹

¹¹⁸ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 16, vanaf: het wordt zo minder aantrekkelijk om..

¹¹⁹ Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013, p 16, vanaf: deze verplichting leidt ertoe dat..

¹²⁰ R. Euwals en D. van Vuuren, "Gevolgen Wet Werk en Zekerheid voor de werkgelegenheid", Den Haag: CPB, pag. 5, vanaf: het effect van de aanpassing..

¹²¹ R. Euwals en D. van Vuuren, "Gevolgen Wet Werk en Zekerheid voor de werkgelegenheid", Den Haag: CPB, pag. 5, vanaf: de regels voor het aanbieden van..

3.10.2 Juridische vakliteratuur

In de literatuur wordt veel geschreven over de beoogde wijzigingen in de Wet Werk en Zekerheid. Een selectie hiervan is in dit onderzoek opgenomen. Er is hierbij gekozen voor opmerkingen, die door verschillende juridische auteurs zijn benoemd.

In de literatuur wordt de angst uitgesproken dat werknemers niet eerder naar een vast contract worden geholpen, zoals de intentie van de wetgever betaamd, maar dat werknemers met een tijdelijk contract de onderneming eerder zullen moeten verlaten. Een argument voor deze stelling is dat na afloop van een periode van twee jaar een werknemer ook recht heeft op een transitievergoeding.¹²² De beperking om bij cao van de nieuwe regels af te wijken, zal de stap van werkgevers om niet te kiezen voor een tijdelijke werknemer slechts bevorderen. Bovendien zal er, zo is de verwachting, sterk naar alternatieven worden gezocht, zoals mechanisering of het inzetten van vaste werknemers.¹²³ Eerder is deze opmerking al geplaatst in het advies van de Raad van State. Verder leidt de verruiming van de periode tussen de contracten voor bepaalde tijd, naar zes maanden tot een mogelijke verdere bevordering van het eerder afscheid nemen van werknemers. In deze periode is een nieuwe werknemer mogelijk al volledig ingewerkt en de behoefte laag om de oude werknemer terug in de dienst te nemen.¹²⁴ De wetgever heeft jongeren onder de achttien jaar uitgesloten van de nieuwe ketenbepaling. Toch is het volgens juridische auteurs juist ook voor jongeren belangrijk om te beschikken over baan zekerheid. Een tweede argument is dat er mogelijk sprake is van leeftijdsdiscriminatie, nu deze groep op grond van hun leeftijd wordt uitgesloten. Hierbij kan de uitspraak van het Europese Hof van Justitie worden genoemd in de zaak Mangold. Het hof bepaalde in zijn arrest dat een uitzondering voor een hele groep op basis van leeftijd te algemeen is en daarom niet passend.¹²⁵

De nieuwe regels voor een proeftijd kunnen wel zeer gemakkelijk worden omzeild. Zo is de verwachting dat er contracten afgesloten gaan worden van zes maanden en een dag.¹²⁶ Op het moment dat er een arbeidsovereenkomst voor een langere termijn dan zes maanden wordt afgesloten, is er de mogelijkheid om gerechtvaardigd een proeftijd overeen te komen. Juridische auteurs verwachten dat de beoogde tijdelijke baan zekerheid voor werknemers niet met deze nieuwe constructie wordt bereikt.¹²⁷ Verder wordt er voorgesteld om een proeftijd enkel nog toe te laten bij contracten langer dan twee jaren. Belangrijk argument voor deze stelling is het nu geldende dubbele nadeel voor een werknemer. Enerzijds heeft de werknemer gedurende de proeftijd geen zekerheid over zijn inkomensperspectieven en anderzijds eindigt de arbeidsovereenkomst ook nog eens op een vast tijdstip, zonder tussenkomst van het UWV werkbedrijf of de kantonrechter.

¹²² C.J. Loonstra en P.T.H. Sick, "Het wetsvoorstel werk en zekerheid in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?", Tijdschrift Arbeidsrechtspraktijk, p 13, vanaf: of de werkers in de flexibele schil..

¹²³ C.J. Loonstra en P.T.H. Sick, "Het wetsvoorstel werk en zekerheid in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?", Tijdschrift Arbeidsrechtspraktijk, p 13, vanaf: een extra aansporing tot..

¹²⁴ M. ten Broeke e.a., "Het wetsvoorstel Werk en zekerheid- 30 concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking", Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, p 7, vanaf: hoewel beide wijzigingen..

¹²⁵ M. ten Broeke e.a., "Het wetsvoorstel Werk en zekerheid- 30 concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking", Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, p 8, vanaf: dit leiden we onder meer af..

¹²⁶ E. Hennis e.a., "Advies inzake Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid", Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten, p 4, vanaf: met de wijziging van art. 7 : 652 BW..

¹²⁷ E. Hennis e.a., "Advies inzake Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid", Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten, p 5, vanaf: de beoogde tijdelijke baan zekerheid..

Deze nieuwe regeling schept duidelijkheid, omdat er dan enkel een proeftijd mogelijk is voor de periode van twee maanden.¹²⁸

De wijzigingen met betrekking tot het concurrentiebeding verhogen weliswaar de mobiliteit van de werknemer, maar er worden twijfels geplaatst of dit een goede invloed heeft op de hoogte van de flexibele schil op de arbeidsmarkt. Verder bestaat er onduidelijkheid wanneer de schriftelijke motivering van het zwaarwegende belang moet zijn vastgelegd en of dit in de loop van de arbeidsperiode, op grond van gewijzigde omstandigheden, nog kan worden aangepast.¹²⁹ Op dit moment is daarover in de memorie van toelichting niets vastgelegd. Verder bestaat de gedachte, dat werkgevers wel extra tijd willen investeren in het motiveren van de zwaarwegende belangen. Het zal mogelijk geen beletsel vormen voor het opstellen van een concurrentiebeding. Daarnaast worden de zwaarwichtige belangen als onduidelijk gezien. Het wordt daarvoor wenselijk geacht dat de regering nog een aantal handvaten of voorbeelden noemt, waaraan gedacht moet worden bij een zwaarwichtig belang. Het noemen van bepaalde functies wordt hierbij geopperd.¹³⁰

Als positief wordt de mogelijkheid genoemd, die de wetgever in het toekomstige art. 7: 686a lid 3 BW heeft gecreëerd. Op grond van dit artikel kan een werknemer, die zich niet kan vinden in de geldigheid van het concurrentiebeding, deze middels een verzoekschrift voorleggen aan de kantonrechter.¹³¹

3.11 Leden FNV Bouw

De in dit hoofdstuk behandelde wijzigingen, betekenen voor leden van FNV Bouw veel in de praktijk. Het is daarom belangrijk dat er een goede voorlichting op gang wordt gebracht, waarin in een aantal kernpunten de wijzigingen worden gepresenteerd. Er wordt daarom in het kader van dit onderzoek een flyer ontworpen, waarin middels een duidelijke formulering de wijzigingen worden behandeld. Verder moet het voor de leden duidelijk zijn dat er bij meer informatie contact kan worden gezocht, waarna ze bijvoorbeeld met behulp van een vakbondsconsulent naar de individuele situatie kunnen kijken. Ook intern is het belangrijk dat medewerkers van FNV Bouw op de hoogte zijn van de wijzigingen. Er wordt daarom voor intern gebruik een schema opgesteld, waarin de huidige situatie met de toekomstige vergeleken.

3.12 Tussenconclusie hoofdstuk 3

Het kabinet heeft speerpunten opgesteld om het verblijf van werknemers in de flexibele schil terug te dringen. De wijzigingen treden naar verwachting per één juli 2014 in werking. De RvS is kritisch en plaatst kanttekeningen bij het wetsvoorstel. Ook door verschillende juridische auteurs worden kanttekeningen geplaatst.

In het volgende hoofdstuk wordt de betekenis van het wetsvoorstel voor de bouwsector onderzocht.

¹²⁸ J.P.H. Zwemmer, "Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid: commentaar en aanbevelingen", Woerden: Vereniging voor Arbeidsrecht, p 17, vanaf: wanneer de gedachtegang van de regering wordt gevolgd..

¹²⁹ E. Hennis e.a., "Advies inzake Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid", Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten, p 5, vanaf: wanneer dient de schriftelijke motivering..

¹³⁰ M. ten Broeke e.a., "Het wetsvoorstel Werk en zekerheid- 30 concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking", Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, p 14-15, vanaf: hoewel de administratieve lasten..

¹³¹ E. Hennis e.a., "Advies inzake Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid", Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten, p 6, vanaf: positief is op zichzelf..

Hoofdstuk 4 Betekenis wijzigingen voor de bouwsector

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 wordt een uiteenzetting gegeven, welke gevolgen de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid naar verwachting zullen hebben voor de bouwsector.

In het algemeen is er juridisch onderzoek gedaan, welke mogelijke gevolgen er optreden na invoering van de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid. Concreet gericht op de bouwsector, is er op dit moment weinig studie, met scenario's en mogelijkheden hoe er door werkgevers op de veranderingen zal worden gereageerd, gedaan. In het kader van dit onderzoek is er daarom een praktische invulling aan deze vraag gegeven. Daarvoor heeft een gesprek plaatsgevonden met een werkgever over zijn verwachtingen, zijn intern bij FNV Bouw interviews gehouden met betrekking tot de gevolgen van de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid en zijn meerdere bezoeken afgelegd aan verschillende bouwplaatsen, verspreid over Nederland. Zo is onderzocht hoe de werkgevers en werknemers de toekomst zien, na invoering van de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid.

4.2 Wet Werk en Zekerheid

Uit eerder onderzoek is gebleken dat de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid geen grote positieve gevolgen hebben voor de arbeidsmarkt. Er wordt bijvoorbeeld geen toename verwacht in het aantal werknemers, dat door kan stromen naar een contract voor onbepaalde tijd, daarnaast ook geen stijging in het beschermingsniveau van werknemers met een contract voor bepaalde tijd.¹³²

Uit onderzoek blijkt dat werkgevers verwachten dat de wijzigingen betreffende de ketenbepaling de meeste invloed zullen hebben op de arbeidsmarkt. Veel werkgevers zien het probleem ontstaan, dat ze de proefperiode, waarvoor ze arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gebruiken, nu moeten verkorten. Verder verwachten veel werkgevers, dat ze werknemers eerder zullen moeten ontslaan, omdat de huidige economische situatie ervoor zorgt dat contracten voor onbepaalde tijd niet haalbaar zijn.¹³³

Naast de wijzigingen die gericht zijn op flexibele aanstellingen van werknemers, worden er ook veranderingen doorgevoerd op het gebied van ontslagrecht, voor een voorbeeld, wordt er een klein uitstapje gemaakt naar een ander gedeelte van de Wet Werk en Zekerheid. Er wordt een verplichte transitievergoeding in het leven geroepen op grond van het toekomstige art. 7: 673 lid 1 BW. Werknemers met een contract van ten minste twee jaren komen in beginsel voor deze vergoeding in aanmerking. Op het moment dat een contract door de werkgever wordt opgezegd op grond van art. 7:673 lid 1 sub a BW, wanneer het contract op verzoek van de werkgever wordt ontbonden op grond van art. 7:673 lid 1 sub b, of nadat het contract van rechtswege niet wordt verlengd, maar twee jaren heeft geduurd, heeft hij recht op een transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 1 sub c BW.¹³⁴ Werkgevers zullen hier naar verwachting bij de contractduur mede rekening mee gaan houden.

¹³² R. Euwals en D. van Vuuren, "Gevolgen Wet Werk en Zekerheid voor de werkgelegenheid", Den Haag: CPB, pag 5, vanaf: de regels voor het aanbieden van..

¹³³ A. Goudswaard e.a., "Een onderzoek van tno naar flexstrategieën van Nederlandse bedrijven", Hoofddorp: 9 mei 2014, p 8, vanaf: de overige bedrijven..

¹³⁴ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 48, vanaf: daarbij krijgt in beginsel een ieder.. MVT)

Bij alle wettelijke wijzigingen is het belangrijk om het verschil te zien tussen de theorie en de praktijk. Een memorie van toelichting kan soms afwijken van de situatie zoals deze speelt in de praktijk. De wijzigingen die worden aangebracht aan de Wet Werk en Zekerheid zullen naar verwachting niet de effecten hebben, die de wetgever heeft beoogd.¹³⁵ Verder zal er een verschil zijn hoe de wijzigingen per sector worden ingevuld. In de bouwsector is er op dit moment sprake van een grote groep werknemers, die werkzaam is op flexibele basis. Als gevolg van de economische crisis en de grote groep arbeidsmigranten, die veel goedkoper zijn voor werkgevers, worden werknemers nauwelijks nog op grond van een contract voor onbepaalde tijd aangenomen. De intentie van de wijzigingen is, dat een werknemer eerder kan doorstromen naar een contract voor onbepaalde tijd en dat de flexibele schil van werknemers krimpt. Helaas is dit niet de visie die werkgevers in de bouwsector in deze tijd hebben. De onzekerheid van het werkaanbod is de komende jaren nog groot. Mogelijk treedt er een voorzichtig herstel in, maar dit gaat zeker nog niet gebeuren in het jaar 2014. Een flexibele laag van werknemers kan gemakkelijk worden opgebouwd als er een stijging is van het werk, maar kan net zo gemakkelijk door een werkgever weer aan de kant worden gezet, vaak omdat een contract van rechtswege afloopt en niet door de werkgever wordt verlengd.¹³⁶ Na de invoering van de nieuwe ketenbepaling zal dit nog sneller gebeuren. Verder wordt het voor FNV Bouw moeilijker om ten gunste van de werknemers via de collectieve arbeidsovereenkomst nog van de wetgeving af te wijken. Daarnaast wordt het, door verruiming van de periode tussen twee afzonderlijke contracten van drie naar zes maanden, ook voor werkgevers moeilijker en minder aantrekkelijk om weer een beroep te doen op een oude werknemer. Het is veel voordeliger om een nieuwe werknemer weer middels een contract voor bepaalde tijd in dienst te nemen.

4.3 Werkgever

Op dit moment kan een gemiddeld bouwbedrijf, naar oordeel van de geïnterviewde werkgever, niet zonder een flexibele laag van werknemers. Het bouwbedrijf in casu heeft op dit moment 50 werknemers in dienst, werkzaam middels een contract voor onbepaalde tijd en daarnaast nog rond de 50 werknemers, die kunnen worden getypeerd als flexwerkers. Dit zijn werknemers die als zelfstandigen worden ingehuurd. Verder wordt daarvoor gebruik gemaakt van werknemers via een payrollbedrijf of uitzendbureau. De werkgever erkent dat deze werknemers niet beschikken over een stabiele werkbasis en te maken hebben met grote werkonzekerheid. In het verleden had het bedrijf 200 werknemers in dienst op basis van een contract voor onbepaalde tijd, maar na het faillissement in 2012 is er met een grote groep flexibele werknemers een doorstart gemaakt.¹³⁷ De werkgever ziet de invoering van de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid somber in. Volgens zijn inzichten gaat de doelstelling om meer werknemers middels een contract voor onbepaalde tijd aan het werk te zetten, niet gehaald worden. Er is op dit moment geen enkel bouwbedrijf in Nederland, dat zonder flexwerkers kan werken. Dit is in de loop van de jaren de regel geworden. Verder ziet hij de andere bouwbedrijven dit ook niet doen.

De werkgever zal door de wijzigingen niet verder gaan met een werknemer dan een contract voor bepaalde tijd overeen te komen met een maximale duur van 2 jaar. Verder vindt de werkgever het jammer, dat de periode tussen twee afzonderlijke contracten wordt verruimd naar zes maanden.

¹³⁵ Zie interview bijlage twee

¹³⁶ Zie interview bijlage twee

¹³⁷ Zie interview bijlage vier

Op dit moment is het voor een werknemer redelijk gemakkelijk om de termijn van drie maanden te overbruggen, terwijl zes maanden voor een werkgever voldoende tijd betekent om een nieuwe werknemer in te werken en bovendien het voor werknemers moeilijker wordt om deze termijn te overbruggen.¹³⁸

Een grote opleving van de bouwsector moet volgens de werkgever in samenwerking worden gezocht. Hij pleit daarom voor de vorming van uniforme regelgeving in de Europese Unie. In de huidige situatie, is het voor een Nederlandse werkgever zeer moeilijk om werknemers in een ander EU-land aan het werk te krijgen, terwijl dit voor werknemers uit de ons omliggende landen veel gemakkelijker is. Als voorbeeld noemt de werkgever hier Duitsland, waar het voor een Nederlandse werkgever omvangrijk en complex is om op een goede wijze werknemers te kunnen laten werken.¹³⁹

4.4 Observaties bouwplaatsen

Er is op de bouwplaats sprake van een grote diversiteit aan arbeidsrechtelijke verhoudingen. Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd waren op alle bezochte bouwplaatsen in de minderheid. In de meerderheid waren de zelfstandigen die voor een paar dagen werden ingehuurd; werknemers die via payrolling bedrijven of via uitzendbureaus werden ingehuurd en de contractanten voor bepaalde tijd.

Er is een grote mate van onzekerheid bij de werknemers hoe lang ze nog aan het werk kunnen blijven. Verder heerst er bij veel werknemers de angst om iets aan de arbeidsomstandigheden te doen. Werknemers zijn pessimistisch over de toekomst en verwachten dat de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid niet in hun voordeel zullen uitpakken.¹⁴⁰ Ze verwachten dat de arbeidsovereenkomst in een eerder stadium niet meer door werkgevers zal worden verlengd.

4.5 Tussenconclusie hoofdstuk 4

De praktijk is kritisch over de wijzigingen van de Wet Werk en Zekerheid. De wijzigingen die worden aangebracht, zullen naar verwachting niet de effecten hebben die de wetgever heeft beoogd. Er zal een groot verschil zijn hoe de wijzigingen per sector uitpakken. Werkgevers in de bouwsector zijn op dit moment niet voornemens om meer contracten voor onbepaalde tijd met werknemers overeen te komen. Werknemers zijn pessimistisch over de toekomst en verwachten niet dat de wijzigingen aan de Wet Werk en Zekerheid in hun voordeel zullen uitpakken.

In het volgende hoofdstuk zal de cao Bouwnijverheid tegen het licht worden gehouden.

¹³⁸ Zie interview bijlage vier

¹³⁹ Zie interview bijlage vier

¹⁴⁰ Zie verslag bijlage vijf

Hoofdstuk 5 Cao voor de Bouwnijverheid

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 wordt de Cao Bouwnijverheid (hierna te noemen cao) tegen het licht gehouden. Er wordt een uiteenzetting gegeven van de huidige stand van zaken rond de cao en er wordt onderzocht op welke punten de cao een andere invulling geeft aan wettelijke bepalingen. Verder wordt er nagegaan welke mogelijkheden er onder de nieuwe wetgeving overblijven om middels cao nog van de wetgeving af te wijken. Een inleidende opmerking moet gemaakt worden met betrekking tot de zogenaamde Uitvoerend Technisch Administratief werknemers (hierna te noemen UTA) en de gewone werknemers werkzaam op de bouwplaats. UTA-werknemers zijn bijvoorbeeld werkvoorbereiders en planners. De werkzaamheden van deze groep werknemers is dusdanig anders dan mensen die uitvoerend werk op de bouwplaats verrichten, dat er daardoor enkele afwijkende bepalingen in de cao zijn opgenomen.

5.2 Huidige stand van zaken

Er is door de betrokken partijen lang onderhandeld om tot een nieuwe cao te kunnen komen. Eind december 2013 waren de onderhandelingen volledig vastgelopen, deze zijn pas in de loop van 2014 weer hervat. Aan de ene kant waren de werkgevers te onderscheiden, die in tijden van crisis de arbeidsvoorwaarden wilden aanpassen, bijvoorbeeld het korten van zeven vrije dagen. Aan de andere zijde stonden de sociale partners, die geen verslechtingen wilden accepteren.

Uiteindelijk is er een akkoord bereikt, wat een verlenging van de cao uit 2013 inhoudt. In de cao is sterk de nadruk gelegd op handhaving en naleving van de gemaakte afspraken. Ter controle zullen onder andere netwerkers van FNV Bouw de bouwplaatsen frequent bezoeken en het gesprek aangaan met werknemers, over hoe ze worden beloofd. Ook zal een bureau FNV Handhaving in het leven worden geroepen, die zal controleren en bij klachten zal onderzoeken of de cao door werkgevers inderdaad wordt nageleefd.

5.3 Wettelijke afwijkingen

Op dit moment wordt er in de cao van een aantal wettelijke bepalingen afgeweken. Zo is het aantal contracten voor bepaalde tijd wat een werkgever met een werknemer overeen kan komen, voordat er van rechtswege een contract voor onbepaalde tijd moet worden overeengekomen in art. 17 lid 4 cao, in afwijking van art. 7:668a lid 1 BW, vastgesteld op drie, of bij een termijn van 24 maanden.¹⁴¹ De wet hanteert hier een termijn van 36 maanden.

Er wordt door de sociale partners, tijdens cao onderhandelingen, altijd geprobeerd om het aantal contracten voor bepaalde tijd niet boven het aantal, genoemd in de wet te krijgen.

Voor werknemers vergroot een verruiming namelijk de werkonzekerheid.¹⁴²

Voor UTA-werknemers geldt de 24 maanden grens niet. Er is betreffende deze groep werknemers niets afwijkends opgenomen in de cao. Hiervoor moet worden terugverwezen naar de wet en gelden de gewone bepalingen op grond van art. 7:668a lid 1 BW.

¹⁴¹ Zie Cao voor de Bouwnijverheid

¹⁴² Cao onderhandelingen FNV Bouw onderdeel " Flex en Zekerheid", pag 121.

Een andere invulling geeft de cao ook aan de wettelijke termijn voor de proeftijd, aangegaan bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Als deze arbeidsovereenkomst korter duurt dan een jaar, kan er maximaal een proeftijd voor de duur van twee weken worden overeengekomen op grond van art. 17 lid 3 cao. In de wet wordt de termijn van een jaar niet gehanteerd, maar wordt er een looptijd van twee jaar aangehouden.

Op grond van art. 7:652 lid 4 sub a BW is er bij een arbeidsovereenkomst van twee jaar, net als voor een arbeidsovereenkomst waarvoor de duur niet op een kalendermaand is vast te stellen, bijvoorbeeld voor vervanging tijdens ziekte, de mogelijkheid om een proeftijd van een maand op te nemen. Voor UTA-werknemers zijn er andere afspraken gemaakt betreffende de proeftijd. Afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst, kan er een proeftijd worden overeengekomen. De lengte van de proeftijd sluit aan bij de wettelijke bepalingen op grond van art. 7:652 lid 3 jo.4 jo.5.

Als laatste wijkt de cao af van de wettelijke bepalingen rondom de in acht te nemen opzegtermijn door de werkgever. Op grond van art. 7:672 lid 2 geldt er per aantal gewerkte dienstjaren een opzegtermijn. De maximale termijn van vier maanden is bij een arbeidsovereenkomst met een langere duur dan vijftien jaar. Verder moet de werknemer een opzegtermijn in acht nemen van een maand, op grond van art. 7:672 lid 3 BW. De wetgever heeft in art. 7:653 lid 5 BW, de bevoegdheid gegenereerd om bij cao een afwijkende termijn op te nemen. In afwijking van de wettelijke bepalingen, wordt op grond van art. 20a lid 2 cao, in bijlage vijf van de cao, per leeftijdscategorie en aantal gewerkte dienstjaren de opzegtermijnen uitgewerkt. De maximale opzegtermijn is vastgesteld, in de leeftijdscategorie van 58 tot en met 64 jaar en bedraagt 26 weken, bij dertien volle dienstjaren.

Een aanvullende opvallende bepaling wordt nog gegeven in art. 20a lid 5 cao. Op het moment dat de opzegtermijn in een aaneengesloten zomervakantie valt, wordt de termijn met deze dagen verlengd. Ook voor de werknemer wordt er middels de cao afgeweken. De maximale termijn is hier zes weken, bij een werknemer ouder dan 33 jaar en twaalf volle dienstjaren. Als er sprake is van een bijzondere situatie, bijvoorbeeld een faillissement, kunnen afwijkende opzegtermijnen gelden.

Voor UTA-werknemers wordt er in de cao aansluiting gezocht bij de wettelijke grondslagen, genoemd in art. 7:672 lid 2 BW. Afhankelijk voor de hoeveelheid dienstjaren geldt een opzegtermijn. Ook de wettelijke grondslagen betreffende de opzegging door de werknemer en de verkorting van een maand, na toestemming door het UWV-werkbedrijf, zijn overeenkomstig de wet op grond van art. 7:672 lid 3 jo. lid 4 BW in de cao opgenomen.

5.4 Cao onder de nieuwe wetgeving

Onder de nieuwe wetgeving wordt het complexer om middels cao van wettelijke bepalingen af te wijken. Onder het toekomstige art. 6:668a lid 5 BW, is afwijken nog mogelijk op het moment dat er sprake is van een uitzendovereenkomst, bedoeld in art. 7:690 BW, of als er sprake is van een zogenaamde intrinsieke sector en de intrinsieke aard of bedrijfsvoering deze afwijking vereist. De sociale partners hebben er geen belang bij, wanneer bovenwettelijke contracten voor bepaalde tijd bij cao worden overeengekomen. De verwachting is daarom dat er bij de wettelijke bepalingen aansluiting zal worden gezocht.¹⁴³ Betreffende de proeftijd mag er door de sociale partners nog wel via de cao worden afgeweken. De toekomstige wetgeving laat deze mogelijkheid op grond van art. 7:652 lid 6 open.¹⁴⁴ Op dit moment stelt de cao een opzegtermijn verplicht in afwijking van art. 7:672 lid 2. Deze opzegtermijn kan ook onder de nieuwe wetgeving in de cao worden gehandhaafd. De in te voeren aanzegtermijn, bij arbeidsovereenkomsten vanaf zes maanden, zal nieuw in de cao moeten worden opgenomen.

5.5 Tussenconclusie

De cao is verlengd tot 31 december 2014. Op dit moment wordt er in de cao van een aantal wettelijke bepalingen afgeweken. Onder de nieuwe wetgeving wordt dit op het gebied van flexwerk lastiger.

In het volgende hoofdstuk zullen de conclusies en aanbevelingen worden behandeld.

¹⁴³ Cao onderhandelingen FNV Bouw onderdeel " Flex en Zekerheid", pag 120

¹⁴⁴ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 3, vanaf: art. 7:652 BW.. (MvT)

Hoofdstuk 6 Conclusies en Aanbevelingen

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de conclusies en aanbevelingen besproken.

De centrale vraag in deze scriptie is: Welke juridische problematiek speelt er op het gebied van flexwerk in de bouwsector, wat zijn de rechtsgevolgen van de wijziging van de Wet Werk en Zekerheid met betrekking tot de flexibele arbeidsverhoudingen voor werknemers (en haar leden) in de bouw en hoe kan de FNV Bouw het beste anticiperen op deze wijzigingen, zodat zij de belangen van haar doelgroep zo goed mogelijk kan behartigen.

Er zal per hoofdstuk een conclusie worden getrokken, deze conclusies resulteren gezamenlijk in een centrale conclusie voor de gehele scriptie. Daarna zullen er aanbevelingen worden gegeven aan FNV Bouw, zodat zij de belangen van haar doelgroep zo goed mogelijk kan behartigen.

6.2 Conclusie hoofdstuk 2

In hoofdstuk 2 wordt antwoord gegeven op deelvraag 1 en 2. Deze vragen hebben betrekking op de **actuele** stand van zaken op het gebied van flexwerk en welke **vormen** van flexwerk er op dit moment in de bouwsector voorkomen.

De flexibele schil van werknemers in Nederland is nog steeds groeiende. Het belangrijkste argument vanuit werkgevers om te werken met flexibele werknemers, is het kunnen inspelen op een fluctuerend werkaanbod. Vanuit werknemers wordt vaak noodgedwongen gekozen voor flexwerk, omdat er geen aanbod van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd is. Uit eigen waarneming blijkt dat er op dit moment in de bouwsector weinig werknemers werkzaam zijn op basis van een arbeidscontract voor onbepaalde tijd. Contracten voor bepaalde tijd, op grond van art. 7:668a BW, komen veel vaker voor. Daarnaast worden veel werknemers in de bouwsector momenteel ingehuurd middels een uitzendovereenkomst op grond van art. 7:690 BW. Verder is er sprake van een grote groep zelfstandigen, die in de bouwsector wordt ingehuurd. Naast zelfstandigen zijn er ook situaties waarin sprake is van schijnzelfstandigen. Dat zijn werknemers die formeel werkzaam zijn als zelfstandigen, maar hebben de arbeidsverhoudingen alle kenmerken van een arbeidsovereenkomst. De financiële voordelen maken deze constructie aantrekkelijk, schijnzelfstandigen werken daardoor over het algemeen tegen slechte arbeidsvoorwaarden. Het kabinet komt naar aanleiding van de problemen met schijnzelfstandigen met het 'actieplan schijnzelfstandigheid'. Naast deze vormen zijn er ook veel werknemers werkzaam op basis van een payrollings overeenkomst. Er zit een groot verschil tussen de verschillende payrollings bedrijven. Allereerst zijn er die enkel de administratie overnemen, maar er zijn ook bedrijven waar werknemers blijvend in dienst komen van een inlener en waar de arbeidsrelatie tussen het payrollings bedrijf en de werknemer blijvend is.

6.3 Conclusie hoofdstuk 3

In hoofdstuk 3 wordt antwoord gegeven op deelvraag 3A. Deze vraag heeft betrekking op de **wetswijzigingen** betreffende de artikelen behorende bij de Wet Werk en Zekerheid.

Een flexibele aanstelling hoeft niet altijd te worden gekwalificeerd als negatief, het biedt werknemers de mogelijkheid om zelf de regie te voeren. Het wordt echter een probleem als werknemers voor lange tijd in de flexibele schil werkzaam zijn en hier niet meer uit geraken. De kans hierop is de afgelopen jaren toegenomen. De wetgever wil via een aantal wettelijke aanpassingen de flexibele schil in Nederland verkleinen en de doorstroming naar een contract voor onbepaalde tijd vergroten. Zo moet de duur van de ketenbepaling op grond van art. 7:668a BW worden verminderd van 36 naar 24 maanden. Daarnaast wordt de mogelijkheid om van de hoofdregel af te wijken beperkter. Via cao kan dit nog als het gaat om een uitzendovereenkomst bedoeld in art. 7:690 BW, of als de intrinsieke aard van de functie op grond van het toekomstige art. 7:668a lid 5 BW deze afwijkingsmogelijkheid eist. Verder kan er worden afgeweken in arbeidsovereenkomsten, bestemd voor bestuurders van een rechtspersoon op grond van het toekomstige art. 7:668a lid 7 BW, in sectoren waar uitsluitend met contracten voor bepaalde tijd wordt gewerkt en als laatste wanneer het gaat om een contract met leerlingen die een duale opleiding volgen op grond van art. 7:668a lid 8 jo. lid 9 BW. Aansluitend wordt ook de termijn van de periode tussen twee afzonderlijke contracten verruimd van drie naar zes maanden.

In de huidige wetgeving wordt de onzekerheid van werknemers vergroot, doordat werkgevers op grond van art. 7:652 lid 4 BW bij een contract voor bepaalde tijd een proeftijd overeen kunnen komen van een maand. In de toekomstige wetgeving wordt dit lid gewijzigd en kan bij een contract korter dan zes maanden geen proeftijd meer worden overeengekomen. Hetzelfde geldt voor een concurrentiebeding op grond van art. 7:653 lid 1 BW. Alleen wanneer er sprake is van een ondubbelzinnige motivering, vanwege zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen, is een concurrentiebeding mogelijk op grond van art. 7:653 lid 2 BW. Via een uitzendovereenkomst wordt een werknemer ter beschikking gesteld om voor een derde werkzaamheden te verrichten. In de toekomstige wetgeving wordt in art. 7:691 lid 8 BW bepaald dat er maximaal een periode van 78 weken middels cao kan worden afgeweken, met als uitgangspunt dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de terbeschikkingstelling met de inlener ophoudt te bestaan.

Veel werknemers zijn werkzaam middels een oproepcontract. Ze worden opgeroepen op het moment dat er een toename is van werkzaamheden. Op het moment dat de werknemer de arbeid niet heeft verricht door een reden toe te schrijven aan de werkgever, is de werkgever verplicht het loon door te betalen. Voor de eerste zes maanden kan er van de loondoorbetaling worden afgeweken op grond van art. 7:628 lid 5 BW, echter de onbegrensde mogelijkheid om bij cao van de zes maanden af te wijken, wordt ingeperkt. Enkel nog als het gaat om bij cao bepaalde incidentele werkzaamheden kan er van de termijn van zes maanden worden afgeweken. Om werknemers met een contract voor bepaalde tijd meer zekerheid te geven, wordt een verplichte aanzegtermijn van een maand ingevoerd, voorafgaand aan de beëindiging van een contract voor bepaalde tijd.

Naar aanleiding van het aanhangig maken van het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid, heeft de afdeling advies van de Raad van State (hierna te noemen de RvS) een advies geschreven. Men is van mening dat de gekozen maatregelen ertoe leiden, dat het voor werkgevers minder aantrekkelijk wordt om gebruik te maken van een flexwerker.

Daarnaast vindt men dat de term 'intrinsieke aard' te weinig duidelijkheid geeft en moet de categorie waarvoor een uitzondering van de ketenbepaling mogelijk is, verder worden gespecificeerd. Betreffende de proeftijd moet er goed worden onderzocht welke gevolgen afschaffing heeft voor de categorie werknemers met een zwakke arbeidspositie. Aangaande deze groep moet er goed worden onderzocht of de nieuwe wetgeving rond het uitzendbeding inderdaad meer zekerheid gaat opleveren. De RvS twijfelt of de wijzigingen ook positieve gevolgen zullen hebben voor sectoren waar veel met uitzendkrachten wordt gewerkt. De doorbetalingsverplichting vanaf anderhalf jaar kan voor werkgevers een argument zijn om de uitzendovereenkomsten te beperken tot deze termijn.

Uit onderzoek door het CPB blijkt dat de structurele werkgelegenheid slechts nihil toeneemt en het niveau van ontslagbescherming ongeveer gelijk blijft. Uit andere studies komen dezelfde zorgen over het eerder beëindigen van arbeidsovereenkomsten naar voren. De toekomstige wetgeving rond afwijking middels cao en proeftijd, draagt hier aan bij. Bovendien kunnen de nieuwe regels rond proeftijd gemakkelijk worden omzeild. Jongeren worden door de wetgever van de nieuwe ketenbepaling uitgesloten, maar ook jongeren hebben baat bij meer zekerheid. Betreffende het concurrentiebeding zullen werkgevers waarschijnlijk meer tijd investeren in het opstellen van een zwaarwegend belang en daardoor toch een concurrentiebeding overeen komen.

6.4 Conclusie hoofdstuk 4

In hoofdstuk 4 wordt een antwoord gegeven op deelvraag 3B. Deze vraag heeft betrekking op de **gevolgen** van de wetswijzigingen voor de bouwsector. In het kader van dit onderzoek is hier hoofdzakelijk een praktische invulling aan gegeven.

Er wordt geen toename verwacht van het aantal werknemers dat zal doorstromen naar een contract voor onbepaalde tijd. Ook in het beschermingsniveau van werknemers met een contract voor bepaalde tijd wordt geen stijging verwacht. De veranderingen die worden doorgevoerd op het gebied van het ontslagrecht spelen hier een rol bij. De wijzigingen die worden aangebracht aan de Wet Werk en Zekerheid zullen naar verwachting niet de gevolgen hebben, die door de wetgever zijn beoogd. Werkgevers in de bouwsector hebben op dit moment niet de visie om veel werknemers in dienst te hebben op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en zullen na de wetswijziging niet van deze visie afstappen. Verder wordt het voor de sociale partners moeilijker om nog middels cao ten gunste van de werknemers van de wetgeving af te wijken. Verder wordt het jammer gevonden dat de periode tussen twee afzonderlijke contracten wordt verlengd naar zes maanden. De mogelijkheid voor werknemers om deze termijn te overbruggen wordt zo kleiner en het zal moeilijker worden om weer bij de oude werkgever terug te keren. Er is op dit moment in Nederland bijna geen enkel bouwbedrijf dat werkt zonder flexwerkers. Een bedrijf kan niet zonder een laag van flexibele werknemers. Tijdens observaties op de bouwplaats is gebleken dat het aantal contracten voor onbepaalde tijd in de minderheid is en werknemers verwachten dat de wijzigingen van de Wet Werk en Zekerheid niet in hun voordeel zullen uitpakken.

6.5 Conclusie hoofdstuk 5

In hoofdstuk 5 wordt een antwoord gegeven op deelvraag 3C. Er wordt een uiteenzetting gegeven van de huidige cao en de **mogelijkheden** om onder de nieuwe wetgeving nog van de cao af te wijken.

In de nieuwe cao is de nadruk gelegd op handhaving. Er wordt op dit moment aan wettelijke bepalingen in de cao een andere invulling gegeven. Zo is er op grond van art. 7:668a lid 5 BW voor werknemers in de bouwsector al na twee jaar een contract voor onbepaalde tijd overeengekomen. Sociale partners in de bouwsector zullen altijd het aantal contracten voor bepaalde tijd onder het wettelijk maximum proberen te krijgen. Onder de nieuwe wetgeving wordt het voor sociale partners complexer om nog van de wetgeving af te wijken. Er zal geen beroep worden gedaan op grond van een intrinsieke sector, waardoor er meer contracten voor bepaalde tijd kunnen worden overeengekomen. Betreffende de proeftijd mag er nog wel middels cao worden afgeweken, net als voor de opzegtermijn.

6.6 Aanbevelingen

De eerste aanbeveling heeft betrekking op de mogelijke maatregelen, die worden getroffen om het verschil tussen EU-werknemers en werknemers uit Nederland weg te nemen. Het is voor werkgevers op dit moment veel goedkoper om een werknemer uit bijvoorbeeld Roemenië in dienst te nemen, dan een Nederlandse werknemer. Het verschil tussen beide werknemers moet kleiner worden, zonder afbreuk te doen aan het vrije verkeer van werknemers op grond van art. 45 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Voor FNV Bouw dan ook de taak om zich bij de overheid daarvoor in te spannen, waardoor er mogelijk meer prioriteit aan de plannen gegeven wordt.

De tweede aanbeveling heeft betrekking op de juridische ketenaansprakelijkheid in de bouwsector. FNV Bouw maakt zich hard om deze juridische ketenaansprakelijkheid gerealiseerd te krijgen. Doel van de bepaling is om onderbetaling in de bouwsector te voorkomen, immers opdrachtgevers kunnen dan aansprakelijk worden gesteld voor betaling van het cao loon. Dit is één van de maatregelen die door de wetgever is geopperd om het probleem van schijnzelfstandigheid te bestrijden. De aanbeveling nodigt ertoe uit om deze strijd door te zetten, met hopelijk als gevolg dat de ketenaansprakelijkheid kan worden ingevoerd.

De derde aanbeveling heeft betrekking op de wijzigingen van de artikelen behorende bij de Wet Werk en Zekerheid. Het is belangrijk dat leden goed op de hoogte zijn van de wijzigingen en precies weten welke rechten en plichten er op hun individuele situatie van toepassing zijn. Daarom is het goed om leden middels de gemaakte folder "Zekerheid van Werk" goed te informeren. Deze folders kunnen gemakkelijk bij bezoeken aan de bouwplaats aan de aanwezige leden worden uitgedeeld.

De vierde aanbeveling heeft betrekking op het ingezette beleid van FNV Bouw om nader tot de leden op de bouwplaats te komen. Door middel van bezoeken aan de bouwplaats en gesprekken met werknemers in de bouwkeet, wordt duidelijk wat voor zaken er onder de leden spelen, maar ook hoe de bouwsector in het algemeen ervoor staat. Uit eigen waarneming blijkt dat deze bezoeken zeer zinvol zijn en dat de werknemers deze "service" vanuit de vakbond waarderen. Daarom is het aan te bevelen om hier mee door te gaan en aandacht te blijven geven aan het goed doorlopen van het verdere traject met cliënt. Concreet moet er op een goede wijze naar leden/werknemers worden geluisterd en vervolgens geprobeerd worden om cliënt zo goed mogelijk bij te staan.

Evaluatie

De scriptie heeft gedurende de periode een aantal wijzigingen gekend. Zo zijn tijdens het onderzoek deelvraag een en twee samengevoegd. De overlap die beide deelvragen heeft, had het verwarrend gemaakt om ze in aparte hoofdstukken onder te brengen. Verder is er gekozen om aan hoofdstuk vier een praktische invulling te geven. Er is door juridische auteurs veel onderzoek gedaan naar de gevolgen van de wijziging aan de Wet Werk en Zekerheid in het algemeen, maar nauwelijks specifiek gericht op de bouw. Een praktische invulling maakt het daarom alsnog een hoofdstuk wat een uitgebreid en onderbouwd antwoord geeft op de deelvraag. Een andere opmerking verdient de jurisprudentie. In het kader van het scriptieonderwerp is er nog nauwelijks jurisprudentie voorhanden. Voor dit onderzoek is daarom de keuze gemaakt, om behandelde onderwerpen aan te vullen met verschillende jurisprudentie.

In het kader van de beschikbare tijd, zijn er voor dit onderzoek drie interviews opgenomen. Daarnaast zijn er veel bezoeken geweest aan bouwplaatsen, om ook de praktijk goed te leren kennen. Achteraf had wellicht ook een enquête onder leden van FNV Bouw in de praktijk nog een aanvulling kunnen geven. Gelukkig wordt dit nu gedaan door FNV Bouw zelf, zodat daar door de organisatie gericht op kan worden gehandeld.

Literatuurlijst

Literatuur

J.P.H. Zwemmer, "Pluraliteit van werkgeverschap" Deventer: Kluwer, 2012

F. Burgraaf, Onderzoek FNV Bouw, "Gewoon goed werk", 2012

R. de Munnik en K. Pilgram, "Brancheschets Bouw", UWV, 2012

Centraal Bureau voor de Statistiek, "Positie werkkring en arbeidsduur: meer flexwerkers", maart 2014

A. Goudswaard e.a., "Een onderzoek van tno naar flexstrategieën van Nederlandse bedrijven", Hoofddorp: mei 2014

P. de Beer e.a., "Flexibilisering de balans opgemaakt", Amsterdam: De Burcht, 2011

R. Knecht, "Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid", Hoofddorp: TNO, 2007

Memorie van toelichting, behorende bij het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid

N. Bosch e.a. "De huidige en toekomstige groei van het aandeel zzp'ers in de werkzame beroepsbevolking" Den Haag: Centraal Planbureau

F. Cörvers en J. van Thor, "Flexwerk in Nederland", Maastricht: Universiteit van Maastricht, 2010

K. Zandvliet, "ZZP tussen werknemer en ondernemer", Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013

Ontslagprocedure UWV, Beleidsregels en Regelgeving, "uitbesteding van werk aan echte of schijnzelfstandigen", 2012

Beleidsregels Ontslagtaak UWV april 2014

Voortgang aanpak schijnconstructies, 26 november 2013, brief minister van SZW

L. Verburg, "Payrolling: over duiding en verbinding", Ars Aequi, december 2013

M.E. Winnubst en P. Vroonhof, "Payroll-services in Nederland, Bekendheid, markt en marktpotentie", Zoetermeer: EIM, 2010

M.W.A.M. van Kempen, "Over de zoektocht naar een eenduidige benadering van de rechtsbescherming van de payroll werknemer", Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, 2013/6

L.A. Hoen, "De payroll overeenkomst, een onrustig bezit", School en Wet, 2013/4

Y.A.E. van Houte, "Uitzending en payroll: overeenkomst en verschil" ArbeidsRecht, juli 2011

M.A. Kuyt- Fokkens, "Payrolling: uitkomst of toch niet" Nederlands Juristenblad, juni 2006

E. Bevers, "Payrolling een korte update", oktober 2013

Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p 51 (MvT)

A. Heyma en S. van der Werff, "De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers", Amsterdam: SEO, 2013

R. Euwals en F. Cörvers, Labour Market Flexibility in the Netherlands, Den Haag: CPB, 2011

Cao voor de Bouwnijverheid, verlengd tot 31 december 2014

Cao onderhandelingen FNV Bouw onderdeel "Flex en Zekerheid"

Houweling en Loonstra, "Het Concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst", Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2011

E. Knipschild, De voordelen en risico's van een min/ max-contract, Arbeidsrecht 2009/12, p 13

A. Beijderwellen, Wet Werk en Zekerheid: het einde van nul-uren-contracten in de zorg, april 2014

Advies van de Raad van State, inzake de wijziging van verschillende onderdelen van de Wet Werk en Zekerheid, 5 november 2013

R. Euwals en D. van Vuuren, "Gevolgen Wet Werk en Zekerheid voor de werkgelegenheid", Den Haag: CPB, 2013

C.J. Loonstra en P.T.H. Sick, "Het wetsvoorstel werk en zekerheid in vogelvlucht: dekt de vlag de lading", Tijdschrift Arbeidsrechtspraktijk, 1/ 2014

M. ten Broeke e.a., "Het wetsvoorstel Werk en zekerheid- 30 concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking", Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, 2013

E. Hennis e.a., "Advies inzake Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid", Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten, 2014

J.P.H. Zwemmer, "Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid: commentaar en aanbevelingen", Woerden: Vereniging voor Arbeidsrecht, 2014

Jurisprudentie

HR 14 november 1997, NJ 1998/149

HR 14 april 2006, JAR 2006/119

HR 10 oktober 2003, JAR 2003/ 263

HR 16 april 1943, NJ 1943, 352

HR 8 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780

HR 11 mei 2012, LJN BV9603

HR mei 1992, NJ 1992/480

HR 13 september 1991, NJ 1992,130

Rb. Enschede, 21 maart 2013, ECLI: NLL RBOVE: 2012: BZ6630

Rb. Rotterdam, 21 december 2012, JAR 2013/46

Rb. Zwolle/ Lelystad, ktr, 30 november 2005, ECLI: NL:RBZLY: 2005:AU7235

RB. Leeuwarden, ktr, 1 juni 2011, ECLI: NL: RBLEE: 2011: BQ8075