

GESCHRIFTEN VAN DE
VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT

13

**FLEXIBELE
ARBEIDSRELATIES**

PROF. MR. M.G. ROOD
MR. M.J. VAN DER VEN

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK 1988

Flexibele arbeidsrelaties

Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht
Nr. 13

Flexibele arbeidsrelaties

Preadvies

Prof.mr. M.G. Rood
Mr. M.J. van der Ven

Samsom H.D. Tjeenk Willink Alphen aan den Rijn 1988

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Rood, M.G.

Flexibele arbeidsrelaties : preadvies / M.G. Rood, M.J. van der Ven. — Alphen aan den Rijn : Samsom H.D. Tjeenk Willink. — Ill. — (Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht ; nr. 13)

Met lit. opg.

ISBN 90-6092-308-1

SISO 317 UDC 331.104:351.83(492) NUGI 695

Trefw.: arbeidsverhoudingen ; Nederland / sociale wetgeving ; Nederland.

ISBN 90 6092 308 1

NUGI 695

© 1988 M.G. Rood en M.J. van der Ven, Amsterdam.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient u zich te richten tot: Samsom Uitgeverij bv, Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn.

TEN GELEIDE

Het bestuur van de Vereniging van Arbeidsrecht heeft tot zijn genoegen mevr. mr. M.J. van der Ven, medewerker bij de juridische afdeling van het GAK-hoofdkantoor, en prof. mr. M.G. Rood, hoogleraar sociaal recht te Leiden, bereid gevonden een preadvies te verzorgen over flexibele arbeidsrelaties.

Het preadvies zal worden besproken in een vergadering van de vereniging, te houden op woensdag 14 december 1988.

Badhoevedorp, oktober 1988

De voorzitter,
prof. mr. W.M. Levelt-Overmars

INHOUD

Ten geleide	5
Over flexibele arbeidsrelaties	9
<i>Prof.mr. M.G. Rood</i>	
1. Inleiding	11
2. Flexibele arbeidsrelaties	15
2.1 Redenen van ontstaan	15
2.2 Soorten relaties	17
2.3 Enige constatering	33
2.4 Consequenties	34
2.5 Conclusie	38
3. Gezagsverhoudingen	40
3.1 Inleiding	40
3.2 Bevelsbevoegdheid	42
3.3 Inhoud van het begrip gezagsverhoudingen	42
3.4 Gezagsverhouding: een noodzaak?	44
3.5 Grenzen van de gezagsverhouding	48
3.6 Conclusie	51
4. Toekomst	55
4.1 Inleiding	55
4.2 Rechtssituatie in de toekomst	55
4.3 Toekomstsuggesties	57
5. Slot	59
Noten	60

Flexibele arbeidscontracten en sociale zekerheid (bij werkloosheid en arbeidsongeschiktheid)	63
<i>Mr. M.J. van der Ven</i>	
1. Inleiding	65
2. Kring van verzekerden	67
2.1 Verplichte verzekering ingevolge de Werkloosheidswet, de Ziektewet en de Wet op de arbeidsongeschiktheids- verzekering	67
2.2 Vrijwillige verzekering ingevolge de Ziektewet en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering	84
2.3 Verplichte verzekering ingevolge de algemene arbeids- ongeschiktheidswet	86
3. Premieheffing	88
3.1 Werknemersverzekeringen	88
3.2 Volksverzekeringen	89
4. Recht op uitkering	90
4.1 Recht op uitkering ingevolge de Ziektewet	90
4.2 Recht op arbeidsongeschiktheidsuitkering	97
4.3 Recht op werkloosheidsuitkering	105
4.4 Recht op toeslag	115
5. Concluderende beschouwing	118
Noten	122
Literatuuroverzicht	126

Over flexibele arbeidsrelaties

Prof.mr. M.G. Rood

1. INLEIDING

Het bestuur van onze vereniging koos de flexibele arbeidsrelaties tot thema van de najaarsvergadering in 1988. Het heeft daarbij twee inleiders gevraagd dat thema voor te bereiden. Eén daarvan zal de sociaalzekerheidsrechtelijke vragen in dit verband bezien. De ander zal op arbeidsrechtelijke vragen rond het thema ingaan. Ik ben die 'ander'. Bijgevolg zal dit opstel de sociaalzekerheidsrechtelijke zijde van het vraagstuk der flexibele arbeidsrelaties (far) niet aanroeren. Het tracht zich integendeel te occuperen met de vragen die de far op arbeidsrechtelijk terrein opwerpen.

Dat ons bestuur op deze materie zijn oog heeft laten vallen, behoeft niet te verbazen. Geleidelijk heeft het verschijnsel een omvang aangenomen die reeds om kwantitatieve redenen de aandacht vraagt. Zo menen Heuperman en De Vries¹ dat inmiddels 12% van onze beroepsbevolking arbeid verricht voor een ander, op basis van een of andere vorm van een flexibel contract. Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, althans het door dat ministerie gepresenteerde rapport *Arbeid op maat*,² verwachtte in 1986 een verdere toename van het aandeel van dit soort contracten in het totaal van rechtsverhoudingen op basis waarvan de beroepsbevolking werkt. Intussen is genoemd departement iets voorzichtiger geworden en van mening dat een stabilisatie intreedt rond 10 à 12% van de beroepsbevolking.³ Een soortgelijk en soms nog hoger percentage voor andere lid-staten der Europese Gemeenschappen blijkt uit de rapportage van de Europese Commissie over de sociale toestand in de Gemeenschappen.⁴

Of de stabiliteitsverwachting reëel zal blijken te zijn of niet, valt moeilijk te voorspellen. Het antwoord op die vraag hangt samen met dat op de oervraag in dit verband: waarom zijn flexibele arbeidsrelaties ontstaan? Daarop beoog ik eerst hierna in te gaan, zodat zulks voor het moment blijft rusten. Maar beslissend voor de door het bestuur gemaakte keuze was het antwoord op de vraag naar de verdere ontwikkeling der kwantiteit niet. Immers, ook wanneer van een stabilisatie rond 10 à 12% sprake zou zijn, gaat het in ons land alleen al om 5 à 600.000 mensen die aan het arbeidsproces

deelnemen op een manier die op zijn minst onze juridische nieuwsgierigheid behoort te mobiliseren. Daar komt nog wat bij. Onderzoek lijkt aan te tonen dat vooral in lagere functies op basis van far wordt gewerkt. In het sociale patroon in ons land, doch al evenzeer in dat van de ons omringende landen, betekent dit dat vooral vrouwen, jeugdigen en leden van etnische minderheden tot de far-werkers behoren. Gezien enerzijds de kwantiteit van het verschijnsel en anderzijds de kwaliteit daarvan, komt de eerder bedoelde keuze alleszins gerechtvaardigd voor. En met 'kwaliteit' doel ik er dan op dat wanneer een bepaald type contract in het bijzonder voor de arbeid van onderliggende groepen in de maatschappij wordt gebezigd, reeds dat een aanleiding voor onze Vereniging behoort te zijn zich ermee bezig te houden.

Het sociaal recht heeft zich ontwikkeld vanuit het arbeidsrecht. Zo men wil, is het arbeidsomstandighedenrecht er de basis van. Doch ook bij voorlopers als de Kinderwet van Van Houten was het arbeidsrecht reeds aan de orde. Welke rechtsconsequenties behoort de relatie tussen werkgever en bepaalde groepen werknemers te hebben?, zo was onder meer de vraag. Die vraag is voor de algemene werkgever-werknemerverhouding beantwoord door de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907,⁵ die haar plaats in de bekende artt. 1637a e.v. in het BW heeft gevonden.

De ontplooiing van het sociaal recht heeft plaats kunnen vinden op basis van de rechtsverhouding die de genoemde BW-artikelen regelen, dus op basis van de arbeidsovereenkomst. Het is hier niet de plaats bij die ontplooiing stil te staan. Wij kunnen volstaan met de vermelding dat het sociaal zekerheidsrecht, of nauwkeuriger het werknemersverzekeringsrecht, steunt op die overeenkomst,⁶ dat het medezeggenschapsrecht diezelfde overeenkomst tot uitgangspunt kiest,⁷ dat het collectief arbeidsrecht als wortel de arbeidsovereenkomst heeft⁸ en dat het loongarantierecht op dezelfde basis steunt,⁹ om enkele voorbeelden te noemen. Zien wij de arbeidsovereenkomst als het fundament van het arbeidsovereenkomstenrecht, dan verdient aantekening dat op basis van datzelfde fundament inmiddels ook andere bouwwerken dan dat van het arbeidsovereenkomstenrecht zelf zijn opgetrokken. De vraag nu die de opkomst van de far stelt, is of het inmiddels tijd is voor een relativering van de betekenis van de arbeidsovereenkomst voor het sociaal recht. Kan het zijn dat die overeenkomst althans, en in ieder geval zoals het BW deze definieert, in de twintigste eeuw een bruikbaar fundament was doch dat tegen het einde van die periode een herbezinning op dat fundament geboden is? Is het wellicht zo dat de arbeidsovereenkomst als instituut zal blijven bestaan doch dat haar betekenis voor het sociaal recht vermindert omdat naast die rechtsrelatie andere relaties een plaats verwerven onder de sociaalrechtelijke zon? Deze en dergelij-

ke vragen komen op bij aanschouwing van de far. De keuze van dat onderwerp voor onze najaarsvergadering kan tot (her)bezinning op zulke vragen leiden. Ook om die reden lijkt de keuze gerechtvaardigd en het onderwerp de moeite waard.

Na aldus in deze inleidende beschouwing enkele voorlopige gedachten te hebben geventileerd c.q. vragen te hebben opgeworpen waarom de flexibele arbeidsrelaties het onderwerp van dit opstel zijn en welke betekenis ze voor het sociaal recht als geheel hebben, thans een enkel woord over de indeling van dit geschrift. Het bestaat — na deze inleiding — uit drie onderdelen.

Vooreerst zal ik op de far zelf ingaan. Waarom zijn ze opgekomen? Wat behelzen ze? Welke consequenties brengen ze mee? Dat zijn de vragen die in dit onderdeel aan de orde zullen komen. Vervolgens gaat het erom hoe ze rechtens zijn te duiden. In dat verband valt op dat de rechtsliteratuur, voor zover zich met far occuperend, dat geheel doet vanuit het geldende recht. Die benadering brengt mee dat de alternatieve arbeidsrelaties aan de maatlat van de arbeidsovereenkomst worden gemeten. Meer speciaal blijkt het dan te gaan om de gezagsverhouding. Is die aanwezig, dan is een far een arbeidsovereenkomst en is de gezagsverhouding niet aanwezig dan is een far een overeenkomst tot het verrichten van diensten, aldus die benadering. Ik wil in dit stadium reeds gaarne erkennen dat zulks naar geldend recht moeilijk betwistbaar lijkt doch dat een dergelijke benadering om twee redenen opvallend is.

Allereerst omdat ze de indruk wekt dat de arbeidsovereenkomst de maat der sociaalrechtelijke zaken is. Onwillkeurig bekruipt mij dan de gedachte aan een vergelijking met het huwelijk enerzijds en de buitenhuwelijkse (of zo men wil flexibele) samenlevingsvormen anderzijds. Is de juiste manier van waardering rechtens van die laatste vormen van samenleving dat ze zoveel mogelijk gelijk moeten zijn aan het huwelijk? Ik geloof het niet; veel eer is de vraag of het huwelijk niet een vorm van samenleving is naast andere, zonder dat de ene moet proberen zoveel mogelijk op de andere te lijken of de ene boven de andere moet prevaleren.

In de tweede plaats viel mij de genoemde benadering op omdat ze conserverend is. Wanneer wij erin zouden slagen nieuwe verschijnselen als de far te herleiden tot bestaande, dragen we weinig aan vernieuwing en veel aan verstarring bij. Dat kan, dunkt mij, op een vakgebied als het onze dat zo'n open verbinding met de maatschappelijke ontwikkelingen heeft, bezwaarlijk de bedoeling zijn.

Mede om die redenen zal ik op de vraag van de kenmerken van de arbeids-

overeenkomst en in het bijzonder op de gezagsverhouding in het derde onderdeel wel ingaan doch dat niet doen met de bedoeling de far in te delen in ofwel arbeidsovereenkomsten ofwel overeenkomsten tot het verrichten van diensten. Veeleer zal onderzocht worden wat de gezagsverhouding nu precies wel en niet omvat en in hoeverre de far daarvan afwijkt.

Tenslotte (in het laatste onderdeel) gaat het om de toekomst. Waarheen met de far? Welke mogelijkheden zijn er? Welke positie behoort die van de overheid (wetgever) te zijn en welke keuze uit de mogelijkheden stel ik voor?

Met deze en soortgelijke vragen zal ik dit opstel afsluiten.

2. FLEXIBELE ARBEIDSRELATIES

Het is allereerst de vraag *om welke redenen* de far zijn ontstaan. In dit stadium spreek ik nog, in het voetspoor van ons bestuur, over het verzamelbegrip far. Hierna zal ik trachten in te gaan op de vraag welke soorten relaties nu precies achter dat begrip schuil gaan. Die benadering komt vooralsnog gerechtvaardigd voor, nu het begrip far reeds een aantal jaren is ingeburgerd en als het ware tot het meubilair in het sociaalrechtelijke huis is gaan behoren.

2.1 Redenen van ontstaan

In een preadvies over de flexibilisering van de arbeidsmarkt dat van 1985 dateert, wijt Van Voorden de opkomst van far aan twee oorzaken. Voor eerst zou de slechte economische situatie in ons land tot zulke arbeidsrelaties leiden. De economische omstandigheden presenteren zich aan de ondernemer als wisselvalligheden van de markt die de behoefte aan het variabel houden van (een deel van) de arbeidskosten oproepen, aldus deze auteur.¹⁰ In de tweede plaats worden losse arbeidsvormen gezocht om het rigide ontslagrecht tegen te gaan.

Genoemd preadvies verscheen als een publikatie van de Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek (OSA). Die organisatie liet een jaar later een rapport verschijnen waarin zij na onderzoek constateert dat de bijdrage van far aan toename van de werkgelegenheid en – wat in dit bestek belangrijker is – aan kostenbeheersing niet groot is.¹¹

Het reeds eerder aan de orde gekomen rapport *Arbeid op maat* (ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, december 1986) signaleert een correlatie tussen far en ontslagrecht.¹² Zou dat laatste recht versoepeld worden, dan zullen werkgevers meer arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd aanbieden aan aspirantwerknemers, aldus de opgaven van bedrijven aan de onderzoekers wier bevindingen in dit rapport zijn neergelegd. In het rapport *Flexibele inzet van arbeidskrachten*¹³ gaat het genoemde departement tenslotte uitgebreider in op de vraag naar het ‘waarom’ van

far. Naast de beide, door Van Voorden reeds genoemde, gronden besteedt het aandacht aan de ruime arbeidsmarkt, doch ook – en dat maakt het genuanceerder – aan het veranderende wensenpatroon van een gedeelte der werkzoekenden. Naar aan te nemen valt, staat dat patroon ook onder de druk van de ruime markt. Anders gezegd, het is de vraag hoe autonoom dat patroon is c.q. in hoeverre het is gemodelleerd door de mogelijkheden die de markt blijkt te bieden. Doch, alle onderzoeken die zich met far of onderdelen daarvan (bijv. alleen thuiswerk¹⁴) of alleen uitzendarbeid¹⁵ hebben bezig gehouden, tonen aan dat een minderheid (ongeveer eenvierde) van de aldus werkenden, geen andersoortige werkrelatie wenst.

Het ligt niet in mijn bedoeling met de hiervoor genoemde auteurs, onderzoekers of organisaties in discussie te treden over de vraag of ze de juiste oorzaken van het far-verschijnsel aanwijzen. Dat gebeurt reeds daarom niet omdat hun bevindingen deels steunen op economische inzichten, deels op sociaalwetenschappelijk onderzoek en beide terreinen niet tot ons vakgebied behoren.

Dit onderdeel van het opstel is begonnen met de vraag naar de redenen van het voorkomen van het genoemde verschijnsel. De achterliggende gedachte daarbij was dat wanneer die redenen van voorbijgaande aard zijn, ze vermoedelijk de over de far uiteindelijk te trekken conclusies kunnen beïnvloeden en met ‘voorbijgaande aard’ wordt dan bedoeld op een sterke tijdelijkheid, nu immers in beginsel alle verschijnselen in onze maatschappij wel tijdelijk zullen zijn en dus voorbijgaan. Brengen we nu de gesignaleerde bevindingen terug tot hun essentie dan lijken er drie hoofdredenen voor het opkomen van de far te bestaan:

- a. conjuncturele (ruime arbeidsmarkt, weifelende conjunctuur, onzekere vooruitzichten),
- b. existentiële (pluriformering van het wensenpatroon van hen die arbeid aanbieden),
- c. juridische (weinig soepel ontslagrecht).

Van die drie komt *b* als de minst tijdelijke voor. De individualisering en de pluriformering in onze maatschappij zullen er mijns inziens toe leiden dat eerder dan in het verleden verschillendsoortige mogelijkheden een plaats naast elkaar zullen vinden. Dat geldt op diverse gebieden, waarvan hiervoor reeds dat met betrekking tot de samenleving van twee personen aan de orde kwam. Het zal ook gelden op het terrein van de arbeidsrelaties. Het wordt minder vanzelfsprekend dat hij/zij die werkt voor een ander, dat voor de gehele week of het gehele jaar, laat staan voor jaren doet zoals voorheen het geval was. De opkomst van deeltijdarbeid, ouderschapsverlof e.d. toont deze tendentie reeds nu aan. Hier past overigens een woord

van waarschuwing voor misverstanden. Omdat ik meen dat werkers eerder en meer flexibel zullen willen werken, meen ik niet dat ze onbeschermd moeten staan tegenover een gewoonlijk economisch sterkere werkgever. Of, anders gezegd, de erkenning van een tendentie in de maatschappij naar flexibiliteit, zegt nog niets over de rechtsrelatie waarbinnen zulke werkvormen dienen te worden uitgeoefend.

Dit gedeelte van het opstel houdt zich daarmee echter nog niet bezig. Veeleer gaat het hier erom vast te stellen of *far* een tot de jaren tachtig beperkt verschijnsel zullen blijken te zijn. Ook reden *c* zal een zekere blijvendheid vertonen. Weliswaar heeft de SER op 16 september 1988 zijn advies over een herziening van het ontslagrecht vastgesteld en concludeert hij daarin tot een zekere versoepeling.¹⁶ De vraag blijft of en in hoeverre regering en parlement het over veranderingen op dit bij uitstek politiek geladen terrein eens zullen kunnen worden. Bovendien: ook wanneer een zekere versoepeling van ontslagrechtelijke regels in het begin van de negentiger jaren te verwachten is, komt het onaannemelijk voor dat de veranderingen een schoksgewijs karakter zullen hebben. Dat derhalve na het aanbrengen van wijzigingen (die ik overigens wel verwacht¹⁷), de onder *c* genoemde reden zal verdwijnen, acht ik onwaarschijnlijk.

Over de conjunctuur en derhalve over de onder *a* genoemde reden blijft een prognose achterwege om de eerder aangegeven reden.

Per saldo lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de *far* met ons zullen mee-reizen naar en voorbij het jaar 2000. Ook om die reden is de keuze van het onderwerp voor onze vergadering toe te juichen.

2.2 Soorten relaties

Tot nog toe sprak dit opstel over het verzamelbegrip flexibele arbeidsverhoudingen. Eerder is opgemerkt dat het *far*-begrip zo inburgerde dat het gebruik van die term voorlopig was toegestaan. Maar de vraag blijft wat nu precies onder dat begrip moet worden verstaan. Het moment voor een *na-dere verkenning van de inhoud* ervan lijkt te zijn aangebroken.

Dat het moet gaan om arbeidsrelaties, lijkt duidelijk. Of, om het nauwkeuriger te zeggen, *far* hebben het oog op verhoudingen tussen twee personen (waarvan één een rechtspersoon kan zijn), volgens welke de ene ten behoeve van de ander arbeid verricht. Het gaat binnen het *far*-begrip echter niet zozeer om de ‘*ar*’ (de arbeidsrelaties), doch om de ‘*f*’ (het flexibele van die relaties). Met ‘arbeidsrelaties’ alleen moeten we naar geldend recht doelen op de drie rechtsverhoudingen, genoemd in art. 1637 BW. Dat deel van het begrip ziet op de opsomming (een drietal) die wij reeds lang

kennen. Het nieuwe in die relaties schuilt in de opkomst van de 'f'. Welke arbeidsrelaties nu zijn flexibel?

Volgens Van Dale kent 'flexibel' drie betekenissen. Naast 'buigzaam' en 'gedwee', waarop volgens onze taalleraar het begrip letterlijk slaat, is er een derde figuurlijke betekenis: 'gemakkelijk aan wisselende omstandigheden aan te passen'. Om die laatste betekenis, dunkt mij, gaat het.

Welke arbeidsrelaties zijn nu gemakkelijk aldus aanpasbaar? In het eerder genoemde rapport van de Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek¹⁸ worden drie vormen van flexibilisering van relaties op het terrein van het verrichten van arbeid onderscheiden. De flexibilisering kan slaan op de arbeidsverdeling, op de arbeidstijd en op 'de mate van individualisering aangepast aan de specifieke werksituatie en veranderingen daarin'. Zonder aan dat onderscheid af te doen, ga ik ervan uit dat het far-verschijnsel zoals wij dat nu een aantal jaren kennen, voornamelijk betrekking heeft op de arbeidstijd. Nu eens kan de partij die ten behoeve van de wederpartij arbeid verricht, daadwerkelijk aan de slag, dan weer is zulks niet het geval, wordt er geen arbeid verricht en rust de relatie. Het is mogelijk dat de tijd-flexibilisering gepaard gaat met werkflexibilisering, in die zin dat in de ene arbeidsperiode andersoortige arbeid moet worden verricht dan in de andere. Maar wanneer het alleen om tijd-flexibilisering gaat, houd ik het ervoor dat wij met recht van far kunnen spreken. Dat betekent dat een arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor deeltijd niet tot de far behoren, enkel en alleen omdat zij (de eerste) van rechtswege plegen te eindigen en (de tweede) niet voor de in de onderneming gebruikelijke volle arbeidstijd zijn afgesloten. 'Enkel en alleen', omdat ook de zojuist genoemde typen overeenkomsten een flexibele tijdsbepaling kunnen kennen die ze tot een onderdeel van de far maken, doch dan omdat ze zo'n bepaling bevatten. Zo kan een arbeidsovereenkomst gesloten worden voor bijvoorbeeld een periode van één jaar doch de bepaling kennen dat de arbeid slechts hoeft te worden verricht op die dagen of uren waarvoor de ene partij de andere zal oproepen en de andere partij daadwerkelijk arbeid zal verrichten. Zo kan een arbeidsovereenkomst voor bijvoorbeeld 19 uur per week een gelijksoortige bepaling kennen. Het lijkt duidelijk dat we dan het terrein van het op- of afroepcontract betreden. Voorlopig trekken we ons van dat terrein nog een ogenblik terug. Hier gaat het erom vast te stellen welke type overeenkomsten niet tot de far behoort.

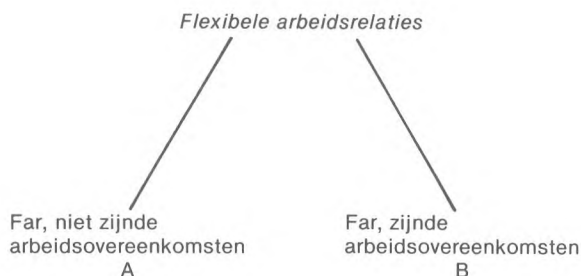
Gewoonlijk worden onder de far verstaan:¹⁹

- a. de uitzendverhouding,
- b. de thuiswerkverhouding,
- c. de freelance-verhouding,
- d. de af- en oproepverhouding.

Soms figureert ook de leer- of stageverhouding in deze rij.²⁰ Alvorens op ieder van die verhoudingen in te gaan, verdient opmerking dat – naar hierna zal blijken – sommige dezer verhoudingen luisteren naar de definitie van het begrip arbeidsovereenkomst (vgl. art. 1637a BW) en andere niet. Dient nu het begrip *far* toegespitst te worden op die rechtsverhoudingen welke geen arbeidsovereenkomst zijn? Of blijven wij het hiervoor genoemde uitgangspunt trouw, t.w. dat het om flexibiliteit in te werken tijd gaat? In dat laatste geval zullen we de *far* als een begrip met nadere onderverdeling moeten zien, namelijk in *far*-arbeidsovereenkomsten en *far*-geen arbeidsovereenkomsten. In de inleiding van dit opstel was sprake van pluriformering van arbeidsrelaties, gezien als rechtsfiguren. Naast arbeidsovereenkomsten, aldus die voorlopige gedachten, komen andersoortige verhoudingen op die niet passen in de drie-eenheid van art. 1637 BW en derhalve om optreden van de wetgever lijken te vragen. Dat uitgangspunt zou ertoe leiden alleen die relaties onder *far* te begrijpen die niet aan de criteria van de arbeidsovereenkomst voldoen en dus voor het eerste zojuist genoemde alternatief te kiezen. Daartegenover staat dat de tijd-flexibiliteit als onderscheidend criterium dan wordt losgelaten en het onduidelijk is welke overeenkomsten tot het verrichten van arbeid – geen arbeidsovereenkomsten – het onderwerp van deze studie zijn. Zo beschouwd, spreken we in één adem over twee wezenlijk verschillende toetsingsnormen. De ene is een norm ontleend aan de feiten. Geldt een flexibilisering van de te werken tijd voor deze rechtsverhouding, is daar de vraag. De andere is een norm ontleend aan het recht. Gelden de wettelijke kenmerken van een arbeidsovereenkomst voor deze rechtsverhouding, is daar de vraag.

In kaart gebracht, ziet hetgeen hier besproken wordt er als volgt uit:

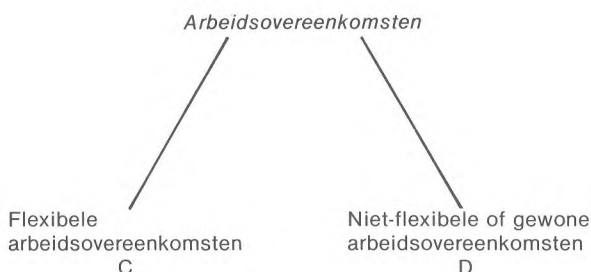
Figuur 1. *Flexibele arbeidsrelaties*



Flexibele arbeidsrelaties kunnen in twee gedeelten worden onderverdeeld zoals uit figuur 1 blijkt. Het ene gedeelte (A) bevat flexibele overeenkomsten

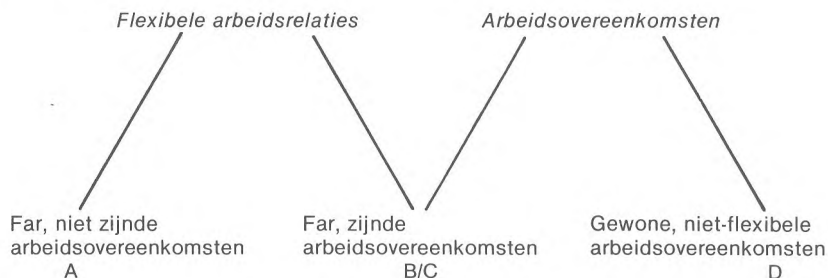
sten tot het verrichten van arbeid, niet zijnde arbeidsovereenkomsten. Het andere gedeelte (*B*) bevat flexibele overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, zijnde arbeidsovereenkomsten. Daarnaast kennen ook arbeidsovereenkomsten een verdeling in twee gedeelten zodra het om flexibiliteit gaat, gelijk figuur 2 in beeld brengt:

Figuur 2. *Arbeidsovereenkomsten*



Deel *C* bevat arbeidsovereenkomsten met een flexibele tijdsbepaling, deel *D* daarentegen kent arbeidsovereenkomsten ‘oude stijl’ of ‘gewone’ arbeidsovereenkomsten. In ieder geval kennen de in *D* thuishorende contracten geen flexibele tijdsbepaling. Wanneer wij nu de beide tekeningen samenvoegen in tekening 3, blijken de delen *B* en *C* samen te vallen zodat wij niet vier doch drie deelgebieden overhouden:

Figuur 3. *Flexibele arbeidsrelaties en arbeidsovereenkomsten*



Uit de tekeningen en uit hetgeen hiervoor is opgemerkt, volgt dat het begrip far zich op twee verschillende niveaus of manieren aan ons voordoet. Op het eerste niveau blijken far zich èn in A èn in B/C te bevinden. Daaronder zijn dus overeenkomsten die wel en overeenkomsten die niet aan de kenmerken van de arbeidsovereenkomst beantwoorden. Op het eerste niveau nu bezien wij far die arbeidsovereenkomsten zijn en die ze niet zijn, dus de totaliteit van de far. Op het tweede niveau occuperen wij ons alleen met de far die geen arbeidsovereenkomsten zijn, dus met A alleen. In dit stadium komt daarover een vraag op en valt een opmerking te maken. Om met de laatste te beginnen: in de inleiding van dit opstel is aandacht besteed aan de aantallen mensen die op basis van een far werken en aan de relatieve importantie van die aantallen. Intussen kunnen wij vaststellen dat het toen ging om A en B/C samen. Zouden wij ons tot A alleen beperken, dan spreken we over beduidend minder mensen. Op dat aantal komt dit opstel nader terug. Hier gaat het erom een zekere relativering aan te brengen op hetgeen over de kwantiteit van de far eerder werd neergeschreven.

En dan de zojuist genoemde vraag. Wanneer een wettelijke regeling van far wordt verlangd, over welke far spreken we dan? Of toegespitst op de tekeningen, moet de wet de far bedoeld in A en in B/C regelen of alleen die in A ?

In het eerste geval zal de wet ook in een regeling voorzien voor typen overeenkomsten waarvoor al een wettelijke regeling bestaat en waarvoor de noodzaak van nieuwe regels op zijn minst minder nijpend lijkt te zijn (onderdeel B/C). In het tweede geval voorziet de wet alleen in een regeling voor typen overeenkomsten waarvoor generlei wettelijke regeling geldt (onderdeel A alleen). Op het eerste oog lijkt het antwoord op de hier opgeworpen vraag niet moeilijk te zijn. Waarom immers (eerste alternatief) een regeling bij de wet die overbodig voorkomt? Bij nadere beschouwing echter blijkt dat de bokken van de schapen moeten worden gescheiden om alleen een wet te maken voor onderdeel A . Anders en meer in de termen van dit opstel gesproken, bij de toepassing van een dergelijke wet is nodig dat we A enerzijds en B/C anderzijds duidelijk van elkaar onderscheiden. Daarbij gaat het in hoofdzaak – naar zal blijken – om de aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding. De ervaring leert dat het vaststellen van die aanwezigheid niet steeds eenvoudig is en tot verschillende beslissingen kan leiden. Beperkt de wet zich tot onderdeel A , dan is van stonde af aan onzeker of de wet op een bepaalde relatie van toepassing is. Op deze vraag, die reeds presumeert dat er een wettelijke regeling zou moeten komen, gaat dit opstel nader in het laatste onderdeel in. Hier was het slechts de bedoeling op consequenties van het verschil tussen de far op het ene en op het andere niveau te wijzen, zowel wat de kwantiteit van het verschijnsel betreft als wat de problematiek van een eventuele wettelijke regeling aangaat.

Het is tijd terug te keren naar de typen verhoudingen die hiervoor werden opgeschreven als gemeenlijk gerekend tot de far. Gelijk daar genoteerd, gaan we op ieder daarvan in.

Ad a: de uitzendverhouding

De uitzendverhouding kenmerkt zich doordat ze drie partijen bij het werk betreft: het uitzendbureau, de inlener en de uitzendkracht. Uitzendarbeid wordt gereguleerd door de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.²¹ Gezien het in de Arbeidsbemiddelingswet²² neergelegde verbod op arbeidsbemiddeling, heeft de wetgever ervoor gezorgd dat het ter beschikking stellen van arbeidskrachten wat begripsomschrijving betreft niet kan vallen onder arbeidsbemiddeling. Onder zulke bemiddeling is immers uitsluitend begrepen het tot stand brengen van arbeidsovereenkomsten tussen de bemiddelde enerzijds en degene naar wie bemiddeld wordt anderzijds.²³ Bijgevolg verbiedt de wet dat tussen inlener en uitzendkracht een arbeidsovereenkomst tot stand komt (wel te verstaan tijdens de uitzendperiode, doch niet daarna). Met andere woorden, tussen twee der drie partijen bij deze verhouding bestaat geen arbeidsovereenkomst. Dat laat de vraag nog open hoe de relatie tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht moet worden gezien. Werd aan het begin van de jaren zeventig energiek gestreden over de vraag of de uitzendverhouding een arbeidsovereenkomst meebracht,²⁴ sedert na te noemen arrest van 1980 neemt de meerderheid van de auteurs zulks aan.²⁵ Sedert dat arrest wordt wel een onderscheid gemaakt tussen uitzendverhoudingen die voor de uitzendkracht een verplichting meebrengen het door het bureau aangeboden werk te aanvaarden en uitzendverhoudingen waarin een dergelijke verplichting niet bestaat. Gelijk wij direkt zullen zien, is het zeer de vraag of een zodanige conclusie aan het genoemde arrest mag worden verbonden. Doch anderzijds valt ook bezwaarlijk aan het arrest te ontnemen dat iedere uitzendverhouding een arbeidsovereenkomst is, zoals Frenkel heeft betoogd.²⁶

In de rechtsliteratuur is de gedachte wel geopperd dat eerst op het moment dat aangeboden werk daadwerkelijk wordt aanvaard, een arbeidsovereenkomst tussen bureau en kracht tot stand zou komen.²⁷ Een dergelijke constructie laat zich denken voor een geval waar een arbeidsovereenkomst al of niet tot stand komt tussen degene die het werk geeft en degene die het werk neemt wanneer de eerste de laatste daarvoor naar hem goed dunkt kan oproepen en de laatste naar hem goed dunkt op de afroep kan reageren. In zo'n geval betekent het feitelijk aan het werk gaan dat de relatie tussen beide partijen een daadwerkelijk inhoud krijgt. Zo lang de nemer van het werk daarmee geen aanvang maakt, is de inhoud van de relatie minder concreet en ook minder vlug als een arbeidsrelatie te typeren. Deze problematiek zal nader aan de orde komen bij de bespreking van de op- of afroepcontracten hierna.

Hier gaat het echter om een driehoeksrelatie, waarin tussen degene die het werk geeft (de inlener) en degene die het werk neemt (de uitzendkracht) in ieder geval geen arbeidsovereenkomst tot stand komt. De aanvaarding van het aangeboden werk die in de relatie tussen twee personen (de arbeidgever en de arbeidnemer) een belangrijk juridisch moment is, is dat niet of althans nauwelijks in de driehoeksrelatie die de uitzendverhouding bevat. In de relatie tussen bureau en kracht is de aanvaarding van het werk van de inlener door de kracht een verder van die rechtsrelatie afliggend gebeuren dan in de twee-relatie. Dat blijkt bijvoorbeeld ook wanneer men het einde van het werk beziet. Indien A voor B in het kader van een far-niet arbeidsovereenkomst werkzaamheden verricht, dan zal het einde van het werk een directe betekenis voor die relatie hebben. Afhankelijk van de afspraken zal ze eindigen. Wanneer niets is afgesproken zal in ieder geval de vraag of de relatie geëindigd is onmiddellijk opkomen. In de uitzendverhouding daarentegen verbindt de uitzendkracht zich via terbeschikkingstelling door het bureau aan derden, voor die derden te zullen werken. Heeft hij dergelijk werk aanvaard, dan zal het einde daarvan zijn relatie met het bureau in stand laten. Of, anders gezegd, de vraag zal dan niet onmiddellijk opkomen of die relatie tot een einde kwam. De aanvaarding en het feitelijk begin van het werk noch het einde daarvan raakt de relatie kracht-bureau zodanig dat ze daardoor een arbeidsovereenkomst zou worden of juist dat karakter zou verliezen. Ik kan om die reden niet inzien dat de zojuist genoemde constructie dat eerst een overeenkomst (en dan een arbeidsovereenkomst) tot stand komt op het moment dat het werk wordt aangevangen, rechtens soelaas biedt. Maar sterker, ik kan niet aanvaarden dat het voor de vraag of de relatie bureau-kracht een arbeidsovereenkomst is, van beslissende betekenis zou zijn of de laatste zich op voorhand heeft verbonden aangeboden werk te aanvaarden. Voor dat oordeel tellen naast de hiervoor genoemde argumenten nog twee andere mee.

Tot het wezen van de uitzendrelatie behoort dat de kracht zich niet vantevoren verbindt vast te zullen werken. Integendeel, de kracht heeft in het algemeen de vrijheid te beoordelen of de inlener, de personen waarmee hij moet samenwerken, de chef en het soort werk hem/haar ligt. Die vrijheid heeft iedere sollicitant naar een gewone plaats als werknemer. En geen redelijk argument kan rechtvaardigen dat zo'n vrijheid aan de uitzendkracht niet zou toekomen.

Moet hij/zij op een aanbod, ook contre coeur, ingaan, dan lijkt sprake van dwangarbeid welk soort arbeid bijvoorbeeld door de door ons land geratificeerde Conventie 105 van de Internationale Arbeidsorganisatie uitdrukkelijk is verboden en ook overigens in strijd zou zijn met art. 19 van onze eigen Grondwet en met art. 1 BW. Bovendien kan de verbintenis die voor een uitzendkracht uit de inschrijving bij het uitzend-

bureau voortvloeit ten aanzien van het aanvaarden van aangeboden werk, nooit zover gaan dat een gehoudenheid zou bestaan om ander dan passend (in dit geval passend op de bij de inschrijving kenbaar gemaakte wensen) werk te aanvaarden. Het staat de kracht dus altijd vrij om te beoordelen of de aanbieding daarmee in overeenstemming is. Met andere woorden, een weigeringsmogelijkheid is altijd in de uitzendrelatie ingebouwd en behoort tot haar wezen.

Per saldo meen ik dat de uitzendverhouding in alle gevallen een arbeidsovereenkomst tussen bureau en kracht meebrengt. Het veronderstelde type uitzendverhouding volgens welke de kracht zich vantevoren verbindt aangeboden werk te accepteren, blijkt niet te bestaan. Voor het geval een dergelijke clause desondanks in een uitzendcontract zou voorkomen, moet ze voor nietig als strijdig met elementaire rechten en vrijheden van hen die werken voor een ander worden beschouwd, immers met de vrijheid dat zij geen dwangarbeid behoeven te verrichten. Nu is het onderscheid tussen uitzendverhoudingen die wel- en die geen werkaanvaardingsplicht kennen, ontleend aan het al eerder genoemde arrest.²⁸ Het lijkt echter zeer de vraag of een dergelijke conclusie aan de uitspraak van de Hoge Raad mag worden verbonden. Vooreerst beperkt het arrest zich tot het oordeel dat de feitelijke rechter, rekeninghoudend met de door hem vastgestelde feiten geen rechtsregel had geschonden toen hij meende dat de uitzendkracht (Sie) in loondienst was bij het uitzendbureau (Manpower). Tot de feitelijke vaststellingen in die zaak behoorde dat Sie verplicht was de hem door Manpower opgedragen arbeid bij de inlener Bronswerk te verrichten.

Allereerst blijkt reeds daaruit dat de Hoge Raad niet besliste dat bij een andere feitelijke constellatie een uitzendverhouding geen arbeidsovereenkomst is. Doch bovendien ging het in de zaak Manpower/Sie niet om de vraag of de laatste, toen de eerste hem opgaf dat hij bij Bronswerk aan het werk kon gaan, daartoe wel of niet was gehouden. Integendeel, Sie had op basis van een aparte ministeriële toestemming al bijna een jaar bij Bronswerk gewerkt. Na een ziekte van ruim één maand meldde hij zich bij het uitzendbureau dat hem zei dat hij weer bij de genoemde inlener aan de slag kon. Dat nu weigerde Sie, welke weigering tot het einde van zijn relatie met Manpower leidde en aanleiding gaf tot de procedure. Daarin stelde de eerste rechter vast dat het bureau de kracht na de korte ziekte kon opdragen verder te werken bij dezelfde inlener. Daaruit leidde de rechtbank een gezagsverhouding af en in cassatie oordeelde de Hoge Raad dat zij zulks zonder schending van een rechtsregel uit de vastgestelde feiten kon afleiden. De hiervoor genoemde uitleg die aan het arrest is gegeven, t.w. dat er uitzendverhoudingen zijn met een vaststaande acceptatieplicht en verhoudingen die een dergelijke plicht niet kennen en dat de eerste wel en de tweede geen arbeidsovereenkomsten zijn, maakt twee sprongen. Allereerst wordt

dan aangenomen dat het arrest over een uitzendverhouding gaat die een plicht tot werkaanvaarding ab initio zou bevatten. En de tweede sprong is deze dat wanneer de verhouding zo'n aanvaardingsplicht niet kent, reeds om die reden geen arbeidsovereenkomst tussen bureau en kracht bestaat.

Ik houd die beide sprongen en dus deze interpretatie voor onjuist. In de relatie Manpower/Sie ging het er niet om of Sie toen Manpower voor het eerst opgaf dat er bij Bronswerk werk voor hem was, die arbeid moest accepteren. Het ging om de vraag of Sie na een korte ziekte jegens Manpower gehouden was zijn onderbroken werk voor te zetten. Bovendien volgt uit het arrest zeker niet dat uit andere feitelijke omstandigheden een gezagsverhouding niet zou zijn af te leiden. De rechtbank had die verhouding aan bepaalde omstandigheden ontleend. Tegen dat, op die omstandigheden gebaseerde, oordeel kwam een cassatiemiddel op zodat de cassatierechter zich moest beperken tot de vraag of de rechtbank aan die omstandigheden had kunnen ontleen dat er een arbeidsovereenkomst bestond.

Terugkerend tot ons uitgangspunt kunnen wij derhalve vaststellen dat de onderhavige relatie weliswaar behoort tot de far doch dan tot de far-arbeidsovereenkomst en derhalve thuishoort in onderdeel B/C. Dat wil zeggen, dat laatste geldt uiteraard voor de relatie bureau-kracht. Wat de kwantitatieve betekenis van het uitzendverschijnsel betreft, dat via het vergunningstelsel voor de bureaus vrij gemakkelijk is te volgen, is de laatste jaren van een stijging gebleken. Er was zes jaar geleden nog sprake van ± 65.000 uitzendkrachten in ons land, thans gaat het om bijna 100.000.²⁹ Hoezeer dat op zichzelf een imposant cijfer is en een studie naar de situatie van krachten als deze lijkt te rechtvaardigen, de cijfers betekenen dat nog geen 2% van de afhankelijke beroepsbevolking via een uitzendrelatie werkzaam is.

Ad b: de thuiswerkverhouding

De thuiswerkverhouding verschilt op diverse punten wezenlijk van de uitzendverhouding. Er is geen sprake van een driehoeksrelatie zoals daar het geval bleek te zijn. Daarentegen werkt degene die het werk neemt (de thuiswerker) gelijk het woord zegt thuis en niet in het bedrijf van degene die het werk geeft. Men kan met recht zeggen dat de thuiswerker niet wordt gekenmerkt door zijn aparte juridische positie, doch door de aard van de werkzaamheden die hij verricht, gelijk vermeld wordt in een onderzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.³⁰ Dat onderzoek geeft een definitie van het verschijnsel thuiswerker die hier zij overgenomen.

'Een thuiswerker is een persoon die een overeenkomst sluit met een andere persoon om thuis – buiten de controle van de andere partij om –

werkzaamheden te verrichten tegen een vooraf afgesproken vergoeding zonder daarbij gebruik te maken van meer dan twee hulpkrachten van buiten het eigen gezin.’

Nu de thuiswerkverhouding zich alleen daardoor kenmerkt dat het werk thuis wordt verricht, zal de rechtsgrondslag van dat verrichten geheel afhangen van de tussen partijen daarover gemaakte afspraken. De thuiswerkverhouding kan op basis van aanneming van werk gebeuren. Ze kan steunen op een arbeidsovereenkomst, doch evenzeer op een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Aldus beschouwd, is de thuiswerkverhouding onbestemder wat haar juridische vormgeving betreft dan de uitzendverhouding waarbij uitsluitend aan de hand van de vraag hoe het met de gezagsverhouding zit, beslist dient te worden of van een arbeidsovereenkomst danwel van een overeenkomst tot het verrichten van diensten sprake is. Van een overeenkomst van aanneming van werk kan daar de rede niet zijn. Toch zal het ook hier in hoofdzaak gaan om de vraag of de thuiswerker het werk zelf behoort te verrichten en of hij zich daarbij naar aanwijzingen van degene die het werk geeft, heeft te gedragen. Nu de eerste vraag doorgaans eenvoudiger te beantwoorden zal zijn dan de tweede, zal het vooral om het antwoord op die laatste vraag gaan.

Ook over een verhouding als deze wees de Hoge Raad een belangrijk arrest.³¹ Daarin verwierp het College een cassatieberoep tegen een beslissing van de feitelijke rechter die had geoordeeld dat de in geding zijnde thuiswerkverhouding een arbeidsovereenkomst was, hoewel de thuiswerker (Queijssen) vrij was het werk zelf in te delen en de werkuren te bepalen. Daartegenover had de rechtbank laten wegen dat:

- Queijssen een vastgestelde minimum hoeveelheid werk per dag moest leveren,
- zij instructies over het te verrichten werk moest krijgen en die ook kreeg van een werknemer van degene die het werk gaf (IVA),
- de werkzaamheden (ponstypen) van de thuiswerker behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van IVA.

Uit de casus blijkt dat Queijssen op een gegeven ogenblik het aanbod kreeg in plaats van thuis, in het bedrijf van IVA te komen ponsen. Door die verschillende feitelijke omstandigheden in haar oordeel te betrekken, tegen elkaar af te wegen en op grond daarvan te beslissen dat van een gezagsverhouding sprake was had de rechtbank – aldus het arrest – geen rechtsregel geschonden.

We kunnen dus constateren dat er thuiswerkverhoudingen zijn die wel- en

die niet op een arbeidsovereenkomst steunen. De vraag is in dit stadium vooral: is deze verhouding een far? Gemeten aan de als norm aanvaarde tijd-flexibiliteit, lijkt het antwoord op die vraag in beginsel bevestigend te moeten zijn. 'In beginsel', omdat de flexibiliteit sterk afhankelijk is van over het thuiswerk gemaakte afspraken. Dikwijls zal dat werk voor een bepaalde korte periode worden afgesproken, waarna doorgaans een periode van het rusten van de relatie aanbreekt. Doch er komen evenzeer gevallen voor waarin thuiswerkers op een (nagenoeg) permanente basis in de bedrijfsvoering van degene die het werk geeft, zijn ingeschakeld. Per saldo: de thuiswerkverhouding komt voor onder de far, doch niet iedere thuiswerkverhouding is tijd-flexibel. Behoort zij tot de far, dan kunnen we haar in onderdeel A doch ook in B/C tegenkomen.

Anders dan bij de uitzendkrachten, wier aantal door het voor de uitzendbureaus geldende vergunningstelsel gemakkelijk is te volgen, beschikken wij niet over gegevens ten aanzien van het aantal thuiswerkers. Het in noot 14 genoemde rapport meende in 1984 dat het om een veelvoud ging van de ± 8.000 mensen die in 1981 via de produktiestatistiek van het CBS waren te achterhalen. Wanneer wij rekening houden met de te verwachten toename van het zgn. telehome-werk, dan zal deze veronderstelling van het ministerie vermoedelijk wel juist blijken te zijn.

Ad c: de freelance-verhouding

Kenmerkt de uitzendverhouding zich onder meer door haar driehoeksrelatie, manifesteert de thuiswerkverhouding zich door het feit dat de thuiswerker het werk thuis verricht, de freelance-verhouding wordt door niets anders gekenmerkt dan door de naam die de erbij betrokken partijen hun relatie geven. Ter vermijding van misverstanden zij aanstonds vastgesteld dat de naamgeving niet behoeft te betekenen dat de overeenkomst in kwestie geen arbeidsovereenkomst is. Daarvoor is beslissend of aan de eisen van art. 1637a BW is voldaan, ook al noemen partijen hun overeenkomst een freelance-contract. Bij zijn toetsing aan de normen van het genoemde wetartikel kan de rechter betekenis hechten aan de bedoeling van partijen, ook zoals die uit de naamgeving blijkt. Maar een beslissende betekenis komt aan die bedoeling niet toe en dus evenmin aan de naamgeving. Aannemelijk is dat, bij onduidelijkheid over de vraag of de overeenkomst in kwestie aan een of meer der eisen van art. 1637a voldoet, de naam die partijen aan het contract hebben gegeven een grotere betekenis zal kunnen hebben dan wanneer duidelijkheid dienaangaande heerst.

Hoe dat ook zij, wij kennen freelance-overeenkomsten die arbeids-overeenkomst zijn en freelance-overeenkomsten waarvoor dat niet geldt. Is dat laatste het geval, met welke rechtsfiguur hebben we dan te maken?

Naar geldend recht zal dat geen andere figuur kunnen zijn dan de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Wanneer nu geconcludeerd zal worden tot de noodzaak van een wettelijke regeling van de far, rijst de vraag of die ook betrekking moet hebben op de zojuist genoemde, in art. 1637 BW opgenomen, rechtsfiguur. Die figuur is van oudsher toepasselijk op de diensten die vrije beroepsbeoefenaren aan hun cliënten, patiënten of gewoon klanten verlenen. Voor die relatie lijkt een dergelijke nadere regeling niet geboden. De relatie vrije beroepsbeoefenaar-cliënt is ook nauwelijks in te passen in het uitgangspunt van dit opstel (en overigens van onze Vereniging) dat zich bezighoudt met mensen die ten behoeve van anderen werk verrichten en daarbij een zekere bescherming verdienen. Kan nu tussen de freelance-verhouding-geen arbeidsovereenkomst enerzijds en de overeenkomst tot het verrichten van diensten van een vrije beroepsbeoefenaar en diens cliënt anderzijds een onderscheid gemaakt worden dat bij een eventuele wettelijke regeling ware in acht te nemen?

Bij de freelance-overeenkomst verricht de freelancer werkzaamheden voor en in opdracht van zijn opdrachtgever. De freelancer zal de initiatiefnemer tot de overeenkomst kunnen zijn, doch het initiatief kan evenzeer van de opdrachtgever uitgaan. Een freelancer zal in het algemeen de opgedragen werkzaamheden zelf moeten verrichten, zijn beloning zal doorgaans door de opdrachtgever worden vastgesteld, doch kan – afhankelijk van de economische kracht van de freelancer – in overleg tot stand komen c.q. zelfs door de laatste worden vastgesteld. Bij de vrije beroepsbeoefenaar komt de relatie doorgaans tot stand op initiatief van de cliënt.³² De vrije beroepsbeoefenaar zal in het algemeen de werkzaamheden zelf moeten verrichten, doch geniet een grotere vrijheid dan de freelancer zich te doen vervangen, welke vrijheid soms een absolute is. Zijn beloning zal doorgaans niet door de cliënt, doch door hemzelf worden bepaald. Deze vergelijking leert dat er wel, soms graduele, verschillen tussen de beide relaties zijn. Maar een helder onderscheid, dat bij een eventuele wettelijke regeling ware te hanteren, blijkt uit deze vergelijking niet zonder meer. De vrije beroepsbeoefenaar zal in het algemeen een academische graad hebben, hij zal deel uitmaken van een beroepsgroep die bepaalde wettelijke privileges heeft en daartegenover onderworpen is aan publiekrechtelijke beroepsregels en tuchtrechtspraak. Hij zal dikwijls een vertrouwensrelatie met zijn cliënt opbouwen die hem/haar tot ‘mijn’ dokter, accountant, advocaat maakt, ook voor volgende kwesties zodat de relatie een zekere permanentie zal krijgen. Dat alles geldt niet of althans zelden voor de freelancer. Doch ik betwijfel of daarin een helder onderscheid schuilt. Tenslotte zal de vrije beroepsbeoefenaar in het algemeen een zekere economische macht bezitten die niet of althans zelden aan de freelancer toekomt. Ik zou menen dat in de economische afhankelijkheid het werkelijke onderscheid waarnaar het

zoeken was, schuilt. Of dat een criterium is dat de wetgever kan hanteren, blijft hier voorlopig rusten.

De nog niet beantwoorde vraag is of de freelance-overeenkomst werkelijk behoort tot de far. Of, anders gezegd, voldoet deze overeenkomst aan de tijd-flexibiliteit? Ik zou menen van wel. Nu eens zal de freelancer werk hebben, dan weer zal hij/zij zonder opdracht zijn. Wat dat betreft, is de positie geen andere dan die van de uitzendkracht en die van de thuiswerker. Zoals wij eerder zagen, kan de freelance-overeenkomst een arbeidsovereenkomst zijn doch kan zulks evenzeer niet het geval zijn. Om die reden moeten we deze verhouding situeren in onderdeel A en in onderdeel B/C.

Ad d: de op- en afroepverhouding

Ter vermijding van telkens deze mond vol zal hierna over oproepverhouding alleen worden gesproken, zonder daarmee overigens te suggereren dat op de nu te bespreken relatie het woord 'oproep' beter past dan 'afroep'. Ik heb er slechts een lichte voorkeur voor. Deze verhouding kenmerkt zich doordat de erbij betrokken partijen overeenkomen dat de werkgevende partij (de oproeper) de werkende partij (de oproepkracht) voor werk kan oproepen. Of, anders gezegd, het kenmerk van deze relatie schuilt hierin dat de oproepkracht eerst dan daadwerkelijk met het werk begint, nadat hij daarvoor is opgeroepen. Met een parafrase op Konijn,³³ is de oproepverhouding als volgt te omschrijven:

'Een oproepcontract is een overeenkomst waarbij de ene partij, de oproepkracht, zich bereid verklaart na een oproep van de andere partij, de oproeper, voor deze tegen beloning arbeid te verrichten.'

Bij de oproepverhouding is derhalve steeds van twee fasen sprake. In de eerste fase komen partijen overeen wat hiervoor is omschreven, doch zal het in het algemeen nog niet om het daadwerkelijk verrichten van arbeid gaan. Daartoe komt het dan in de tweede fase nadat de oproeper heeft opgeroepen en de oproepkracht daaraan heeft beantwoord. Zo zal het in het algemeen gaan, doch samenval van de twee fasen is niet onmogelijk. In dat geval maken partijen hun hiervoor omschreven afspraak en roept de oproeper gelijktijdig op voor onmiddellijk te verrichten werk dat de oproepkracht direkt begint te verrichten.

De oproepverhouding is niet vergelijkbaar met de thuiswerkverhouding, nu de oproepkracht juist zal worden opgeroepen voor werk, te verrichten in het bedrijf van de oproeper. Ze lijkt ook moeilijk te vergelijken met de freelance-verhouding, nu de freelancer in het algemeen een twee-fasenstructuur als juist bedoeld, niet zal kennen.

Tenslotte is de oproepverhouding niet vergelijkbaar met de uitzendrelatie omdat het daar om een driehoeksverhouding gaat en hier om een twee-relatie. Maar in andere zin heeft de hier besproken verhouding wel punten van overeenstemming met de uitzendverhouding. Daar, gelijk hier, geldt in beginsel een twee-fasenstructuur. De uitzendkracht komt met het uitzendbureau overeen dat hij/zij in de toekomst beschikbaar is voor tewerkstelling door het bureau bij een inlener voor bepaalde werkzaamheden. Vervolgens wacht hij/zij af of het bureau tot een dergelijke tewerkstelling kan komen. Is dat het geval, dan roept het bureau hem/haar voor die tewerkstelling op en zal de uitzendkracht in het algemeen daadwerkelijk aan het werk gaan bij de inlener.

Die verschillende fasen en gebeurtenissen doen zich in de oproepverhouding net zo voor, zij het dat bureau en inlener dan als samengesmolten tot één partij moeten worden gezien. Ter vermijding van misverstanden: uit deze overeenkomsten vloeit nog niet noodzakelijk voort dat juridisch beschouwd de verhoudingen gelijk of nagenoeg gelijk zijn te achten. Daarvoor zijn de verschillen (zie hiervoor) ook belangrijk.

Wat nu de juridische kijk op de oproepverhouding betreft, zijn er een aantal versies bekend. Konijn onderkende aanvankelijk twee mogelijkheden:³⁴ de typering van het oproepcontract als een vóórovereenkomst, op grond waarvan telkens tussen partijen een nadere overeenkomst kan worden gesloten enerzijds, en de typering van het oproepcontract als een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht anderzijds. Later onderscheidde zij drie mogelijkheden, aan de beide vorige een zgn. restcategorie toevoegend. Tot dat derde type oproepcontracten zouden die relaties behoren die geen arbeidsovereenkomsten doen ontstaan, noch op basis van een eerdere voorovereenkomst, noch als dergelijke overeenkomst met uitgestelde prestatieplicht.³⁵ Diezelfde driedeling komt voor in de monografie van deze auteur met Albers.³⁶ Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onderscheidt in zijn rapport *Flexibele inzet van arbeidskrachten* zelfs vier vormen van oproepcontracten.³⁷ In zijn recente beschouwing over cao en oproepcontract staat Olbers uitgebreid stil bij het tweede type (de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht).³⁸ Zie ik het goed, dan gaat die figuur terug op de noot van Stein onder het bekende arrest Possemis/Hoogenboom.³⁹ Rutgers heeft zich vierkant tegen deze rechtsfiguur uitgesproken op grond van de zijns inziens onaanvaardbare loonconsequenties ervan. Eerst wordt de oproepverhouding aan de eisen van art. 1637a BW getoetst, aldus deze auteur, om na te gaan of de eerste fase al tot een arbeidsovereenkomst doet concluderen. Valt dat resultaat negatief uit, dan volgt een zelfde toetsing van de 'situatie waarin de arbeid wordt verricht' (de tweede fase derhalve). Wat schamper typeert hij deze door hem

verworpen methodiek als: altijd prijs.⁴⁰ Van der Woude ziet in de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht niets anders dan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die zich lijkt aan te dienen als een voor bepaalde tijd.⁴¹

Naar mijn indruk wijzen deze typologieën erop dat de oproepverhouding zich in die zin in verschillende vormen manifesteert, dat bij sommige aan de eisen van de arbeidsovereenkomst wordt voldaan en bij andere niet. Of zulks het geval is, hangt af van de tussen partijen gemaakte afspraken ten aanzien van persoonlijke gehoudenheid van de oproepkracht het werk te verrichten en van een gezagsbevoegdheid voor de oproeper. Maar de hoofdingeling van de typen is van die nadere afspraken niet afhankelijk. Of, anders gezegd, het antwoord op de vraag of een oproepcontract een voorovereenkomst is die tot niet meer kan verplichten dan een eventuele latere oproep en aanvaarding daarvan, danwel een complete overeenkomst is waarbij alleen de plicht tot werken nog is uitgesteld, hangt niet af van het antwoord op de vraag of in beide of in één van die gevallen een arbeidsovereenkomst aanwezig is. Korter gezegd tenslotte: dat zijn twee verschillende vragen. Daarom is het riskant, gelijk bijvoorbeeld Van der Woude doet, voor de argumentatie over een indeling van oproepcontracten te rade te gaan bij Possemis/Hoogenboom, welke zaak een arbeidsovereenkomst betrof (zij het voor los, ongeregeld werk). Op grond van het vorenstaande maak ik liever de volgende voorlopige onderverdeling in oproepcontracten:

- a. voorovereenkomsten, op grond waarvan later werkovereenkomsten tot stand kunnen komen,
 - 1. de werkovereenkomsten zijn arbeidsovereenkomsten,
 - 2. de werkovereenkomsten zijn geen arbeidsovereenkomsten,
- b. overeenkomsten waarbij de oproepkracht zich verbindt voor de oproeper te zullen werken op een nader te bepalen tijdstip,
 - 1. de overeenkomsten zijn arbeidsovereenkomsten,
 - 2. de overeenkomsten zijn geen arbeidsovereenkomsten.

Voor de vraag of de overeenkomst in kwestie behoort tot categorie a1 of a2, danwel b1 of b2, zijn – zie hiervoor – de concrete afspraken van partijen van belang. Ook daarin kennen we intussen verschillende typen:

- overeenkomsten volgens welke de oproeper zich bindt aan een minimumtijd voor welke de kracht in ieder geval wordt opgeroepen,
- overeenkomsten volgens welke de kracht aanvaardt aan een maximumtijd gebonden te zijn voor welke hij zal worden opgeroepen,
- overeenkomsten waarin èn een minimum- èn een maximum-tijd als hiervoor bedoeld, wordt afgesproken.

Soms onderscheidt men ook wel zgn. telefooncontracten. Deze lijken echter alleen in zoverre onderscheidend vermogen te bezitten dat ze aangeven langs welke weg een oproep (gemeenlijk) zal worden gedaan. Ik laat ze om die reden weg.

Evenzeer laat ik buiten beschouwing het onderscheid tussen oproepcontracten die de kracht zonder meer zouden verplichten op een oproep te reageren en contracten die hem een zekere weigervrijheid toekennen. Gelijk bij de bespreking van de uitzendrelatie hiervoor is betoogd, acht ik een dergelijke verplichting incompatibel met de grondrechten van degene die werk neemt. Nu is de positie van de oproepkracht te dezen niet zonder meer gelijk te stellen met die van de uitzendkracht. Gaat het bij de laatste om een volstrekt onbepaald mogelijk aanbod, bij de eerste gaat het in ieder geval om een aanbod van een bekende gever van werk op een bekende lokatie en mogelijk in een bekende afdeling. Dat alles laat echter onverlet dat de oproepkracht de vrijheid moet hebben het concrete werkaanbod te toetsen aan de daarover in het verleden gemaakte afspraken en bovendien een aanbod, onverwachts als dat kan komen, moet kunnen weigeren op een bepaalde dag of tijd omdat de kracht dan al andere besognes heeft. De sluiting van een voorovereenkomst of van een overeenkomst met uitgestelde prestatieplicht kan toch niet beduiden dat de oproepkracht verder genoopt is gekluisterd naast de telefoon te zitten, 'sprungbereit' zodra de oproeper zich meldt. Dat zou dwangarbeid naast de telefoon betekenen.

Hoe dat alles ook zij (op de vraag of deze contracten arbeidsovereenkomsten zijn, gaat tenslotte het volgende onderdeel van dit opstel in), we kunnen constateren dat de oproepverhouding tot de far behoort. De tijdflexibiliteit is er immers een wezenlijk onderdeel van. Naar uit het voorstaande blijkt, zal het oproepcontract zowel in onderdeel *A* als in onderdeel *B/C* te vinden zijn.

Ad e: de leer- of stageverhouding

Hiervoor is gesignaleerd dat de leer- of stageverhouding soms tot de far wordt gerekend. Tot het wezen van deze verhouding behoort dat degene die werk neemt, dat doet ter uitbreiding van eigen kennis en ervaring mede met het oog op de voltooiing van zijn/haar opleiding. Het gaat dus niet of nauwelijks om een overeenkomst waarbij degene die werk neemt een prestatie levert voor degene die werk geeft. De prestatie wordt primair, zoal niet alleen, te eigen behoefte geleverd. Ik zou menen dat deze verhouding ten onrechte tot de far wordt gerekend. Dat is reeds het geval omdat van tijdflexibiliteit niet kan worden gesproken, nu de stage voor een bepaalde tijd zal gelden en de relatie daarin geëindigd is. Maar de leer- of stageverhouding stuit niet alleen op de 'f', maar evenzeer op de 'ar'. Ze kan geen ar-

beidsrelatie worden geacht, nu juist het werk dat overwegend op uitbreiding van eigen kennis en ervaring is gericht, in arbeidsrechtelijke zin geen arbeid is.⁴² Dat begrip omvat wel veel, doch niet dit soort werk. Derhalve blijft deze verhouding verder buiten beschouwing, ook omdat gemeenlijk geen loon wordt betaald.

2.3 Enige constatering

Wanneer wij nu de balans opmaken van de in 2.2 ondernomen nadere verkenning van de inhoud der far, kunnen we het volgende constateren.

- Tot de far kunnen we rekenen:
 - de uitzendverhouding,
 - de thuiswerkverhouding,
 - de freelance-verhouding,
 - de oproepverhouding.
- Het rekenen tot de far kan betekenen dat de betrokken verhouding een arbeidsovereenkomst inhoudt, doch dat behoeft niet het geval te zijn.
- Van de vier boven genoemde relaties behoort de uitzendverhouding tot dat gedeelte van de far dat ook een arbeidsovereenkomst inhoudt.
- Voor de drie overige genoemde relaties geldt dat ze zowel in de vorm van arbeidsovereenkomsten als in de vorm van overeenkomsten tot het verrichten van werk-geen arbeidsovereenkomsten kunnen voorkomen.
- Voor de vraag of het om arbeidsovereenkomsten gaat of niet, is vooral bepalend of er een gezagsrelatie bestaat tussen degene die het werk neemt en degene die het werk geeft.

Dit opstel wijdde eerder aandacht aan de kwantiteit van het verschijnsel far. In de inleiding was sprake van ± 500.000 mensen die op basis van een far aan het arbeidsproces deelnemen. In onderdeel 2.2 kwam aan de orde dat genoemd cijfer betrekking heeft op de totaliteit van de far, of de verhouding in kwestie nu een arbeidsovereenkomst is of niet. Bezien we de far op het lagere niveau, waar het alleen om dergelijke relaties gaat die geen arbeidsovereenkomsten zijn, dan – aldus onderdeel 2.2 – gaat het om belangrijk minder mensen. Kunnen we dat aantal nader bepalen? In ieder geval zal het getal van ± 500.000 moeten worden verminderd tot ± 400.000 , in verband met de bovenvermelde constatering. Daarenboven zullen die thuiswerk-, freelance- en oproepcontracten die arbeidsovereenkomsten blijken te zijn, in mindering komen. Gegevens daarover zijn echter niet bekend. Wel blijkt dat er in totaal met ± 130.000 oproepkrachten wordt gerekend⁴³ maar onbekend is welk deel daarvan een arbeidsovereenkomst heeft en welk deel niet. Die verschillende gegevens tegen elkaar afwegend, lijkt een schatting van ± 300.000 far-geen arbeidsovereenkomsten niet on-

verantwoord. Ter vermindering van misverstanden zij tenslotte het volgende gesteld: het far-verschijnsel (onderdelen *A* en *B/C* te zamen) betreft $\pm$ een half miljoen werkers. Het far-verschijnsel voor zover geen arbeids-overeenkomst zijnde (onderdeel *A* alleen) zal $\pm$ 300.00 werkers betreffen. Hoewel die getallen op de totaliteit van de afhankelijke beroepsbevolking gezien, tussen 6 en 10% betekenen, lijkt de aandacht voor de far-werkers alleszins gerechtvaardigd nu zij in hoofdzaak tot de in de maatschappij onderliggende groepen blijken te behoren.

2.4 Consequenties

Met 'consequenties' doelt dit opstel op de positie van partijen bij de far, zowel tijdens het bestaan van die verhouding als bij beëindiging daarvan. Onder 'tijdens het bestaan' is zowel de situatie begrepen waarin degene die het werk neemt daarmee ook daadwerkelijk bezig is, als de situatie waarin zulks nog niet het geval is en van het 'rusten' van de relatie kan worden gesproken. Bij het bezien van deze consequenties zal de nadruk vallen op de vraag of degene die het werk neemt een zekere bescherming geniet en zo ja, welke. Die benadering past in die van ons arbeidsrecht dat immers eenzijdige, de werknemer beschermende benadering niet schuwt. Daarin staat het Nederlandse arbeidsrecht overigens, gelijk bekend, niet alleen nu in beginsel universeel de gedachte opgeld doet dat degene die het werk neemt tegenover degene die het werk geeft in het algemeen in een maatschappelijk zwakkere positie verkeert die hem/haar aanspraak geeft op een zekere bescherming door de maatschappij tegen de sterkere contractswederpartij.

In het algemeen kan wat de far betreft, gezegd worden dat de positie van partijen in geval de verhouding een arbeidsovereenkomst is, een sterkere mate van regeling kent dan wanneer zulks niet het geval is. Dat volgt reeds uit de dwingendrechtelijke, de werknemende partij beschermende, wetsbepalingen die het arbeidsovereenkomstenrecht bevat. Op het eerste oog lijkt de positie van de werknemende partij in een binnen deel *B/C* van de relaties vallende far sterker dan die van zijn collega die in deel *A* zijn plaats vindt. Desondanks meent Konijn dat de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst op zichzelf niets zegt⁴⁴ zodat nader moet worden gezien of het eerste oog bedriegt. In het algemeen verdient opmerking dat wanneer far naar cao's luisteren, de positie van partijen bij die far een andere kan zijn dan uit de wet alleen volgt. Olbers heeft onderzoek gedaan naar de vraag of en zo ja, hoe cao's flexibele arbeidsrelaties reguleren.⁴⁵ Voorop staat dat far-arbeidsovereenkomsten (dus deel *B/C*) met de andere arbeidsovereenkomsten in de betrokken bedrijfstak of onderneming door de cao worden

gemodelleerd. Of dat ook het geval is voor far-geen arbeidsovereenkomsten (dus deel A) hangt ervan af of partijen bij de cao toepassing hebben gegeven aan het tweede lid van art. 1 van de Wet op de cao. Het onderzoek van Olbers toont aan dat weinig cao's uitdrukkelijk op far-geen arbeidsovereenkomsten betrekking hebben, doch dat ze doorgaans wel slaan op arbeidsovereenkomsten voor losse, ongeregelde arbeid die in hun effect (zie hierna) op de far uit deel A lijken. Een zeer belangrijk gedeelte van de oproepkrachten blijkt werkzaam te zijn in de detailhandel, een minder belangrijk deel in de horeca en een nog minder belangrijk gedeelte in de gezondheidszorg. Te zamen tekenen die drie bedrijfstakken voor bijna 70% van het aantal oproepkrachten. Met uitzondering van de gezondheidszorg, aldus Olbers, bevatten cao's voor deze bedrijfstakken bepalingen die (ook) op oproepkrachten slaan. De belangrijkste daarvan lijkt te zijn dat een oproepcontract een minimum-arbeidsduur moet kennen. Het lijkt overigens niet uitgesloten dat bij de thans te constateren toename van de organisatiegraad van juist vrouwen de druk op verruiming van dergelijke cao-bepalingen zal toenemen. Nog slechts enkele maanden geleden bijvoorbeeld liet de Vrouwenbond FNV een Nota Thuiswerk het licht zien, die beoogt de arbeidsvoorwaarden van thuiswerkers in cao's op te nemen.

Voor degene die werk neemt zal de beloning van dat werk van grote betekenis zijn. Ik suggereer daarmee niet dat mensen werk kiezen uitsluitend gemotiveerd door de daaraan verbonden beloning. Doch zonder te denken dat die beloning hen niet motiveert, meen ik wel dat voor de partij die het werk neemt van essentiële betekenis is of hij daarvoor een adequate beloning krijgt of niet. Een tweede belangrijke consequentie van het nemen van werk is die welke zich richt op het daadwerkelijk kunnen werken. Zonder te menen dat de werknemende partij steeds gaarne de arbeid zal verrichten, denk ik wel dat zulks dikwijks het geval is. Arbeid vervult een aantal functies in het leven van een mens, die niet of minder gemakkelijk door andere bezigheden blijken te kunnen worden vervuld. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid meent zelfs dat er geen goede alternatieven voor arbeid zijn om op zinvolle wijze aan het maatschappelijk leven deel te nemen.⁴⁶ Met herinnering aan een eerdere publikatie⁴⁷ wijs ik op de ontplooiingsmogelijkheid die de mens door arbeid krijgt en op de waardering door en het contact met anderen die tengevolge van arbeid plaats kunnen vinden. Een derde belangrijke consequentie tenslotte is de mogelijkheid de arbeidsrelatie die tot beloning en/of arbeid leidt c.q. kan leiden, te behouden. Of, anders gezegd, heeft de far-werker mogelijkheden zich te verzetten tegen beëindiging van zijn/haar far?

Op die drie consequenties zal ik hierna de besproken soorten far toetsen. Albers en Konijn toetsten al eerder en betrokken daarbij ook kwesties

als vakantierechten, aansprakelijkheden en sociale zekerheid waarmee zij klaarblijkelijk doelen op de toepasselijkheid van de werknemersverzekeringen. Gelijk in de inleiding aangekondigd, blijft de sociale zekerheid in dit opstel buiten bespreking nu een andere preadviseur daaraan aandacht besteedt. Wat de de vakantie en de aansprakelijkheid (door de auteurs gezien als aansprakelijkheid van de werkgevende partij jegens de werknemende partij) betreft, meen ik – met respect – dat die in belangrijkheid op een ander plan staan dan het recht op beloning, het recht op arbeid en het recht op het behoud van de relatie.

Voor de *uitzendkracht* nu bestaat recht op beloning zodra hij op basis van een terbeschikkingstelling door het bureau, bij een inlener aan de slag is gegaan. Dat recht zal hem toekomen zolang hij zijn werkzaamheden verricht. Doch daarbuiten, dat wil zeggen in de periodes waarin hij niet ter beschikking is gesteld, zal hij een loonaanspraak ontberen. Ondanks het feit dat de kracht werkt op basis van een arbeidsovereenkomst met het bureau en art. 1638d eerste lid BW hem in beginsel ook over niet gewerkte periodes beloning toezegt, komt hij daaraan niet toe. Ex art. 1638d tweede lid j° art. 1638c zevende lid immers sluit de cao voor het uitzendwezen en overigens ook de gebruikelijke schriftelijke overeenkomst bureau-kracht de toepasselijkheid van het eerste lid van 1638d uit. Wat het recht op arbeid betreft, vergaat het de uitzendkracht niet beter, hetgeen overigens niet onbegrijpelijk is. Het bureau neemt immers aan te bevorderen hem/haar aan werk te helpen via een terbeschikkingstelling aan derden, doch neemt daartoe bepaald geen garantie op zich. Op grond van de toepasselijkheid van het arbeidsovereenkomstenrecht op de uitzendverhouding komt de uitzendkracht wel het recht toe zich te verzetten tegen eenzijdige beëindiging van de relatie door het bureau. Derhalve zal het bureau in het algemeen over een ontslagvergunning moeten beschikken om op eenzijdig verlangen aan de relatie rechtsgeldig een einde te maken. ‘In het algemeen’, omdat de betrokken uitzendkracht daartoe natuurlijk wel onder het BBA moet vallen zodat dat besluit op de kracht van toepassing is.⁴⁸

Toch is de waarde van dit recht op behoud van de relatie dubieus. Het zal immers arbeid noch beloning waarborgen, gelijk zojuist bleek. Aldus zou een bureau door de relatie te laten ‘rusten’ en geen werk voor de uitzendkracht te vinden, hetzelfde resultaat te zijn/haren aanzien kunnen bereiken als in geval van ontslag zou zijn bereikt. Een dergelijke opstelling van de werkgevende partij zal mijns inziens echter met een beroep op art. 1638z BW door de uitzendkracht kunnen worden bestreden. Strijd met de normen van goed werkgeverschap zal aldus de werkgevende partij – gesteld dat deze de juist genoemde weg zou willen volgen – nopen in geval hij de relatie met de werknemende partij wil beëindigen, de daarvoor aan-

gewezen ontslagprocedure te volgen in plaats van de relatie te laten rusten.

De thuiswerker kan, naar hiervoor bleek, op basis van een arbeidsovereenkomst werken. In dat geval is hetgeen zojuist ten aanzien van de uitzendkracht is gesteld van overeenkomstige toepassing. Valt een thuiswerkovereenkomst – gezien de tussen partijen gemaakte afspraken en gevolgde praktijk – echter niet onder deel *B/C* doch onder deel *A*, dan zal de thuiswerker naar geldend recht geen aanspraak op beloning of op werk hebben zolang de werkgevende partij hem/haar geen werk geeft. Daarmee komt aan de relatie feitelijk een einde of treedt deze in de ruststand. Gebeurt een en ander nadat het bestaande thuiswerkcontract is afgewerkt (een vooraf bepaalde tijd of een vooraf bepaalde hoeveelheid werk) danwel is afgesproken ‘tot wederopzeggens’ en zegt de werkgevende partij op, dan kan de relatie ook rechtens aan haar einde komen. ‘Kan’, omdat voor de beëindiging een ontslagvergunning vereist kan zijn op de voet van art. 1 onder *e* 2e BBA 1945. Aan de thuiswerker zal in deze gevallen in het algemeen niets meer toekomen. ‘In het algemeen’, omdat uit het contract, uit gedane toezeggingen of uit hetgeen bij deze werkgevende partij gebruikelijk is, een andere conclusie kan volgen. Bovendien kan zich de figuur voordoen dat de thuiswerker in de ruststand wordt gezet in geval een ontslagvergunning zou moeten worden verkregen om de relatie rechtens te beëindigen doch een dergelijke vergunning niet wordt aangevraagd. Het lijkt niet ondenkbaar dat de thuiswerker zich dan op art. 1374 BW (art. 1638z BW is bij gebreke van een arbeidsovereenkomst niet van toepassing) zou kunnen beroepen. Anders dan bij de uitzendverhouding namelijk is de thuiswerkverhouding incidenteel van opzet. De eerste relatie beoogt niet alleen dat het bureau de kracht ter beschikking stelt van inlener *X*, doch in het algemeen van inleners. Na de periode bij *X* is in beginsel een periode bij *Y* of bij *Z* (inleners) voorzien. Blijft het bureau opzettelijk in gebreke werk bij *Y* of *Z* te vinden, dat frustreert het de wezenlijke bedoeling van de uitzendrelatie. Een dergelijke duur-overeenkomst is de thuiswerkrelatie in beginsel niet. De thuiswerker zal in het algemeen voor één met name genoemde werkgevende partij een bepaalde tijd werken of een bepaalde hoeveelheid werk verzetten. Blijft de werkgevende partij in gebreke met nieuwe opdrachten, dan valt bezwaarlijk vol te houden dat hij de wezenlijke bedoeling van partijen frustreert. Maar dat geldt in het algemeen. Er kunnen thuiswerkcontracten zijn gesloten die een permanente relatie beogen. Is dat het geval, dan zal de werkgevende partij die van de thuiswerker af wil, de weg van de ontslagvergunning ex art. 1e onder 2e BBA 1945 moeten gaan, vooropgesteld dat de thuiswerker in de termen van die wetsbepaling valt en niet door de uitzondering van art. 2 van het BBA wordt getroffen. Bij gebreke daarvan zou tenminste een schadevergoedingsactie van de thuiswerker gerechtvaardigd zijn.

De *freelancer* kan – we zagen dat eveneens – een contract hebben dat weliswaar freelance-overeenkomst heet doch rechtens een arbeidsovereenkomst is. In dat geval gelden de gewone regels van het arbeidsovereenkomstenrecht. De werknemende partij zal recht op loon hebben tenzij art. 1638d eerste lid BW is uitgesloten. Hij/zij zal mijns inziens eveneens recht op arbeid hebben behoudens wanneer in het contract uitdrukkelijk is aangegeven om welke arbeid het gaat en die hoeveelheid arbeid is verricht. Ik zou althans niet menen dat het niet ter beschikking stellen van ander werk in de risicosfeer van de werkgevende partij zou liggen in welke gevallen alleen een verdergaande loonaanspraak bestaat. Voor de beëindiging van de relatie gelden (in het hier veronderstelde geval dat het om een arbeidsovereenkomst gaat) de normale ontslagrechtelijke regels. Waarschijnlijk zal echter zijn dat de freelance-overeenkomst geen arbeidsovereenkomst is. Alsdan zal voor de freelancer gelden wat zojuist voor de thuiswerker is beschreven in het geval diens overeenkomst in deel A thuishoort.

De *oproepkracht* tenslotte zal, wanneer de oproepovereenkomst thuishoort in deel B/C, luisteren naar de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht als voor de freelancer beschreven. Met een grote mate van waarschijnlijkheid zal zijn contract de bepaling bevatten dat alleen recht op loon bestaat wanneer werk wordt verricht en zal bovendien nauwkeurig omschreven zijn voor welk werk de oproepkracht wordt opgeroepen. Hoort de oproepovereenkomst thuis in deel A, dan geldt voor de oproepkracht hetzelfde als voor de thuiswerker of freelancer wiens overeenkomst in deel A thuishoort.

2.5 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat er onderscheid in consequenties gemaakt moet worden tussen relaties die een arbeidsovereenkomst inhouden en relaties die dat niet doen. Die conclusie kan op zichzelf niet verbazen; ze lag van stonde af aan voor de hand. Anders dan Konijn zou ik toch menen dat er ook daadwerkelijk – althans zeer waarschijnlijk – verschil aanwezig is. Zelfs wanneer uitsluiting van art. 1638d eerste lid heeft plaats gevonden (zie hiervoor). Minder voor de hand liggend is een verschil dat zich voor kan doen binnen de groep far-arbeidsovereenkomsten. Dat verschil kan aan de orde komen als het blijkt het gesloten contract niet duidelijk om een incidentele relatie gaat en dan alleen in de thuiswerk-, freelance- of oproepsfeer. Maar toegegeven moet worden, dat een dergelijke relatie zich niet vaak zal voordoen. Per saldo kan worden geconstateerd dat de op basis van far werkende partij een zwakke positie inneemt, duidelijker zwakker dan

die van de gewone werknemer werkzaam op basis van een reguliere arbeids-overeenkomst. Dat betekent zeker nog niet zonder meer dat zijn/haar positie roept om een wettelijke regeling doch het kan een sterke indicatie daarvoor zijn. Op die vraag zal het laatste onderdeel van deze studie ingaan.

3. GEZAGSVERHOUDING

3.1 Inleiding

Naar uit het voorgaande blijkt, is de positie van de far-werker wiens rechtsrelatie thuishoort in *A* niet identiek aan die van zijn collega wiens relatie onder *B/C* valt. Toegegeven, ook de bescherming van far-werkers wier rechtsverhouding als een arbeidsovereenkomst dient te worden gezien, blijkt niet al te sterk. Zodra hun overeenkomst hun rechten op arbeid en beloning bindt aan een korte, nauwkeurig omschreven tijd, laten de bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht voldoende ruimte om hen in beginsel in de ruststand te plaatsen. Maar zodra de relatie ruimte biedt voor langere arbeid dan voorzien, hetgeen zich bij de freelancer in het bijzonder kan voordoen, is de rechtsbasis die een arbeidsovereenkomst biedt, wel degelijk van belang voor de rechten op arbeid, op beloning en op behoud van de relatie. Bovendien blijken sommige rechtsverhoudingen die arbeidsovereenkomsten zijn, de mogelijkheid te scheppen via de weg van de redelijkheid en de billijkheid (art. 1638z BW) een zekere mate van bescherming te bieden. In het bijzonder voor de uitzendkracht lijkt zulks van belang. Het is dus niet alleen zo dat de far-werker een relatief zwakke positie heeft omdat zijn rechtsverhouding niet luistert naar de bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht. Ook wanneer dat wel het geval is (in deel *B/C*) blijkt die positie zwak, maar er is wel verschil zodat de stelling dat het er niets toe doet of de relatie een arbeidsovereenkomst is, moeilijk kan worden onderschreven.

Om die redenen en om ons te helpen bij het denken over de mogelijkheid van een grotere pluriformiteit van overeenkomsten volgens welke de werknemende partij voor de werkgevende partij arbeid verricht, lijkt een beschouwing over de kenmerkende eisen van de arbeidsovereenkomst en in het bijzonder over de gezagsverhouding niet zonder belang voor ons onderwerp. Gelijk bekend is, kent art. 1637a BW vier criteria waarvan het 'zekere tijd'-vereiste geleidelijk zelfstandige betekenis heeft verloren. Bekend is bovendien dat het ontwerp voor een Zevende Boek BW de definitie van art. 1637a reeds heeft herzien en met drie eisen volstaat:

- de beloning,
- de plicht de arbeid zelf te verrichten,
- de gezagsverhouding.⁴⁹

Nu laat dit opstel de eerste eis buiten beschouwing. Wanneer wij nadenken over *far* en de positie van de *far*-werker, gaat het niet om degene die zijn arbeid aanbiedt zonder beloning, bijvoorbeeld in het kader van een stage. Voor hem/haar past een heroverweging van geldende regelen niet, nu van afhankelijkheid van het looninkomen de rede blijkbaar niet is. De voor een eventuele heroverweging van de *far*-regelingen geldende rechtvaardigheidsnoties missen toepassing op een relatie zonder beloning.

Evenzeer blijft hier de tweede eis verder buiten beschouwing. Daarvoor gelden twee redenen. In de eerste plaats is doorgaans duidelijk of die verplichting bestaat. Onduidelijkheden over die vraag zijn relatief zeldzaam. In de tweede plaats moet de werknemende partij zich realiseren dat zijn vrijheid zich naar believen te laten vervangen, daarop afgestemde vrijheden van de werkgevende partij ten gevolge zal hebben. Voor een aldus lossere relatie zullen minder klemmende rechtvaardigheidsoverwegingen ter bescherming van de ene partij gelden. Neen, het werkelijk onderscheidende en hier van belang zijnde kenmerk van de arbeidsovereenkomst is de gezagsverhouding.⁵⁰ Wanneer de vraag gesteld wordt of een *far*-relatie wel of niet een arbeidsovereenkomst is, blijkt het antwoord af te hangen van de aanwezigheid van die verhouding.⁵¹ Nu pleegt die aanwezigheid af te hangen van de omstandigheden van het geval, waaronder de afspraken van partijen. De rechter ‘vertaalt’ die naar de abstractie gezagsverhouding, volgens het usantiële juridische denkmodel.

Zo ging het in de in noot 51 genoemde rechterlijke beslissing om vragen als:

- was de werknemende partij vrij of onvrij haar werkuren zelf te bepalen?,
- moest zij een bepaalde hoeveelheid werk per dag leveren?,
- werd datzelfde type arbeid ook in het bedrijf van de werkgevende en derhalve onder diens onmiddellijke toezicht verricht?

Voor ons onderwerp, namelijk of er aanleiding bestaat regels te maken voor *far*-relaties, is het van belang de grens tussen de delen *A* enerzijds en *B/C* anderzijds nauwkeurig af te bakenen. Voor een dergelijke afbakening is onderzoek naar de gezagsverhouding of, zo men wil, de ondergeschiedheidsrelatie van belang. Daartoe zal dit opstel hierna eerst stilstaan bij de vraag wat die verhouding precies is (3.2 en 3.3), vervolgens onderzoeken of we zonder de gezagsverhouding kunnen (3.4) en tenslotte de grenzen van die verhouding trachten af te tasten (3.5).

3.2 Bevelsbevoegdheid

Alvorens nu het begrip gezagsverhouding nader onder de loupe te nemen, past een enkele preliminaire opmerking. Op zichzelf bezien, schept de gezagsverhouding een spanning in de contractsband tussen de werkgever en de werknemer. Die verhouding, hoewel niet scherp omlijnd, ⁵² pleegt algemeen verstaan te worden als de bevoegdheid van de ene partij aan de andere partij instructies of opdrachten te geven.⁵³ Welke instructies of opdrachten wel en welke niet kunnen worden gegeven, komt straks nader aan de orde. Hier gaat het mij om het kader waarin de gezagsverhouding moet worden geplaatst. We stuiten op de enigszins bizarre figuur dat een overeenkomst, bij uitstek een tweezijdige rechtshandeling, een eenzijdige immers aan een der partijen slechts toekomende bevelsbevoegdheid in zich blijkt te verbergen. En dat is dan niet het geval omdat partijen – wat ze in beginsel bij een overeenkomst kunnen doen – afspreken dat een hunner de andere opdrachten kan verstrekken. Neen, het instituut arbeidsovereenkomst, zoals de wet dat omschrijft, kent zelf de figuur dat in een tweezijdige afspraak een eenzijdige bevoegdheid is opgenomen. Naarmate de eenzijdige bevoegdheid ruimer dan wel enger wordt gezien, blijft van een tweezijdig karakter van de rechtsverhouding van partijen minder dan wel meer over. De bevelsbevoegdheid is dan ook te zien als een uitzondering op de regel dat wanneer partijen een afspraak maken, deze in beginsel luistert naar de regels van het overeenkomstenrecht. Eén van de belangrijkste regels daarvan lijkt te zijn dat wat zij te zamen afspreken, niet door de beslissing van een hunner is te wijzigen. De arbeidsovereenkomst blijkt in die zin bijzonder dat ze ruimte biedt aan de ene partij beslissingen te nemen die de andere partij binden. Maar dat neemt het uitzonderingskarakter als zojuist bedoeld niet weg. Dat alles leidt tot de gedachte dat in geval van twijfel over de vraag of de bevelsbevoegdheid zo ver gaat als de bevelgevende stelt en de bevelnemende betwist, het op de weg van de eerste zal liggen zijn stelling waar te maken.

3.3 Inhoud van het begrip gezagsverhouding

Over de gezagsverhouding is relatief veel geschreven door de jaren heen. Bles noteert dat de gezagsverhouding (als ‘in dienst’ in het toenmalige ontwerp van wet opgenomen) in het eerste ontwerp (dat van de Leidse hoogleeraar Drucker) ontbrak. Daarin was er slechts sprake van dat de ene partij zijn arbeid aan de andere partij ter beschikking stelde, doch in de beschikbaarstelling werd door de ontwerper een gezagsverhouding opgenomen geacht. Het van drie jaar later daterende ontwerp-Loeff (1904) introdu-

ceerde de zojuist genoemde woorden om via de daarmee bedoelde gezagsverhouding het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst enerzijds en de overeenkomst tot aanneming van werk anderzijds te accentueren.⁵⁴ Anecdootisch kan daaraan de uitlating van de toenmalige minister worden toegevoegd dat de 'toepassing van dit kenmerk in het maatschappelijk verkeer geen moeilijkheden zal veroorzaken'. Intussen zij geconstateerd dat de bewindsman die moeilijkheden heeft onderschat. De benadering van Land enkele tientallen jaren later komt reëler voor, waar hij meent dat het antwoord op de vraag of een gezagsverhouding bestaat zal afhangen van de omstandigheden van het geval waarbij de op het moment van die beschouwing bestaande maatschappelijke opvattingen een rol spelen.⁵⁵ Zo gaan wij een vloeiend begrip 'in dienst' zien, dat in beginsel tegen de tand des tijds is bestand door de rek die de vage norm erin aanbrengt.

Ten tijde van het opstellen van het ontwerp dat tot de Wet op de arbeidsovereenkomst zou leiden, toen de wet slechts van de huur van dienstboden en werklieden sprak, was de vraag naar aanwezigheid van gezag relatief gemakkelijk te beantwoorden. De werkgevende had een kleine onderneming, werkte daarin zelf mee en liet er geen twijfel over bestaan wie het in die onderneming voor het zeggen had.

Terecht echter constateerde Zonderland in 1971 dat die werkgever vrijwel niet meer bestond, evenmin trouwens als die werknemer.⁵⁶ Niettemin was, ook in zijn visie, een gezagsverhouding essentieel gebleven voor het functioneren van deze arbeidsrelatie. Bedrieg ik mij niet, dan achtte deze auteur de ondergeschiktheid functioneel noodzakelijk. 'Een beslissings-systeem eist een hiërarchie.' Ook Van Esveld heeft het over het functionele van de gezagsrelatie.⁵⁷ Hij voegt daaraan toe dat het gezag in vrijheid vooraf door partijen is aanvaard en dat ze ook een andere inhoud aan een contract hadden kunnen geven. Die redenering zal ons thans wat formeel in de oren klinken. Zeker bij een ruime arbeidsmarkt, gelijk sedert die beschouwing is ontstaan, verdient de vrijheid van die aanvaarding een kritisch vraagteken. Juridisch gesproken heeft de auteur wel gelijk, doch economisch gesproken lijkt hij dat gelijk te missen.

Met het proefschrift van Koopmans breekt de zienswijze door dat de gezagsverhouding de tegenkant is van de onbepaaldheid van de inhoud van de relatie.⁵⁸ Zijn gedachte is dat die relatie weliswaar bij de aanvang over een zekere tijd valt te overzien, doch dat al werkend bepaalde nieuwe vragen opkomen die niet voorzien waren en ook niet te voorzien waren maar wel een beslissing behoeven. Diezelfde gedachte, soms wat anders verwoord, treft men aan bij Levenbach,⁵⁹ bij Hekkelman en later bij Bakker. In zijn heel beeldend *Tekorten van het arbeidsrecht* genoemde oratie spreekt Hekkelman in 1967 van de werkgever als wetgever.⁶⁰ Deze ordent

het recht in de onderneming, waaraan de werknemer is gebonden omdat hij 'behoort' tot die onderneming.

Tenslotte zet Bakker in een drietal artikelen enkele jaren geleden deze gedachtenlijn voort.⁶¹ Naar zijn mening brengt een arbeidsovereenkomst mee dat de te verrichten arbeid tijdens de duur van de overeenkomst moet kunnen worden aangepast. Daarbij wijst hij op wijzigingen in personeelsbestand die tot andere arbeidsverdeling kunnen leiden of op veranderingen in persoonlijke omstandigheden of vaardigheden. De enige rechtens aanvaardbare verklaring voor de overgang die een tweezijdige overeenkomst laat zien naar een eenzijdige beslisbevoegdheid, is het gemeenschappelijk belang van partijen bij het voortzetten van de relatie, ook wanneer tweezijdig een oplossing niet te vinden is. Dat brengt op zichzelf nog niet mee dat het juist de werkgever zou zijn die dan de gekwalificeerde beslispartij is. Wat dat betreft meent deze auteur — en ik val hem daarin bij — dat de werkgever de meest gereede partij is omdat hij in het algemeen bij zijn eigen onderneming het langste zal zijn betrokken. Daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag wanneer wel en wanneer geen ruimte is voor de eenzijdige bevelsbevoegdheid, doch daarop gaat 3.5 straks in.

Wel hebben we een antwoord gepresenteerd op de eerste vraag wat de gezagsverhouding is. Dat antwoord luidt: een methode om te voorzien in het bepalen van de inhoud van de arbeidsrelatie voor zover die niet vooraf met voldoende bepaaldheid vaststond.

3.4 Gezagsverhouding: een noodzaak?

Hiervoor is gezocht naar het antwoord op de vraag wat de gezagsverhouding nu eigenlijk is. Daarbij bleef nog onbesproken of die verhouding zo essentieel is voor arbeidsovereenkomst-relatie dat zij niet gemist kan worden. Is dat het geval, zo vragen wij ons thans af. Hoewel de discussie over dat vraagstuk vooral is gevoerd naar aanleiding van het Tilburgse afscheidscollege van Van der Ven — waarover straks nader — is het passend er aandacht voor te vragen dat het latere Eerste-Kamerlid Versloot zich deze vraag bijna veertig jaar geleden al stelde.⁶² Naar zijn mening was de ondergeschiktheid geen bruikbaar criterium en ook niet bewijsbaar steeds een zelfstandig element van de rechtsverhouding. Veeleer ging het om de economische afhankelijkheid van de werknemer tegenover de werkgever. Zijns inziens was de vraag dan ook in werkelijkheid of de betrokkene alleen c.q. zelfstandig werkte, danwel deel uitmaakte van een groter arbeidsgeheel. In dat laatste geval zou van economische afhankelijkheid sprake zijn, in het eerste niet. Of Versloot daaruit de conclusie trok dat het in het laatste geval alleen om een arbeidsovereenkomst kon gaan en de werknemende

partij in het eerste geval — bij gebreke van een arbeidsovereenkomst — onbeschermd zou staan, blijkt uit zijn bijdrage niet. Die consequentie komt echter wel onafwendbaar voor.

Het is vooral F.J.H.M. van der Ven geweest die ruim een decennium later de vraag van de noodzaak van de gezagsverhouding als criterium van de arbeidsovereenkomst weer heeft opgeworpen.⁶³ Naar zijn oordeel is het 'in dienst'-begrip uit de tijd, geschreven als het is voor een eenvoudige arbeidsrelatie waar de werkgever zelf op de werkvloer meewerkt. Van der Ven spreekt in dit verband van primitief-persoonlijke verhoudingen van de vorige eeuw. Behalve door zulke structurele veranderingen in de maatschappij verliest de gezagsverhouding haar betekenis ook door ideologische ontwikkelingen, leidend tot een moderner perceptie van de arbeidsovereenkomst. Daarmee doelde de afscheidnemende hoogleraar op de emancipatie van de werknemer die niet meer zou werken in ondergeschiktheid aan het gezag van de baas doch — door zijn/haar betere opleiding en scholing — in functionele zelfstandigheid. Anders dan Versloot, stelde Van der Ven in de plaats van de afgewezen ondergeschiktheid als criterium het gedurende een zekere tijd ter beschikking stellen van zijn arbeid door de werknemer aan de werkgever. Blijkbaar was hij niet onder de indruk van de hiervoor genoemde opvatting van Drucker, volgens wie in de beschikbaarstelling van de arbeid zelf de aanvaarding van ondergeschiktheid van de ene partij jegens de andere besloten ligt.

Aanvankelijk leek Van der Ven met zijn nieuwe benadering school te maken. In ieder geval meende een deel van een door het bestuur van onze Vereniging ingestelde werkgroep (ter bestudering van de titels 7, 10 en 11 van het Zevende Boek van het Ontwerp voor een nieuw BW) dat nog te veel werd vastgehouden aan de traditionele opvatting van het karakter van de arbeidsovereenkomst, welke opvatting in de moderne tijd niet meer houdbaar zou zijn. Ook hier werd — althans door dit deel van de werkgroep — gesuggereerd de woorden 'in dienst' uit de definitie van de arbeidsovereenkomst te vervangen door 'ter beschikking stellen van', waarbij handhaving van de woorden 'gedurende zekere tijd' dan wel geboden was.⁶⁴

Het is, met respect voor degenen die daar aan het woord waren, wat spijtig dat uit het rapport van de werkgroep niet blijkt van verdieping in de vraag of de terbeschikkingstelling van de arbeid de gezagsverhouding reeds zou meebrengen. In dat geval zou het criterium wel anders genoemd, doch inhoudelijk niet of nauwelijks veranderd zijn. Het was Stolwijk die in zijn Rotterdamse oratie van een jaar later de tegenaanval inzette.⁶⁵ Hij deed dat naar aanleiding van de publikatie van onze Vereniging waarover het juist ging, doch zijn vertoog richt zich evenzeer tegen de gedachte van Van der Ven en wel met drie argumenten.

Allereerst zet hij uiteen (als het ware om de emotionele weerstanden tegen het ondergeschiktheidsbegrip weg te nemen) dat ondergeschiktheid geen onderworpenheid betekent, doch slechts de verplichting zich aan die opdrachten en bevelen te houden die redelijk zijn. In de tweede plaats — en dat is tegen Van der Ven's betoog gericht — wijst hij diens stelling af als zou uit de invoering van medezeggenschap van werknemers blijken dat van ondergeschiktheid geen sprake meer kan zijn. Je bent toch niet ondergeschikt wanneer je mee mag praten, aldus in simpliciter dit Van der Ven-argument. Stolwijk brengt daarentegen in dat medezeggenschap zich op een geheel ander terrein richt dan dat van de individuele relatie werkgever-werknemer, namelijk op dat van de collectieve relatie werkgever-werknemers. In het midden latend of dat steeds zo is, moet ik bekennen dat op mij dit Van der Ven-argument nooit indruk heeft kunnen maken, zij het om andere redenen.

Naar mijn overtuiging is de medezeggenschapsgedachte ontstaan juist omdat werknemers het in de onderneming waar zij werkzaam zijn, niet voor het zeggen hebben. En dat zij het niet voor het zeggen hebben, komt omdat ze in ondergeschiktheid ten opzichte van hun werkgever staan. Zou van een dergelijke verhouding niet gesproken kunnen worden en zou de onderneming onder leiding van een juridisch samenwerkingsverband van werkgevers en werknemers functioneren of zouden werknemers het zelfs alleen voor het zeggen hebben, dan toch lijkt een ratio voor medezeggenschapsrechten te ontbreken. Werknemers hebben geen behoefte aan zulke rechten wanneer ze de zeggenschap alleen of te zamen met de baas al hebben. Maar die behoefte is er wel wanneer ze verkeren in een arbeidsrelatie welke meebrengt dat niet zij, doch hun baas de zeggenschap heeft. In die opvatting past ook logisch dat de Wet op de ondernemingsraden uitdrukkelijk is gebouwd op het fundament van de arbeidsovereenkomst als juridisch substraat van de relatie der werknemers in die ondernemingen.⁶⁶ Stolwijk's derde argument tenslotte is van praktische aard. Van het terugdringen van de gezagsverhouding verwacht hij problemen op het vlak van het feitelijk werk.

Zie ik het goed dan is het daarna weer stil geworden rond de gezagsverhouding totdat Bakker zijn reeds genoemde drie tijdschriftartikelen in het begin van de tachtiger jaren schrijft. Hij kiest stelling voor het behoud van het hier besproken gezagscriterium, doch relateert dat in zoverre dat de nadruk valt op de verplichting van partijen het eerst te proberen eens te worden voordat de werkgever bij gebreke van overeenstemming een bevel geeft. Gezagsverhouding als ultimum remedium, zo komt mij voor. De Leede en Strijbos spreken van juridische afhankelijkheid van de werknemer, die zowel in de opvatting-Van der Ven als in die van Stolwijk

bestaat.⁶⁷ Zij vinden het onverschillig of de gedragsinvulling van de werknemer door een actieve gezagsuitoefening van de werkgever (dus een opdracht, MGR) plaatsvindt, danwel door een bepaalde mate van functionele zelfstandigheid. Ik moet bekennen deze gedachte niet te kunnen volgen, of het moest zijn dat zij impliciet te kennen geeft dat het gedurende zekere tijd ter beschikking stellen van arbeid meebrengt dat degene die zulks doet, zich daarmee juridisch afhankelijk maakt van degene jegens wie hij dat doet.

Onze hoogste rechter tenslotte heeft over deze materie zijn licht laten schijnen in 1966. Het toen gewezen arrest⁶⁸ wordt nog steeds als richtinggevend gezien voor de opvatting van de HR over de betekenis van de gezagsverhouding. In de toen berechte zaak kwam een werknemer op tegen een hem op staande voet gegeven ontslag. Dat was hem gegeven omdat hij had geweigerd een opdracht van de werkgever na te komen. Die opdracht hield in 's ochtends een uur eerder met het werk te beginnen, ten gevolge waarvan het 's middags een uur eerder zou eindigen. Tussen partijen golden geen afspraken over de dagelijkse werktijden. De feitelijke rechter leidde daaruit af dat de werkgever in beginsel gerechtigd was daarover opdrachten te verstrekken. Het ging er nu om of de opdracht in kwestie een redelijke was. Of een opdracht van een werkgever redelijk is, hangt — volgens de HR — af van het resultaat van de afweging tegenover elkaar van enerzijds de steekhoudende (dus niet alle) bezwaren van de werknemer daartegen en anderzijds het belang van de werkgever daarbij.

Het is tijd om de beschouwing over de vraag of wij het zonder gezagsverhouding kunnen stellen, tot een einde te brengen. De daartoe ondernomen pogingen hebben niets opgeleverd en konden niets opleveren. Ik kan tenminste niet inzien dat het terbeschikkingstellingscriterium een eigen leven kan leiden, t.w. zonder gezag. Immers, de arbeidsovereenkomst brengt mee dat veranderingen in de werkverhoudingen optreden. Die veranderingen kunnen te maken hebben met nieuwe werkmethoden, met nieuwe producten, markten, klanten en collega's op de eigen afdeling, om slechts enkele te noemen. Het is ondenkbaar bij contract iedere zich te gelegener tijd voordoende nieuwe ontwikkeling te voorzien. Steeds zal een situatie kunnen ontstaan waarvoor de gemaakte afspraken geen oplossing bieden. In zo'n situatie moet niettemin duidelijk zijn wat er gaat gebeuren. Dat is niet alleen al voor de slagvaardigheid van de onderneming essentieel en moet dan ook op korte termijn geregeld worden in het belang van beide partijen. Dat nu lijkt het meeste gediend met de beslissingsbevoegdheid van een hunner. Eerder is al gezegd dat de keuze voor de werkgever als de besliser in een dergelijk geval de meest voor de hand liggende is. Via het medezeggenschapsrecht bestaat op die beslisbevoegdheid zodra deze de arbeids-

overeenkomsten van een aantal werknemers raakt, een zeker toezicht van de collectiviteit van de werknemers in kwestie. Langs die weg en mede gezien de grenzen die aan het gezag zijn gesteld (waarover hierna verder), hebben wij een redelijk stelsel waarin weliswaar *A* over *B* een zekere macht kan uitoefenen doch op die machtsuitoefening een bepaalde controle bestaat en daarvoor zekere grenzen gelden. Een redelijk stelsel behoeft nog niet het optimale te zijn. Dat lijkt in ieder geval niet bereikt te worden wanneer we de ondergeschiktheid van de werknemer *nominatim* inruilen voor het zekere tijd beschikbaar stellen van zijn arbeid aan de werkgever. ‘*Nominatim*’, omdat gebleken is dat zo’n nieuw criterium net als de gezagsverhouding ondergeschiktheid meebrengt. Het zou maximaal om een cosmetische verandering gaan, tenzij de beschikbaarstelling meebrengt dat ongeregeld blijft hoe nieuwe vragen moeten worden opgelost. In dat – overigens hypothetische – geval is reeds het open einde ervan voldoende om deze vervanging te verwerpen.

3.5 Grenzen van de gezagsverhouding

Tot zover hebben wij wat de gezagsverhouding betreft, geconstateerd dat zij beoogt de onbepaaldheden in de relatie op te heffen en bovendien dat er geen bruikbaar alternatief voor die verhouding, functioneel of ideologisch als zij is, bestaat. Het is in dat verband mogelijk niet oninteressant om te zien dat ook in de Sovjetunie de arbeidsovereenkomst gekenmerkt wordt door ondergeschiktheid. Zo schrijft Chikanova in 1987:

‘The Fundamental Principles of Legislation of the USSR and Union Republics on Labour define a labour contract as “an agreement between the working people and the enterprise, institution or organisation, according to which the working people shall be obliged to fulfil work of a particular specialisation, skill or post while being subordinate to internal labour discipline and the enterprise, institution or organisation shall be obliged to pay the working people a wage and ensure labour conditions provided for by labour legislation, the collective agreement and the agreement of the parties”.⁶⁹

Kunnen wij nu vaststellen welke grenzen aan de gezagsverhouding moeten worden aangelegd? Zulke grenzen lijken op twee manieren te worden gesteld. Allereerst komen ze voort uit voorschriften in enigerlei bindende vorm. Te denken is aan de wet, verstaan in materieelrechtelijke zin, maar evenzeer is te denken aan de cao, aan de arbeidsovereenkomst zelf of aan het gebruik. En tenslotte leggen ook de redelijkheid en de billijk-

heid grenzen aan de eenzijdige bevelsbevoegdheid. Zo men wil, is die laatste beperking terug te voeren op de wet, nu deze immers in art. 1638z BW de werkgever noopt zich te gedragen als een behoorlijke werkgever. Hoe dat ook zij, de eerste invalshoek wat de grenzen betreft, is die van objectieve normen welke de subjectieve bevelsvrijheid van de werkgever aan banden leggen. De tweede invalshoek is die van de onderwerpen waarop de eenzijdige bevelsbevoegdheid wel en niet kan slaan.

Uit art. 1639b BW lijkt te volgen dat de opdrachten betrekking moeten hebben op:

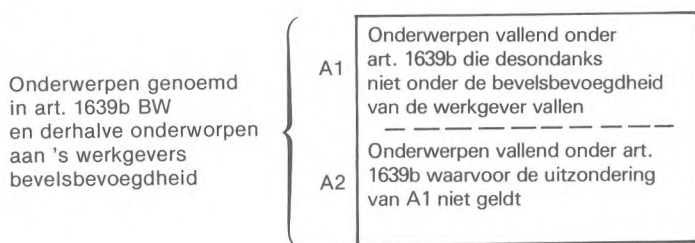
- het verrichten van de arbeid, danwel op
- de goede orde in de onderneming.

Die beperking, hoe ruim ook in zichzelf, brengt dan mee dat op andere dan de beide genoemde terreinen aan de werkgever geen bevelsbevoegdheid toekomt. Is een dergelijk terrein gemakkelijk aan te wijzen? Mij dunkt, dat de eigen levenssfeer van de werknemer zo'n terrein is. Het staat de werkgever in het algemeen niet vrij de werknemer op te dragen op politiek of levensbeschouwelijk terrein daden te stellen (lid te worden van een politieke partij, danwel kerkelijk of levensbeschouwelijk genootschap), c.q. overtuigingen aan te hangen (bijv. te stemmen op een politieke partij, geld te geven aan een bepaald genootschap). Het zal de werkgever in het algemeen evenmin vrij staan de werknemer iets op te dragen dat strijdig is met diens recht op de onaantastbaarheid van zijn lichaam. Maar zou het bestuur van een gereformeerde school aan een daar werkzame leraar niet kunnen opdragen in zijn lessen na te laten het gereformeerde geloof belachelijk te maken? Zeker, zo zal men menen, doch daaraan toevoegen dat een dergelijke opdracht het terrein van het verrichten van de arbeid betreft en dus valt onder het prerogatief van de werkgever (art. 1639b). Maar wanneer de leraar zulk denigrerend gedrag ten opzichte van dat geloof niet in zijn lessen uit, doch daarover in het weekend een artikel schrijft voor een leraarsblad of in Capitool zijn gedachten openbaart? Dergelijk gedrag is bezwaarlijk te brengen onder het verrichten van de arbeid (het geven van de lessen) of onder de goede orde in de onderneming (het gedrag op school). Het valt dus buiten het meermalen genoemde wetsartikel. Betekent het daarom dat opdrachten daarover niet gegeven kunnen worden?

Wat de persoonlijke levenssfeer van de werknemer betreft, zal in het algemeen het uitgangspunt zijn dat de werkgever geen voorschriften over kleding, schoeisel of haardracht aan de werknemer kan geven. Maar kan hij dat nooit? Zeker, hij zal dat wel kunnen doen wanneer het dragen van uniforme kleding, en/of schoeisel in zijn onderneming een onderscheidend

kenmerk is. Hij zal dat evenzeer kunnen doen wanneer voor zijn onderneming hygiënische voorschriften gelden, bijvoorbeeld wat betreft de bedekking van het haar. Maar zal hij zich daartoe moeten beperken? Ik zou denken van niet. Wanneer vrouwelijke werknemers zich bijvoorbeeld op het werk zouden presenteren in dezelfde uitmontering als een aantal vrouwelijke studenten op het Binnenhof deed in de loop van de tijdens de maand juni 1988 gehouden demonstraties tegen het studiefinancieringsbeleid, denk ik dat de werkgever daartegen zou kunnen optreden. Doch ook wanneer het gaat om minder pregnante vormen van ontkleding (ik denk met een variatie op Marry de Gaay Fortman⁷⁰ aan ‘undecent blouses’) zal de werkgever wel van zijn opdrachtbevoegdheid gebruik kunnen maken. De weg per saldo die art. 1639b BW wijst, lijkt toch niet de juiste te zijn of althans niet de enig juiste. Immers, ook art. 1639d BW heeft met de afbakening van onderwerpen te maken. Aanvankelijk leek het erop dat wij eerst bepaalde onderwerpen konden aanwijzen die op grond van de wet vrij zijn van de bevelsbevoegdheid van de werkgever. Vervolgens zou voor de daarvan niet vrije onderwerpen gelden dat bepaalde opdrachten door wat eerder een objectieve norm genoemd werd, verboden zijn. Intussen blijkt dat de werking van de redelijkheid en de billijkheid zich niet beperkt tot de onvrije onderwerpen om daarvan als het ware vrije partjes af te snijden. Art. 1639d kan evenzeer betekenen dat een bepaald onderwerp, hoezeer in beginsel vrij van bevelsbevoegdheid, daar wat betreft een bepaalde opdracht wel degelijk onder ressorteert. In tekening gebracht, leidt een en ander tot het volgende.

Figuur 4



Figuur 5



Waartoe leidt nu per saldo deze exploratie van de grenzen der gezagsbevoegdheid? Zie ik het goed, dan brengt zij ons de volgende regels:

- De werkgever kan opdrachten aan de werknemer geven doch zal zich daarbij in het algemeen dienen te beperken tot de in art. 1639b BW genoemde onderwerpen.
- Op die terreinen mist hij de genoemde bevoegdheid echter voor zover de wet, een cao, de arbeidsovereenkomst, het gebruik of de redelijkheid en de billijkheid hem zulks beletten.
- Op andere dan de in art. 1639b genoemde terreinen komt de werkgever in het algemeen geen bevoegdheid toe tot het geven van opdrachten.
- Op die terreinen kan zulks echter anders zijn wanneer dat voortvloeit uit de redelijkheid en de billijkheid bedoeld in art. 1639d BW.
- Voor het geven van opdrachten, wanneer in het algemeen of in het bijzonder toegestaan, geldt steeds de eis van de redelijkheid en de billijkheid, bedoeld in art. 1638z BW.

3.6 Conclusie

De vorenstaande beschouwing over de gezagsverhouding is in dit opstel uiteraard opgenomen vanwege haar betekenis voor de far. Eerder bleek dat er far zijn die wel en die geen arbeidsovereenkomst zijn. Met verwaarlozing van de mogelijkheid dat de far-werker niet beloond wordt en om die reden een rechtsverhouding heeft die geen arbeidsovereenkomst is, schuilt de oorzaak van het verschil tussen beide soorten rechtsverhoudingen in het wel of niet bestaan van een gezagsverhouding c.q. de afwezigheid van de verplichting de afgesproken arbeid zelf te verrichten. Over die laatste verplichting meende dit opstel eerder dat zij in het algemeen duidelijk zal zijn en relatief gesproken tot weinig vragen leidt. Voor zover het verschil far-arbeidsovereenkomst/far-geen arbeidsovereenkomst aanleiding tot vragen

geeft, moeten die betrekking hebben op de aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding. Gelijk bekend is, betekent dat kenmerk overigens niet dat de werkgever daadwerkelijk opdrachten moet geven, doch slechts dat de rechtsverhouding in kwestie hem daartoe de bevoegdheid verleent. Wanneer het oordeel over een far moet luiden: geen arbeidsovereenkomst, betekent zulks derhalve dat die bevoegdheid ontbreekt. Nu heeft die bevoegdheid betrekking op de beide, in art. 1639b BW genoemde onderwerpen en voorts op andere onderwerpen wanneer deze daartoe worden aangewezen (B1 in figuur 5).

Voor alle duidelijkheid zij eraan herinnerd dat de opdrachtbevoegdheid geen betrekking hoeft te hebben op de beide, in art. 1639b genoemde onderwerpen. De wetbepaling in kwestie is niet cumulatief, doch alternatief bedoeld. Kan de werkgevende partij over één der onderwerpen opdrachten geven, dan reeds is van een gezagsbevoegdheid sprake.

Om wat voor soort kwesties gaat dat nu? Naar mij voorkomt, gaat het om:

- de volgorde van de werkzaamheden,
- de inhoud ervan,
- de te gebruiken werkmethoden, inclusief de hygiëne en de veiligheid,
- de plaats waar en de tijd waarop de arbeid wordt verricht,
- de vraag of een hond danwel een radio naar het werk kan worden meegenomen,
- waar de grens tussen de ‘decent’ en ‘undecent’-kleding is gelegen, e.d.

Ook wanneer de werkzaamheden door de werknemende partij buiten de onderneming worden verricht, kan het zo zijn dat de werkgevende partij over een of meer dezer kwesties opdrachten kan geven.

In het eerder besproken arrest IVA/Queijssen bleek de situatie zo dat de werknemende partij weliswaar de arbeidstijden zelfstandig bepaalde, doch dat ze wat betreft de werkmethode instructie kreeg. De feitelijke rechter oordeelde, toen bovendien bleek dat Queijssen gehouden was een bepaalde hoeveelheid werk per dag te verrichten en de werkzaamheden in kwestie niet afweken van die welke werknemers van IVA in haar onderneming zelf verrichtten, dat een gezagsverhouding bestond. De cassatierechter achtte dat oordeel niet strijdig met enige rechtsregel. Maar het arrest besliste niet dat wanneer de beide laatste omstandigheden (hoeveelheid werk en gelijkheid van het werk met dat wat in de onderneming zelf werd verricht) afwezig waren geweest, een gezagsverhouding niet zou hebben bestaan. Een dergelijke vraag kwam in dat geschil niet in cassatie aan de orde. Mijns inziens was het enkele feit dat Queijssen geïnstrueerd werd over de werkmethode, voldoende om een arbeidsovereenkomst aan te nemen.

Zou dat nu anders zijn voor de oproepkracht of de freelancer? De vraag stellen is haar beantwoorden: neen. Ook in de oproep- of freelance-verhouding behoort een arbeidsovereenkomst te worden aangenomen wanneer over een der genoemde onderwerpen aan de werkgevende partij bevelsbevoegdheid toekomt. Daaraan doet niet af dat partijen hun relatie een oproepcontract noemen of dat er eerst arbeid kan worden verricht nadat er een oproep is gedaan. De bevelsbevoegdheid heeft betrekking op onderwerpen die eerst aan de orde zijn wanneer met het werk een aanvang wordt gemaakt. In § 2.2 is voorlopig een indeling van oproepcontracten gemaakt waarbij rekening werd gehouden met de tweedeling die de literatuur kent, t.w. de voorovereenkomst gevolgd door een werkovereenkomst en de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Inmiddels zou ik menen dat die laatste figuur ons niet verder brengt doch integendeel voor verwarring zorgt. Partijen bij een oproepcontract spreken af dat de ene partij de andere zal oproepen, op welke oproep het de bedoeling is dat de andere partij zal ingaan. Eerst wanneer dat gebeurt, ontstaat tussen hen een verhouding die de werknemende partij aanspraak geeft op een zekere bescherming. Die verhouding nu zal een arbeidsovereenkomst zijn wanneer de werkgevende partij bevelen kan geven in de zin als zojuist bedoeld. Van een zekere verwarring blijkt bijvoorbeeld uit een beslissing van de Rechtbank te Assen die betrekkelijk recent werd gepubliceerd.⁷¹ Daarin constateert het College eerst dat de feitelijke omstandigheden meebrengen dat de relatie van partijen (althans voor een bepaald tijdvak) als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd, hoewel een oproepclausule gold. Daarop volgt dan de overweging dat wanneer het partijen zou vrijstaan een dergelijke arbeidsverhouding te gieten in de vorm van een oproepcontract, daarmee op eenvoudige wijze de dwingendrechtelijke bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst opzij gezet kunnen worden. Dat 'gieten', aldus de rechtbank, is niet toegestaan. De werknemende partij had in die zaak gesteld dat het oproepbeding niet rechtsgeldig was. Vermoedelijk bevond het College die stelling juist; hoe anders kon zij tot een 'niet toegestaan' komen? Doch wanneer het oproepbeding rechtens niet bestaan had, hoe moet dan het op basis van dat beding begonnen werk worden gezien? Ik denk dat de rechtbank had dienen te onderscheiden tussen wat partijen rechtens afspraken (een als arbeidsovereenkomst te kwalificeren relatie) en hoe partijen die afspraak noemden. Dat er een oproepbeding gold, doet aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet af.

Oproepcontracten laten soms de oproepkracht uitdrukkelijk vrij om niet op een oproep te reageren. Daaraan worden wel juridische consequenties verbonden, in die zin dat er dan van een arbeidsovereenkomst geen sprake is. Ik kan die gedachte niet goed volgen. Voorop staat dat het oproepcontract kan en dikwijls zal voorzien in de eerder genoemde twee

fasen, namelijk de voorovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Nu gaat het bij de far om de tweede. De eerder aan de orde gekomen rechtvaardighedsnotie komt op zodra A voor B werkt en daarbij onvoldoende althans kwestieuze bescherming geniet. Dat kan geen betrekking hebben op de periode tussen voor- en arbeidsovereenkomst, waarin A immers niet werkt. Waar het om gaat is uiteindelijk of, wanneer hij werkt, zijn relatie een arbeidsovereenkomst genoemd moet worden of niet. En dat wordt tenslotte beslist door art. 1637a BW en – voor ons onderwerp – door de aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding. Gaat de oproepkracht niet aan het werk of is hij vrij zijn broer voor hem het werk te laten verrichten, dan is er geen arbeidsovereenkomst.

4. TOEKOMST

4.1 Inleiding

Hiervoor (in § 2.1) is stilgestaan bij de vraag of het far-verschijnsel enige permanentie zal vertonen. Daar is die vraag bevestigend beantwoord. Dat gaf aanleiding reeds voorlopig stil te staan bij mogelijke veranderingen van het civiele arbeidsrecht om (te manifeste) onrechtvaardigheden rond deze arbeidsrelaties weg te nemen, c.q. te beperken. Het is nu tijd om op die vraag terug te komen.

Intussen bleek dat het niet alleen gaat om de vraag of far-werkers onbeschermd staan wanneer hun arbeidsverhoudingen geen arbeidsovereenkomst is. De zojuist bedoelde onrechtvaardigheden zijn niet alleen met het onderscheid arbeidsovereenkomst/geen arbeidsovereenkomst verbonden. Het arbeidsovereenkomstenrecht waartoe een niet gering aantal far blijkt te behoren, heeft mogelijkheden om ook dan de bescherming van de werknemende partij gering te doen zijn. Daaruit volgt dat een eventuele wijziging van de relevante rechtsregels die zich beperkt tot de far-geen arbeidsovereenkomst, een deel van het probleem laat liggen. Of, om het in de taal van figuur 3 te zeggen, wijzigingen die alleen deel *A* betreffen zullen de problematiek niet oplossen. Het gaat in beginsel zowel om deel *A* als om deel *B/C* en dus tenslotte toch om de relatief grote aantallen mensen die in de Inleiding (hoofdstuk 1) werden genoemd.

4.2 Rechtssituatie in de toekomst

Over de rechtssituatie rond de far in de toekomst bestaat relatief weinig literatuur. Dat kan te wijten zijn aan de gedachte dat de problematiek is opgelost wanneer far eenvoudig onder het arbeidsovereenkomstenrecht vallen.⁷² Zonder te menen dat zo'n verandering in bepaalde opzichten een oplossing niet zou bieden, schiet ze in ieder geval voor de totaliteit van het probleem te kort. De ambtelijke werkgroep van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, die in november 1987 het al meermalen ge-

noemde eindrapport uitbracht,⁷³ produceerde in juni 1986 een interim-rapport.⁷⁴ Onder het hoofd *Denkbare beleidsalternatieven en de afweging daarvan* (interim-rapport, p. 29) gaat de werkgroep zowel in op de vraag naar de rol van de overheid wanneer het om eventuele wijzigingen gaat als op de vraag welk soort wijzigingen te overwegen ware. Het rapport bevat behartenswaardige gedachten over deze zaak. Kort samengevat komen die op het volgende neer.

Omdat de sociale partners de primaire verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorwaardenvorming hebben, ligt het allereerst op hun weg regels te maken. Die regels kunnen bij cao tot stand komen en betreffen

- een maximum aantal far per bedrijfstak of onderneming,
- minimum-normen bij far in acht te nemen,
- bevoegdheden voor ondernemingsraden wat betreft de omvang van far voor hun ondernemingen.

De overheid behoudt echter een eigen verantwoordelijkheid, aldus nog steeds het rapport, en kan regels maken die

- de omvang van het gebruik van far beperken, gaande van een totaal verbod tot een quotumregeling,
- bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht uitbreiden tot far,
- een minimum-arbeidsduur voor arbeidsrelaties bepalen,
- verandering brengen in de risicoregeling van art. 1638d BW,
- een lichte vorm van ontslagbescherming voor far-geen arbeidsovereenkomst introduceren.

In het zojuist genoemde eindrapport komen concrete aanbevelingen tot wijziging van het arbeidsovereenkomstenrecht voor. Kennelijk streeft het twee doelen na, namelijk:

- a. gelijkstelling van een aantal far-geen arbeidsovereenkomsten met arbeidsovereenkomsten,
- b. opneming van een vloer wat betreft de arbeidstijd en de beloning in arbeidsrelaties die daarin zelf niet voorzien.

Wat a betreft stelt de werkgroep een drietal wijzigingen voor die beogen een overeenkomst tot het verrichten van arbeid een arbeidsovereenkomst te achten, wanneer de werkgevende partij de bevoegdheid heeft bindende instructies aan de andere partij te geven over het werk, de uitvoering daarvan en de arbeidstijden, ongeacht of van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt en evenzeer ongeacht of de andere kenmerken van art. 1637a BW aanwezig zijn. Voorts gaat het om bepalingen die beletten dat het enkele feit dat de werknemende partij vrij is het werk te verrichten of te beëindigen, zonder meer betekent dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake

kan zijn. Hetzelfde wordt voorgesteld voor die overeenkomst die de werknemende partij vervangvrijheid geeft. Wat *b* betreft, stelt het rapport voor bij gebreke van een afgesproken arbeidsduur per week, de fictie in te voeren dat die duur 20 uur per maand is. En tenslotte gaat het om een verandering in art. 1638d BW, met dien verstande dat het eerste lid een driekwart-dwingende in plaats van een semi-dwingende bepaling zou moeten worden.

Tot zover de plannen tot aanpassing van de wetgeving aan de far, volgens het genoemde rapport.

4.3 Toekomstsuggesties

Alvorens aan het slot van dit opstel enkele suggesties voor de toekomst te doen, lijkt het juist een ogenblik stil te staan bij twee kwesties die nog niet aan de orde waren. De nadruk die in het voorafgaande viel op rechtvaardigheidsnoties kan het gevaar in zich bergen dat de voordelen van far over het hoofd worden gezien. Het gaat daarbij niet alleen om voordelen van de werkgevende partij wiens onderneming flexibeler zal kunnen reageren op marktverhoudingen doch ook om voordelen voor de werknemende partij. Uit onderzoeken blijkt dat ongeveer een vierde gedeelte van de far-werkers bewust een dergelijke relatie kiest omdat deze beter bij het levenspatroon van de betrokkenen zou passen dan de stringenter 'gewone' arbeidsovereenkomst. En tenslotte kan ook het voordeel voor de maatschappij als geheel niet over het hoofd worden gezien, nu het in een open economie als de Nederlandse essentieel is dat het bedrijfsleven zich op veranderingen snel kan instellen.

Nu zou ik met de genoemde werkgroep van mening zijn dat er taken bestaan voor de sociale partners en voor de overheid. Wat de eersten betreft, is te denken aan een aanbeveling van de Stichting van de Arbeid aan cao-partijen om in collectieve arbeidsovereenkomsten minimum-normen voor far op te nemen. In verboden of in quoteringsregelingen voor deze relaties zie ik niets. De laatste zullen, gelijk nu reeds dreigt ten aanzien van de gehandicapte werknemers,⁷⁵ op niets uitlopen omdat werkgevers er niet onbegrijpelijk een te sterke inmenging in hun selectie- en wervingsbeleid in zullen zien. De eerste (de verboden) zullen tot ontduikingen leiden, doch vooral — naar te vrezen valt — tot het niet aangaan van een arbeidsrelatie waar dat zonder verbod wel zou zijn gebeurd. Omdat echter cao's niet alle bedrijfstakken betreffen en de arbeidsmarkt zo ruim is dat maar afgewacht moet worden of normafspraken als zojuist bedoeld daadwerkelijk tot stand komen, kan het bij een dergelijke aanbeveling van de Stichting niet blijven. Wijzigingen in het wettelijk regime terzake van overeenkomsten tot het verrichten van arbeid zijn nodig. Daarbij zal een nieuw type over-

eenkomst introductie verdienen, voorlopig de werkovereenkomst te noemen. Iedere overeenkomst waarbij een werknemende partij aanneemt zelf voor een werkgevende partij te werken tegen beloning, doch waar een gezagsbevoegdheid ontbreekt, zal een dergelijke overeenkomst zijn. Is de werknemende partij vrij zich naar believen te doen vervangen, dan is van een werkovereenkomst geen sprake en blijft het gaan om een overeenkomst tot het verrichten van diensten.

Anders dan de werkgroep, meen ik dat wanneer de werknemende partij zichzelf zo vrijblijvend committeert, zulks voor zijn wederpartij evenzeer behoort te gelden. Bedacht dient te worden dat het voor een werkgevende partij in het algemeen zeker niet onverschillig is wie het werk verricht. Zo goed als hij over het geheel genomen werknemenden in het algemeen als werknemers aan zijn onderneming zal willen binden om ze aldus te behouden, zo goed zal hij voor dat deel van de werknemenden waarvoor zulks (nog) niet geldt en far aan de orde komt, naar een vaste relatie in aanbouw streven.

De werkovereenkomst garandeert de far-werker een minimale arbeidsduur per week. Partijen zijn vrij een langere arbeidsduur af te spreken, doch geen kortere. Voor het minimum is te denken aan één uur per dag of vijf uur per week, danwel een tijd die wordt afgeleid van de in de bedrijfstak geldende normale arbeidstijd en daartoe in een bepaalde verhouding staat. Over die arbeidstijd heeft de far-werker recht op beloning, tenzij er zelfs voor die minimale tijd geen werk is en het risico daarvan niet is toe te rekenen aan de far-werker. Van die wetsbepaling kan slechts bij cao worden afgeweken. Voor de werkovereenkomst geldt geen andere bescherming wat betreft het behoud van de relatie, dan een opzegtermijn. Die termijn is minimaal één en maximaal drie maanden. Een cao kan van het minimum en/of maximum afwijken.

Voor de far-arbeidsovereenkomst die zich van de werkovereenkomst zal onderscheiden door de aanwezigheid van een gezagsverhouding, gelden dezelfde regels wat arbeidsduur en beloning doch bovendien wat ontslagbescherming betreft, gelijk die uit het arbeidsovereenkomstenrecht volgt. De geringere vrijheid van deze far-werker, die immers ook onder de bevelsbevoegdheid van de werkgever staat, wordt gehonoreerd met een sterkere bescherming tegen ontslag. Die zal vooral betekenen dat de werkgevende partij een ontslagvergunning behoeft voordat hij de relatie eenzijdig kan beëindigen.

5. SLOT

Met de in de vorige paragraaf gesuggereerde oplossingen is, naar mijn stellige overtuiging, het laatste woord over de far niet gesproken voor zover over enige kwestie wel ooit het laatste woord gesproken zal worden. Dit opstel beoogt gelijk een preadvies behoort te doen, een aanzet te geven voor discussie, in dit geval over wordend recht ten aanzien van far. De schrijver zou wensen dat onze Vereniging aan dat wordende recht een krachtige bijdrage kan leveren.

NOTEN

1. L. Heuperman en H. de Vries, *SMA* 1988, p. 284 e.v.
2. *Arbeid op maat*, Den Haag, december 1986, p. 101 (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid).
3. *Flexibele inzet van arbeidskrachten*, Den Haag, november 1987, p. 1 (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid).
4. *Report on social developments 1986*, Brussel-Luxemburg, april 1987, p. V-2 e.v.
5. Wet van 13 juli 1987, Stb. 193.
6. Vgl. art. 3 WAO, WW en ZW.
7. Zie art. 1 tweede lid WOR.
8. Vgl. art. 1 eerste lid WCAO.
9. Zie art. 2 eerste lid WML.
10. W. van Voorden, *De verscheidenheid van flexibilisering van de arbeidsmarkt*, Den Haag 1985 (OSA).
11. *Flexibilisering van arbeid; mogelijkheden en effecten*, Den Haag 1986 (OSA).
12. Zie noot 2.
13. Zie noot 3.
14. Het verschijnsel thuiswerk, Den Haag, oktober 1984 (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid).
15. *Achtergronden van uitzendarbeid*, Den Haag, maart 1983 (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid).
16. In die zin ook T.W.J. Pfaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, Arnhem 1986 en P.F. van der Heijden, *Het ontslagrecht op de snijtafel*, Alphen a/d Rijn, 1987.
17. M.G. Rood, *NJB* 1984, p. 998.
18. Zie het in noot 11 genoemde rapport.
19. Het in noot 3 genoemde rapport, hfdst. 3.
20. O. Albers en Y. Konijn, *Losse en flexibele arbeidsrelaties*, Alphen a/d Rijn, 1987, p. 11.
21. Wet van 31 juli 1965, Stb. 379.
22. Wet van 29 november 1930, Stb. 433 (art. 43).
23. HR 11 januari 1966, NJ 1966, 366.
24. G.M.J. Veldkamp en M.J.E.H. Raetsen, *SMA* 1971, p. 333, e.v., M.V. van der Woude, *SMA* 1971, p. 679 e.v. en G.H.B. Niestadt, *SMA* 1975, p. 463 e.v.
25. Aldus H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer 1986, p. 278.
26. B.S. Frenkel, *SMA* 1980, p. 752 e.v.
27. I. van Haren, in: *Blinde vlekken in het sociale recht*, Deventer 1986, p. 92.
28. HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633, m.nt. PAS.
29. Zie het in noot 14 genoemde rapport, p. 6.
30. Vgl. het in noot 3 genoemde rapport, p. 2.
31. HR 17 november 1978, NJ 1979, 140.
32. Of het moest, bijvoorbeeld bij een relatie medicus-patiënt, om zaakwaarneming gaan (zie art. 1390 BW), wanneer de patiënt in bewusteloze toestand wordt binnen gebracht.

33. Y. Konijn, *SR* 1986, p. 8.
34. Y. Konijn, *SMA* 1985, p. 803.
35. Zie het in noot 33 genoemde artikel.
36. O. Albers en Y. Konijn, *Losse en flexibele arbeidsrelaties*, Alphen a/d Rijn 1987, p. 54.
37. Vgl. het in noot 3 genoemde rapport, p. 21 e.v.
38. M.M. Olbers, *SR* 1988, p. 108 e.v.
39. HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264.
40. J. Rutgers, *NJB* 1986, p. 485 e.v.
41. M.V. van der Woude, *SMA* 1984, p. 672 e.v.
42. Vgl. HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983, 230 m.nt. PAS.
43. Zie het in noot 3 genoemde rapport, p. 2.
44. Y. Konijn, *SMA* 1985, p. 813.
45. Vgl. het in noot 38 genoemde artikel.
46. *De verdeling en de waardering van de arbeid*, Den Haag 1976, p. 93 (WRR).
47. M.G. Rood, *SMA* 1982, p. 506.
48. Vgl. art. 2 BBA 1945.
49. Zie art. 7.10.1.1 NBW.
50. Vgl. H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer 1986, p. 16.
51. Zie o.m. het in noot 31 genoemde arrest.
52. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen a/d Rijn 1987, p. 16.
53. *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), Deventer, BW, art. 1637a, aant. 2.
54. A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Eerste Deel, Den Haag 1907, p. 315 respectievelijk 320.
55. N.K.F. Land-C.W. Star Busmann, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, 5e deel, Haarlem 1915-1932.
56. P. Zonderland, *SMA* 1971, p. 169 e.v.
57. N.E.H. van Esveld, Het gezagselement in de arbeidsovereenkomst, in *Aspecten van arbeidsrecht*, Alphen a/d Rijn 1971, p. 153 e.v.
58. T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*, Alphen a/d Rijn, 1962
59. M.G. Levenbach, *Van sociale politiek naar sociaal recht*, Alphen a/d Rijn p. 373.
60. G. Hekkelman, Tekorten van het arbeidsrecht, in *Arbeidsrechtelijke Geschriften* 1962-1977, Deventer 1977, p. 77 e.v.
61. A.A. Bakker, *SMA* 1982, p. 774 e.v., *SMA* 1983, p. 395 e.v. en 589 e.v.
62. H. Versloot, *SMA* 1952, p. 164 e.v.
63. F.J.H.M. van der Ven, *Over de aard der arbeidsovereenkomst*, Alphen a/d Rijn 1972.
64. *Opdracht, arbeidsovereenkomst en collectieve arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1976.
65. Zie ook G.H.A. Schut, *R.M. Themis* 1977, p. 231 e.v.
66. F.F.M. Stolk, *De definitie van de arbeidsovereenkomst*, Alphen a/d Rijn, 1977.
67. Vgl. noot 7.
68. L.J. de Leede en N.J.F.M. Strijbos, *Enkele begrippen uit het sociaal recht*, Deventer 1981, p. 130.
69. HR 24 juni 1966, *NJ* 1966, 457.
70. L. Chikanova, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1987, p. 144.
71. M. de Gaay Fortman, *AA* 1988, p. 436.
72. Rb. Assen 4 november 1986 en 2 juni 1987, *NJ* 1988, 572.
73. O. Albers, *Flexibele arbeid; juridische aspecten*, september 1987, p. 73/74 (WRR).
74. Vgl. het in noot 3 genoemde rapport.
75. *Flexibele arbeidsrelaties*, Den Haag, juni 1986 (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid).
76. Vgl. het SER-advies d.d. 17 juni 1988, nr. 9.

Flexibele arbeidscontracten en sociale zekerheid (bij werkloosheid en arbeidsongeschiktheid)

Mr. M.J. van der Ven

1. INLEIDING

De laatste jaren groeit in brede kring het besef dat flexibilisering van de bedrijfsvoering noodzaak is. Een flexibel bedrijf kan snel inspelen op nieuwe ontwikkelingen, hetgeen in onze snel veranderende maatschappij in veel gevallen voorwaarde is om goed te kunnen functioneren. Het streven naar flexibiliteit in het productieproces heeft onder andere zijn weerslag op de manier waarop gebruik wordt gemaakt van arbeidskracht. In de praktijk blijken bedrijven diverse wegen te bewandelen om een flexibele inzet van arbeidskrachten te realiseren.

Men kan allereerst pogingen onderkennen de inzetbaarheid van het eigen, vaste personeel te vergroten door bijvoorbeeld functieverbreding, verhoging van de interne mobiliteit en variatie in arbeidstijd. Wij spreken dan van interne flexibiliteit. Daarnaast kan gesignaleerd worden dat bedrijven in toenemende mate trachten het aantal vaste personeelsleden zo beperkt mogelijk te houden en verder een beroep te doen op de externe arbeidsmarkt door inschakeling van personen op zogenaamde flexibele arbeidscontracten. In dat geval is sprake van zogenaamde externe flexibiliteit. Voorbeelden van dergelijke flexibele arbeidrelaties zijn, uitzendarbeid, freelance arbeid, oproeparbeid en thuiswerk. Ook door tijdelijke arbeidscontracten en contracten met een variabel aantal werkuren kan een flexibele arbeidsinzet worden gerealiseerd. Thuiswerk (het thuis verrichten van hoofdzakelijk eenvoudige, routinematige werkzaamheden tegen een vaak relatief lage beloning) en freelance arbeid (het incidenteel verrichten van enkele diensten of het aannemen van werk voor een of meer opdrachtgevers) zijn min of meer traditionele vormen van flexibele arbeid. Het verrichten van arbeid op afroep, waarbij de werknemer zich al dan niet kan hebben verbonden om aan een oproep tot werken van de werkgever gehoor te geven is daarentegen een vorm van flexibele arbeid die pas de laatste jaren een flinke vlucht heeft genomen.

Het is niet exact bekend hoeveel personen in Nederland werkzaam zijn op basis van dergelijke flexibele arbeidscontracten. De OSA¹ schat dat het in de periode mei 1985 – oktober 1986 ging om 10-12% van het totaal aantal werkzame personen. Gezien het rapport *Arbeid op Maat*² lijkt de veronderstelling dat dit percentage in de toekomst eerder zal toenemen dan afnemen gerechtvaardigd.

Flexibele arbeidsrelaties blijken met name voor te komen bij eenvoudige, laag beloonde werkzaamheden. Bovendien blijken relatief veel vrouwen en jongeren werkzaam te zijn in flexibele arbeidsrelaties.³

Probleemstelling

Flexibele arbeidsrelaties onderscheiden zich van de traditionele vaste arbeidsrelaties door het feit dat sprake is van een wisselend werkaanbod en in verband daarmee ook wisselende verdiensten.

De rechtsbescherming die aan flexibele arbeidscontracten kan worden ontleend (ontslagbescherming, recht op vakantie, minimumloon etc.) is beduidend minder dan die van vaste arbeidscontracten.

Een flexibele arbeidskracht ontleent aan zijn arbeidscontract derhalve weinig financiële zekerheid, waardoor hij doorgaans eerder dan een vaste arbeidskracht wegens ziekte of werkloosheid zal zijn aangewezen op een loonvervangende sociale-zekerheidsregeling, zoals de Ziektewet (ZW), de Werkloosheidswet (nWW), de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) of de Algemene arbeidsongeschiktheidswet (AAW).

Een veelgehoorde klacht met betrekking tot deze regelingen is echter dat deze niet zijn toegespitst op flexibele arbeidscontracten, doch veeleer uitgaan van een regelmatig (liefst full-time) arbeidspatroon.

In dit preadvies wil ik allereerst nagaan in hoeverre deze klacht gerechtvaardigd is en inventariseren met welke problemen flexibele arbeidskrachten worden geconfronteerd indien zij een beroep willen doen op genoemde regelingen. Vervolgens wil ik onderzoeken wat de oorzaak is van deze problemen en bezien of, en zo ja, hoe deze zijn op te lossen.

Het preadvies is als volgt opgebouwd.

Een eerste vereiste om in aanmerking te komen voor een uitkering is dat men verzekerd is. In hoofdstuk 2 staat daarom de vraag wie verzekerd is centraal. Zodra geconstateerd is dat iemand verzekerd is heeft dit enerzijds consequenties op het terrein van de premiebetaling (hierover handelt hoofdstuk 3) en anderzijds kan dit leiden tot een recht op uitkering indien aan de voorwaarden die de wet hiertoe stelt is voldaan. Op deze voorwaarden en de mate waarin deze potentieel een belemmering vormen voor een recht op uitkering van een flexibele arbeidskracht ga ik nader in in hoofdstuk 4.

In hoofdstuk 5 tenslotte wil ik onderzoeken in hoeverre de gesignaleerde problemen onder een gezamenlijke noemer zijn te brengen en trachten een richting aan te geven waarin mijns inziens de oplossing voor de gesignaleerde problemen zou kunnen worden gezocht.

2. KRING VAN VERZEKERDEN

2.1 **Verplichte verzekering ingevolge de werkloosheidswet, de ziektewet, en de wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering**

De werknemersverzekeringen kennen een verzekeringsplicht: degene die aan de voorwaarden voldoet is van rechtswege verzekerd, of hij (of zijn werkgever) dat nu wil of niet. De vraag of iemand verzekerd is, is derhalve niet afhankelijk van de vraag of premie wordt betaald.

Verplicht verzekerd krachtens de Ziektewet, Werkloosheidswet en Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering, is degene die werknemer is in de zin van die wetten.

Werknemer is degene die werkzaam is in de privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking (art. 3 lid 1 ZW, nWW, WAO). Daarnaast is ook werknemer degene die werkzaam is in een arbeidsverhouding welke als een dienstbetrekking wordt beschouwd (art. 4 en 5 ZW, nWW, WAO). Tenslotte is werknemer degene die anderszins geacht wordt werknemer te zijn (art. 7 en 8 ZW, 7 nWW en 7 en 7a WAO).

Privaatrechtelijke dienstbetrekking

Onder het begrip privaatrechtelijke dienstbetrekking in art. 3 ZW, nWW en WAO wordt verstaan een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 1637a van het Burgerlijk Wetboek (BW). In dit artikel wordt de arbeidsovereenkomst als volgt gedefinieerd: de overeenkomst, waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

Algemeen wordt aangenomen dat uit deze definitie volgt dat aan drie voorwaarden moet zijn voldaan om van een arbeidsovereenkomst te kunnen spreken, te weten:

1. persoonlijk te verrichten arbeid,
2. loon, en
3. werkgeversgezag.

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst zijn drie wezenskenmerken doorslaggevend, niet de door partijen gekozen benaming van het contract.

Hieronder wil ik ingaan op deze drie kenmerken en onderzoeken in hoeverre deze bij flexibele arbeidsverhoudingen aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg kunnen staan.

Ad 1: verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten

Dat sprake moet zijn van een verplichting van de arbeider om arbeid te verrichten, wil van een arbeidsovereenkomst kunnen worden gesproken, vloeit reeds voort uit de definitie van de arbeidsovereenkomst zoals deze is neergelegd in art. 1637a BW (de overeenkomst waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt gedurende zekere tijd arbeid te verrichten). De woorden 'gedurende zekere tijd' duiden naar vrij algemeen wordt aangenomen niet op een minimumgrens. Ook de Centrale Raad van Beroep huldigt deze opvatting.⁴ Het feit dat flexibele arbeid vaak van korte duur is hoeft derhalve niet aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg te staan.

De verplichting van de werknemer om de arbeid *persoonlijk* te verrichten vloeit — voor zover deze nog niet besloten ligt in art. 1637a BW voort uit art. 1639a BW, dat luidt: 'De arbeider is verplicht de arbeid zelf te verrichten. Hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen.' De Centrale Raad van Beroep houdt nogal strikt de hand aan het vereiste dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht: zodra blijkt dat deze verplichting ontbreekt, acht de Raad in beginsel geen arbeidsovereenkomst aanwezig, zelfs niet indien in de praktijk vervanging door een ander nauwelijks voorkomt. Met de verplichting tot persoonlijke dienstverrichting acht de Centrale Raad van Beroep niet in strijd, het feit dat betrokkene zich slechts incidenteel en met toestemming van de werkgever laat vervangen,⁵ hetgeen spoort met het bepaalde in art. 1639a BW.

In die gevallen waarin sprake is van een schriftelijk contract, gaat de Centrale Raad van Beroep in de regel af op wat het contract omtrent de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten vermeldt.⁶ Indien in het contract omtrent vervanging door een derde niets is geregeld kijkt de Centrale Raad van Beroep ondermeer naar de aard van het werk. Indien de werkgever, gezien de aard van het werk (bijv. werk van artistieke aard) bezwaar zal hebben tegen vervanging door een derde, neemt de Centrale Raad van Beroep eerder aan dat sprake is van een verplichting tot persoonlijke dienstverrichting, dan wanneer slechts het resultaat telt en niet wie dat tot stand brengt.⁷

Bij vele vormen van flexibele arbeid zal het niet direct duidelijk zijn

of de bevoegdheid bestaat zich te laten vervangen door derden. Expliciete afspraken zijn vaak niet gemaakt, en een schriftelijke bevestiging van wel gemaakte afspraken ontbreekt nogal eens, hetgeen bewijsproblemen kan veroorzaken.

Ad 2: verplichting tot loonbetaling

Wil een arbeidsovereenkomst aanwezig geacht kunnen worden, dan dient altijd sprake te zijn van loon, als tegenprestatie voor de verrichte arbeid.

Het is niet nodig dat het loon in feite ook is uitbetaald, als de verplichting tot loonbetaling maar vaststaat.⁸ Deze verplichting kan ook bestaan zonder dat zij schriftelijk is vastgelegd: voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst gelden geen vormvereisten. Uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep valt af te leiden dat de loonbetalingsverplichting moet berusten bij de werkgever. Wordt het loon betaald door een derde en bestaat geen loonbetalingsverplichting voor de werkgever, dan is geen sprake van een arbeidsovereenkomst.⁹

Van een loonbetalingsverplichting zal doorgaans in flexibele arbeidsrelaties wel sprake zijn; het ontbreken van de loonbetalingsverplichting van de werkgever zal derhalve niet vaak aan het bestaan van een dienstbetrekking van flexibele arbeidskrachten in de weg staan.

Ad 3: gezagsverhouding

De derde voorwaarde voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, de gezagsverhouding, zal voor vele flexibele arbeidsverhoudingen het grootste struikelblok zijn. Van een gezagsverhouding is sprake indien de werknemer bij zijn arbeid gebonden is aan opdrachten en aanwijzingen van zijn werkgever. Als een werknemer zodanig is ingevoerd in het werk dat hij in feite geen opdrachten en/of aanwijzingen krijgt, hoeft dit nog niet te betekenen dat er geen gezagsverhouding is, de Centrale Raad van Beroep acht doorslaggevend dat aanwijzingen *kunnen* worden gegeven.¹⁰

Dit laatste zal echter niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen. De Centrale Raad van Beroep kijkt in geval van twijfel dan ook naar de omstandigheden van het geval. Het feit dat dezelfde arbeid ook in loondienst wordt verricht, of de omstandigheid dat de betrokkene vroeger onbetwist in loondienst van dezelfde werkgever heeft gewerkt ziet de Centrale Raad van Beroep blijkens zijn jurisprudentie als een indicatie dat sprake is van werkgeversgezag.¹¹

Indien de arbeid echter van zeer eenvoudige aard is (hetgeen bij flexibele arbeid vaak het geval zal zijn) en niet van wezenlijke betekenis voor de bedrijfsvoering, duidt dit naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep in de richting van het ontbreken van een gezagsverhouding.¹²

Het enkele feit dat de werkgever geen direct toezicht kan uitoefenen,

omdat niet binnen het bedrijf van de werkgever wordt gewerkt leidt er niet toe dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake kan zijn.¹³ Een thuiswerker kan derhalve op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Veelal zal het werk van thuiswerkers echter van dermate eenvoudige aard zijn, en bestaat zoveel vrijheid met betrekking tot de wijze en de tijden waarop men werkt (als het werk maar op de afgesproken tijd klaar is), dat niet van een gezagsverhouding, dus ook niet van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken.¹⁴

De omstandigheid dat men zelf kan bepalen wanneer men wil werken, kan aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg staan. De Centrale Raad van Beroep lijkt echter in de vrijheid om zelf de werktijden te mogen bepalen geen belemmering te zien, indien onbetwist sprake is van een gezagsverhouding zodra men met de werkzaamheden is aangevangen. De vrijheid van een afroep- of oproepkracht om al dan niet aan een oproep gehoor te geven staat derhalve niet aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg, indien zodra aan de oproep gehoor is gegeven onbetwist sprake is van een gezagsverhouding.¹⁵

Met het bestaan van een arbeidsovereenkomst acht de Centrale Raad van Beroep echter wel in strijd de vrijheid om wanneer men maar wil het werk aan te vangen, te onderbreken, te eindigen of zelfs in het geheel niet te verschijnen.¹⁶ Indien het hierbij slechts om een formeel bestaande vrijheid gaat, waar in de praktijk weinig gebruik van wordt gemaakt, hoeft deze niet aan een gezagsverhouding in de weg te staan.¹⁷

Indien van tevoren toestemming wordt gevraagd van de werkgever, of indien afspraken zijn gemaakt met de werkgever dat men op bepaalde tijden niet aanwezig zal zijn, zal naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep de vrijheid van komen en gaan niet snel aan het bestaan van een gezagsverhouding in de weg staan.¹⁸ Ook wanneer de aard van het werk een redelijke vrijheid om zelf te kiezen hoe de tijd wordt besteed met zich brengt, zoals bij een vertegenwoordiger, oordeelt de Raad niet snel dat deze vrijheid ertoe leidt dat geen gezagsverhouding kan worden aangenomen.¹⁹

Flexibele arbeidskrachten, al dan niet in privaatrechtelijke dienstbetrekking?

Gezien het voorgaande kan worden gesteld dat de vraag of de diverse flexibele arbeidskrachten (oproepkrachten, thuiswerkers, uitzendkrachten, freelancers) in een privaatrechtelijke dienstbetrekking staan niet met een eenduidig antwoord, zelfs niet met een eenduidig antwoord per soort contract, is te beantwoorden. Dit kan onzekerheid met zich meebrengen, en dat niet alleen met betrekking tot het bestaan van verzekeringsplicht (indien geen sprake is van een dienstbetrekking, kan nog wel verzekerings-

plicht bestaan op grond van een zogenaamde fictieve dienstbetrekking), maar ook met betrekking tot het bestaan van andere rechten en plichten. In zijn eindrapport²⁰ doet de werkgroep-Flexibele arbeidsrelaties een aantal voorstellen om de onzekerheid over de vraag of nu wel of niet sprake is van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in te dammen. Zo stelt de werkgroep voor — hoewel zij het gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad niet strikt noodzakelijk acht — in het Burgerlijk Wetboek een bepaling op te nemen die ertoe strekt dat de arbeider geacht wordt in dienst van de werkgever arbeid te verrichten, indien de werkgever de bevoegdheid heeft om binnen de grenzen van de overeenkomst bindende aanwijzingen of instructies te geven ten aanzien van de inhoud van de werkzaamheden, de wijze van uitvoering daarvan of de tijden waarop die werkzaamheden dienen te worden verricht, ongeacht de vraag of de werkgever van die bevoegdheid gebruik maakt.

Bedingen die de betrokkene de vrijheid geven om al dan niet op een oproep in te gaan worden — aldus de werkgroep — soms bewust in de overeenkomst opgenomen om de rechtsgevolgen die verbonden zijn aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst te voorkomen. De betrokkene wordt op deze manier de bescherming van het arbeidsrecht ontnomen, terwijl maatschappelijk gezien zijn situatie niet afwijkt van die van een werknemer.

De werkgroep stelt dan ook voor in het Burgerlijk Wetboek een bepaling op te nemen die ertoe strekt dat een beding in de overeenkomst tussen arbeider en werkgever dat de arbeider de vrijheid heeft zelf te bepalen of hij het werk zal verrichten danwel de vrijheid heeft de arbeid op ieder door hem gewenst moment te staken, niet aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg staat, zodra en voor zolang de arbeider de arbeid daadwerkelijk is gaan verrichten.

Nu blijktens het rapport *Arbeid op Maat*,²¹ met name in afroepcontracten, steeds vaker de bepaling wordt aangetroffen dat de werknemer zich door een derde mag laten vervangen, stelt de werkgroep voorts voor in het Burgerlijk Wetboek een bepaling op te nemen, die ertoe strekt dat een beding inhoudende dat de werknemer niet zelf de arbeid hoeft te verrichten danwel dat het de werknemer vrij staat zich door een derde te laten vervangen, niet in de weg hoeft te staan aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De werkgroep meent namelijk dat een beding dat de arbeid niet persoonlijk hoeft te worden verricht kan worden gebruikt om te voorkomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werkgroep meent dat de opname van een bepaling als hierboven omschreven in het Burgerlijk Wetboek ertoe zal kunnen leiden dat de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid komen tot een wijziging ten opzichte van de huidige praktijk, waarin bij een clause als hier bedoeld in beginsel géén arbeidsovereenkomst wordt aangenomen.

Tenslotte stelt de werkgroep voor in het Burgerlijk Wetboek een bepaling op te nemen die de bewijslast voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst verlicht door het in de wet opnemen van een rechtsvermoeden. Dit rechtsvermoeden zou inhouden dat degene die, al dan niet met tussenpozen, meermalen voor een ander tegen betaling arbeid verricht, vermoed wordt de arbeid op arbeidsovereenkomst te verrichten, indien de arbeid niet wezenlijk afwijkt van de arbeid welke de werkverschaffer ook in het kader van een arbeidsovereenkomst laat verrichten, of in het recente verleden liet verrichten. Gezien het *Advies Flexibilisering van arbeidsrelaties*²² mag worden aangenomen dat de Emancipatieraad zich in grote lijnen in deze voorstellen kan vinden.

Over de wenselijkheid van deze voorstellen in het algemeen wil ik mij in dit kader niet uitspreken, daar ik mij wil beperken tot de positie van de flexibele arbeidskracht op het gebied van de sociale zekerheid. Toch lijkt een kanttekening hier op z'n plaats. Een te strak gereguleerd arbeidsrecht zal er naar verwachting toe leiden, dat werkgevers hun toevlucht nemen tot het grijze en zwarte circuit. Het lijkt raadzaam bij mogelijke aanpassingen van het arbeidsrecht met dit effect rekening te houden. Met betrekking tot de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen kan voorts worden gesteld dat indien de wetgever ertoe zou komen bovengenoemde of enkele van bovengenoemde voorstellen over te nemen, dit zou betekenen dat in minder gevallen sprake zal zijn van twijfel of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, en dus van verzekeringsplicht. De wet kent namelijk weliswaar diverse bepalingen op grond waarvan een (flexibele) arbeidsverhouding niet zijnde een dienstbetrekking als een (fictieve) dienstbetrekking moet worden beschouwd, doch aan diverse van deze bepalingen zijn minimumeisen verbonden met betrekking tot de omvang van de arbeid en de verdiensten. Degene die arbeid verricht in een privaatrechtelijke dienstbetrekking is daarentegen verzekerd ongeacht de omvang van zijn werkzaamheden of verdiensten. Indien de voorstellen worden overgenomen, zal er derhalve eerder sprake zijn van een privaatrechtelijke dienstbetrekking hetgeen er toe zal leiden dat in meer gevallen dan thans sprake is van verzekeringsplicht.

De fictieve dienstbetrekking

Ten aanzien van bepaalde groepen van personen, van wie niet gezegd kan worden dat zij in dienstbetrekking staan, heeft de wetgever gemeend dat zij naar de geldende maatschappelijke opvattingen onder de werking van de sociale-zekerheidswetten moesten vallen. De wetgever heeft dit gerealiseerd door in art. 4 en 5 ZW, nWW, WAO vast te leggen dat bepaalde soorten

van arbeidsverhoudingen, niet zijnde een dienstbetrekking, toch als zodanig worden beschouwd. Men spreekt bij een ingevolge art. 4 of 5 ZW, nWW en WAO aan een dienstbetrekking gelijkgestelde arbeidsverhouding wel van een fictieve dienstbetrekking.

In art. 4 ZW, nWW, WAO wordt een aantal categorieën van personen opgesomd van wie de arbeidsverhouding wordt beschouwd als een dienstbetrekking. Het gaat hier kort aangeduid om: de niet zelfstandige aannemer en zijn hulp, de provisie-reiziger en zijn hulp, de WSW'er en – onder bepaalde voorwaarden – de deelvisser.

In art. 5 ZW, nWW, WAO is bepaald dat bij Algemene Maatregel van Bestuur regels kunnen worden gesteld ingevolge welke eveneens als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van kortgezegd de thuiswerker en zijn hulp, de musicus, artiest of beroepssporter, de uitzendkracht, de leerling (alleen ZW, WAO) en degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht.

Op grond van art. 5 ZW, nWW en WAO is een besluit getroffen, te weten het KB d.d. 24-12-1986, Stb. 655 (aanwijzing van gevallen waarin een arbeidsverhouding als een dienstbetrekking wordt beschouwd). In dit besluit staat een nadere omschrijving van de personen die op grond van art. 5 ZW, nWW, WAO verzekerd zijn.

Voor de vraag of personen met flexibele arbeidscontracten verzekerd zijn, zijn niet al de hierboven genoemde categorieën even interessant. Ik wil me in dit kader dan ook beperken tot bespreking van de (niet-zelfstandige) aannemer en zijn hulp, de thuiswerker en zijn hulp, de uitzendkracht, en degene die tegen beloning persoonlijke arbeid verricht.

De (niet-zelfstandige) aannemer en zijn hulp

Art. 1637b BW definieert de overeenkomst tot aanneming van werk als: de overeenkomst, waarbij de ene partij, de aannemer zich verbindt, voor de andere partij, de aanbesteder, tegen een bepaalde prijs een bepaald werk tot stand te brengen. Degene die zich middels een overeenkomst tot aanneming van werk verplicht heeft een werk tot stand te brengen, is ingevolge art. 4 ZW, nWW, WAO verzekerd, indien hij het werk persoonlijk verricht, en hij dit niet doet in de uitoefening van een bedrijf of de zelfstandige uitoefening van een beroep of als thuiswerker.

Het voornaamste verschil tussen de arbeidsovereenkomst en overeenkomst tot aanneming van werk schuilt in de gezagsverhouding. Anders dan bij een arbeidsovereenkomst is een gezagsverhouding bij aanneming van werk geen vereiste. Een ander verschil is dat de overeenkomst tot aanneming van werk een resultaatsverbintenis is (een bepaald stoffelijk werk zal tot stand worden gebracht) en een arbeidsovereenkomst een inspanningsverbintenis.

Een aantal van de flexibele arbeidskrachten, waarvan niet gezegd kan worden dat zij krachtens arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, bijv. omdat werkgeversgezag ontbreekt kan aan art. 4 lid 1 aanhef en sub *a* ZW, nWW en WAO wellicht toch verzekeringsplicht ontlenen. Dit geldt op voorhand niet voor de thuiswerkers, aangezien genoemd artikel als bijkomende voorwaarde stelt dat het werk anders dan als thuiswerk tot stand moet worden gebracht. Wel zou gedacht kunnen worden aan personeel werkzaam op een zgn. freelance overeenkomst. Een freelance overeenkomst kan – indien het resultaat een stoffelijk werk betreft – worden aangemerkt als een overeenkomst tot aanneming van werk. Deze overeenkomst levert verzekeringsplicht op mits is voldaan aan de voorwaarde dat het werk niet in de uitoefening van een bedrijf- of de zelfstandige uitoefening van een beroep wordt verricht.

Of sprake is van zelfstandigheid zal aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beantwoord. De Sociale Verzekeringsraad heeft een vragenlijst opgesteld²³ welke kan dienen als hulpmiddel bij de beoordeling van het al dan niet bestaan van zelfstandigheid. Deze vragenlijst bevat 26 vragen die de Bedrijfsverenigingen kunnen betrekken bij de beantwoording van de vraag of sprake is van de zelfstandige uitoefening van een bedrijf of beroep.

Voor het aannemen van zelfstandigheid zijn volgens de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep ondermeer de volgende factoren van belang: het lopen van ondernemersrisico,²⁴ het gebruik van eigen gereedschappen en materialen²⁵ en het hebben van meerdere opdrachtgevers.²⁶

Het feit dat men ingeschreven staat bij het Handelsregister en particuliere verzekeringen heeft afgesloten kan een bijkomende aanwijzing zijn dat sprake is van zelfstandigheid. Het zal duidelijk zijn dat met betrekking tot de verzekeringsplicht van freelancers geen categoriaal standpunt kan worden ingenomen: per geval zal een beoordeling moeten plaatsvinden.

De thuiswerker en zijn hulp

Een thuiswerker van wie niet kan worden gezegd dat hij in dienstbetrekking werkzaam is (bijv. omdat de verplichting tot persoonlijke arbeidsverrichting en/of werkgeversgezag ontbreekt) kan toch op grond van het bestaan van een fictieve dienstbetrekking verplicht verzekerd zijn ingevolge de sociale-verzekeringswetten.

Art. 1 lid 1 van het hiervoor reeds genoemde KB d.d. 24 december 1986, *Stb.* 655 bepaalt namelijk dat als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die als thuiswerker arbeid verricht, indien hij deze arbeid persoonlijk verricht. Anders dan bij een arbeidsovereenkomst gaat het hier niet om de plicht de arbeid persoonlijk te verrichten, doch is de feitelijke situatie doorslaggevend. De arbeidsverhouding moet

om als dienstbetrekking te worden beschouwd echter wel aan een aantal voorwaarden voldoen. Zo bepaalt het tweede lid van art. 1 dat de arbeidsverhouding van een thuiswerker slechts als dienstbetrekking wordt beschouwd indien zij is aangegaan voor een aaneengesloten periode van tenminste 30 dagen, en het brutoloon uit deze arbeidsverhouding per maand ten minste 40% van het minimum (jeugd)loon²⁷ zal bedragen.

Volgens de toelichting bij het besluit moet bij de invulling van het begrip 'doorgaans' voorop staan hetgeen bij aanvang van de arbeidsverhouding voor de verdere duur mag worden verwacht. De werkgever dient telkens bij de aanvang van een arbeidsverhouding te beoordelen of aan het begrip 'doorgaans' wordt voldaan. Indien tijdens de duur van de arbeidsverhouding de verwachtingen omtrent het arbeidspatroon wijzigen, kan dit gevolgen hebben voor de verzekeringsplicht.

Om te voorkomen dat de 'tenminste 30-dagen-eis' ertoe leidt, dat constructies worden gekozen waarbij in feite doorlopende arbeidsverhoudingen steeds opnieuw worden aangegaan voor een periode van korter dan 30 dagen, is in art. 1 lid 3 bepaald, dat indien binnen 30 dagen na het einde van een arbeidsverhouding met dezelfde opdrachtgever een nieuwe arbeidsverhouding wordt aangegaan, de tenminste-30-dagen-eis niet geldt voor de nieuwe arbeidsverhouding, tenzij de tijdvakken waarvoor de arbeidsverhoudingen zijn aangegaan te zamen korter zijn dan 30 dagen.

Uit het voorgaande volgt reeds dat het vaststellen van verzekeringsplicht geen eenvoudige zaak is. Dit klemmt temeer daar uit onderzoek is gebleken,²⁸ dat de kennis van werkgevers op dit punt nogal eens te kort schiet. Aangenomen mag worden dat hierdoor vele thuiswerkers (en hun werkgevers) ten onrechte in de veronderstelling leven dat zij niet verzekerd zijn.

De thuiswerker kan zich laten bijstaan door een of meer hulpen, die zelf ook verzekerd zijn als zij aan dezelfde als aan de thuiswerker gestelde eisen voldoen.

Art. 1 lid 4 van het besluit geeft een verdeling van gezamenlijk genoten inkomsten ('ieder voor een gelijk deel, tenzij van een andere verdeling blijkt'). Deze verdeling is nodig om te kunnen toetsen aan de 40%-eis. Art. 2 van het besluit bepaalt echter dat niet als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de thuiswerker die zich doorgaans laat bijstaan door meer dan 2 andere personen, niet zijnde zijn echtgenoot of zijn tot zijn huishouden behorende minderjarige kinderen.

De minister kan op grond van art. 2 groepen van thuiswerkers aanwijzen van wie de arbeidsverhouding niet als dienstbetrekking wordt beschouwd. Van deze mogelijkheid heeft de minister gebruik gemaakt ten aanzien van degene, die niet bij wijze van beroep als auteur of redactie-

medewerker voor een uitgever werkzaam is.²⁹

Tot slot is van belang, dat ingevolge het bepaalde in art. 8 van eerdergenoemd besluit niet als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die arbeid verricht in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep.

De diverse voorwaarden, en met name de voorwaarde dat doorgaans per maand tenminste 40% van het bruto minimumloon moet worden verdiend, maakt dat vele thuiswerkers toch nog buiten de verplichte verzekering vallen. Van diverse zijden is dan ook geadviseerd de 40%-eis te laten vervallen.³⁰

In de door de Tweede Kamer in 1982 aangenomen motie van mw. Beckers-De Bruin³¹ is de regering uitgenodigd te onderzoeken welke aanpassingen in bestaande regelingen getroffen dienen te worden teneinde te bewerkstelligen dat thuiswerkers juridisch en fiscaal als werknemers behandeld worden zodat zij hun werk tegen een rechtvaardige beloning kunnen verrichten, alsmede onder de werking van de werknemersverzekeringen zullen vallen. De toenmalige staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid mw. mr. A. Kappeijne van de Coppello heeft echter als haar oordeel te kennen gegeven dat zij wijziging ten behoeve van thuiswerkers van de werkingssfeer van de werknemersverzekeringen ongewenst acht.³² Vóór het (ongewijzigd laten van het) 40%-criterium pleiten, aldus de staatssecretaris, de volgende argumenten:

- De aanspraak op uitkeringen wordt op die manier beperkt tot uitkeringen van voldoende hoogte om de met de uitvoering en controle gepaard gaande kosten te rechtvaardigen. Juist ten aanzien van die thuiswerkers van wie de inkomsten uit thuisarbeid blijven onder de 40%-grens kan getwijfeld worden aan het nut van verplichte verzekering, omdat tegenover de premieplicht juist daar niet altijd een uitkeringsrecht staat.
- Ook voor degene die tengevolge van het wegvallen van inkomsten uit arbeid minder inkomsten heeft dan het door de Algemene Bijstandswet gegarandeerde minimumniveau staat een beroep op die wet open.
- Tenslotte overweegt de staatssecretaris dat het laten vallen van het 40%-criterium zou kunnen leiden tot een vlucht naar het grijs/zwarte circuit.

Het bestuur van de Stichting van de Arbeid sluit zich bij de argumentatie van de staatssecretaris aan³³ en voegt hieraan toe dat — hoewel waarschijnlijk verruiming van de mogelijkheden tot vrijwillige verzekering geen reële mogelijkheid is — een nader onderzoek hiernaar niet wordt ontraden. Bij de behandeling van het wetsontwerp voor de nieuwe Werkloosheidswet

in de Tweede Kamer is de vraag of het 40%-criterium voor thuiswerkers moest worden gehandhaafd opnieuw aan de orde geweest. In de Memorie van Antwoord wordt hierop als volgt gereageerd: 'Een aanpassing van de regeling inzake verzekeringsplicht van thuiswerkers wordt thans niet overwogen. Wel zal met belangstelling worden afgewacht tot welke resultaten het door de FNV-vrouwenbond ingestelde thuiswerkerssteunpunt leidt.'³⁴ Concrete resultaten kunnen nog niet worden gemeld.

Het zal duidelijk zijn dat de discussie omtrent het al dan niet afschaffen van het 40%-criterium nog niet definitief is beslecht. Aan de ene kant lijkt het reëel rekening te houden met de werkgelegenheidseffecten die zich kunnen voordoen bij het afschaffen van dit criterium, aan de andere kant kan men stellen, dat de argumenten die worden aangevoerd om het 40% criterium voor thuiswerkers te handhaven, ook gelden voor degene die in dienstbetrekking werkzaam is; toch worden aan degene die in dienstbetrekking werkzaam is geen eisen gesteld met betrekking tot de omvang van het werk of de inkomsten daaruit. Nu bovendien de indruk bestaat dat het 40%-criterium wordt gebruikt om verzekeringsplicht te voorkomen, kan men zich afvragen of middel en doel wel met elkaar in overeenstemming zijn.³⁵

Aangezien eerst moet worden beoordeeld of sprake is van een arbeidsovereenkomst kan een betere positie van thuiswerkers op het gebied van verzekeringsplicht ook worden bereikt, door – zoals de werkgroep Flexibele arbeidsrelaties voorstelt³⁶ – bepalingen in het Burgerlijk Wetboek op te nemen die ertoe strekken dat eerder zal moeten worden aangenomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De uitzendkracht

Art. 3 lid 1 van het besluit gebaseerd op art. 5 ZW, nWW en WAO bepaalt dat – zonodig in afwijking van de artikelen 3, 4 en 5 onderdeel a, b en c WAO, ZW en nWW – als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die persoonlijke arbeid verricht ten behoeve van een derde door tussenkomst van de natuurlijke persoon tot wie of van het lichaam tot welke de arbeidsverhouding bestaat. Dit artikel ziet blijkens de toelichting en jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep niet alleen op uitzendkrachten, maar ook op uitgeleende krachten.³⁷

Art. 3 lid 2 van het besluit geeft de minister de bevoegdheid gevallen aan te wijzen waarvoor het eerste lid niet van toepassing is. Van deze bevoegdheid is gebruik gemaakt ten aanzien van de persoon die doorgaans gedurende minder dan 3 dagen werkzaam is voor een natuurlijke persoon ten behoeve van diens persoonlijke aangelegenheden. Deze uitzondering geldt echter weer niet wanneer het loon wordt verstrekt door degene door wiens tussenkomst de arbeid wordt verricht.³⁸

Voor uitzendkrachten gelden gezien art. 3 van het besluit geen nadere eisen met betrekking tot de duur van de arbeidsrelatie, of het uit die arbeidsrelatie genoten inkomen. Evenmin gelden de overige uitzonderingen (zelfstandige uitoefening van een bedrijf of beroep, werk van overwegend geestelijke aard en overheersende familieverhouding).

De vraag of een uitzendverhouding kan worden gekwalificeerd als een dienstbetrekking is hierdoor – als het gaat om het al dan niet bestaan van verzekeringsplicht – van theoretische aard. Als de arbeidsverhouding moet worden aangemerkt als een dienstbetrekking, dan is de uitzendkracht verzekerd op grond van art. 3 ZW, nWW, WAO. Kan de arbeidsverhouding niet worden aangemerkt als een dienstbetrekking, dan bestaat verzekeringsplicht krachtens art. 3 van het besluit ex art. 5 ZW, nWW, WAO.

Voor uitzendkrachten hoeft het vaststellen van verzekeringsplicht derhalve geen probleem op te leveren.

De ‘persoonlijke arbeidsverrichter’

Krachtens art. 5 ZW/nWW/WAO kunnen onder meer regels worden gesteld volgens welke als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding maatschappelijk met een dienstbetrekking kan worden gelijkgesteld (doch geen dienstbetrekking is). Art. 5 van het besluit ziet op deze groep. In dit artikel (het zogenaamde rariteitenartikel) is bepaald dat als een dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon, die anders dan als thuiswerker, uitzendkracht, musicus of artiest persoonlijk arbeid verricht op doorgaans twee dagen per week, indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. De arbeidsverhouding wordt slechts als dienstbetrekking beschouwd indien zij is aangegaan voor een aaneengesloten periode van tenminste dertig dagen en het bruto-inkomen uit deze arbeidsverhouding per week doorgaans tenminste 40% van het minimum (jeugd)loon bedraagt.

De Centrale Raad van Beroep stelt niet als eis dat deze inkomsten afkomstig moeten zijn van degene tot wie de rechtsverhouding bestaat, de inkomsten mogen ook afkomstig zijn van derden.³⁹

Is aan bovengenoemde voorwaarden voldaan, dan neemt de Centrale Raad van Beroep in principe aan dat ook voldaan is aan het in art. 5 ZW/nWW/WAO opgenomen vereiste van maatschappelijke gelijkstelling.⁴⁰

Aan het vereiste dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht is voldaan indien de arbeid feitelijk persoonlijk wordt verricht. Het is voor verzekeringsplicht op grond van het rariteitenartikel – anders dan bij een arbeidsovereenkomst – derhalve niet nodig dat men zich verbonden heeft de arbeid persoonlijk te verrichten.⁴¹

Ook hier geldt weer dat bij de aanvang van de werkzaamheden te verwachten moet zijn dat de arbeid op doorgaans ten minste 2 dagen per week verricht zal worden, waarbij een termijn van ten minste een maand voldoende moet worden geacht voor de beoordeling van een arbeidspatroon.⁴² Hoeveel uren wordt gewerkt is niet van belang, als maar op (tenminste) twee dagen per week wordt gewerkt.

Een arbeidsverhouding aangegaan voor korter dan 30 dagen leidt niet tot verzekering. Indien echter binnen dertig dagen na het einde van de arbeidsverhouding met dezelfde opdrachtgever een nieuwe arbeidsverhouding wordt aangegaan, geldt de 30-dagen-eis niet voor die nieuwe arbeidsverhouding, tenzij de tijdvakken waarvoor die arbeidsverhoudingen zijn aangegaan, te zamen korter zijn dan 30 dagen.

Art. 5 lid 2 sub *a* van het besluit bepaalt dat niet als dienstbetrekking wordt beschouwd, de arbeidsverhouding van de persoon die persoonlijk arbeid verricht, indien die arbeidsverhouding is aan te merken als een arbeidsverhouding als bedoeld in art. 3, 4 of 5 onder *a*, *b* of *c* ZW, nWW, WAO, doch de persoon uit hoofde van deze arbeidsverhouding niet als werknemer wordt beschouwd. Aldus wordt voorkomen, dat op grond van het besluit verzekeringsplicht ontstaat, in die gevallen waarin de andere wettelijke regels al hebben geleid tot uitsluiting.

Ingevolge art. 5 lid 2 sub *b* van het besluit is de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bevoegd bepaalde groepen van personen van verzekering op grond van de rariteitenbepaling uit te sluiten. Deze bepaling heeft geresulteerd in het besluit van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 23-12-1986 (*Stcrt.* 1986, 251).

Op grond van deze beschikking zijn van verzekering op grond van het rariteitenartikel uitgezonderd, degenen die niet bij wijze van beroep als auteur of redactiemedewerker voor een uitgever werkzaam zijn, en degenen die als bestuurder van een vereniging of stichting dan wel als commissaris van een vennootschap, voor die vereniging, stichting of vennootschap werkzaam zijn.

Er ontstaat geen verzekeringsplicht op grond van het rariteitenartikel indien op de arbeidsverhouding een van de uitzonderingsbepalingen van artikel 8 van het besluit van toepassing is. De belangrijkste uitzondering is dat de arbeid niet mag zijn verricht in de uitoefening van een bedrijf of de zelfstandige uitoefening van een beroep.

Evenmin ontstaat verzekeringsplicht indien de arbeid rechtstreeks is overeengekomen met een natuurlijke persoon ten behoeve van diens persoonlijke aangelegenheden, arbeid van overwegend geestelijke aard wordt verricht dan wel de arbeidsrelatie in overwegende mate wordt beheerst door een familieverhouding. De laatste uitzondering heeft met name tot doel om

personen die wegens een overwegende familieverhouding niet in een echte dienstbetrekking staan (ontbrekende gezagsverhouding), ook wel uit te sluiten van verplichte verzekering krachtens een fictieve dienstbetrekking.

Op het eerste gezicht lijkt het rariteiten-artikel van groot belang voor bijvoorbeeld op- en afroepcontracten van wie niet gesteld kan worden dat zij in dienstbetrekking staan (bijv. wegens het ontbreken van werkgeversgezag). Bij nadere beschouwing blijkt het effect van de bepaling toch weer beperkt. Het struikelblok is ook hier vaak het 40% criterium met betrekking tot de inkomsten en de eis dat tenminste op 2 dagen per week arbeid moet zijn verricht. De Emancipatieraad pleit er dan ook voor ook de 40%-eis te schrappen.⁴³

Bij de behandeling van het wetsontwerp van de nieuwe Werkloosheidswet is ook dit aspect aan de orde geweest. Uit de Memorie van Antwoord blijkt dat de regering van mening is dat de knelpunten die zich voor afroepcontracten e.a. voordoen primair liggen in het rechtspositionele vlak. Eerst zal dan ook moeten worden nagegaan of knelpunten in de rechtspositie kunnen worden opgelost, terwijl daarna pas kan worden gezien of er aan de kant van de sociale zekerheid nog lacunes zijn, die dan in dat kader kunnen worden opgevangen.⁴⁴

Aangezien het systeem van de wet aldus is, dat eerst moet worden beoordeeld of sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan door het verbeteren van de rechtspositie van af- en oproepkrachten verzekeringsplicht worden bereikt. Indien immers de arbeidsverhouding van een afroepkracht moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, is hij reeds op basis van art. 3 ZW, nWW en WAO verzekerd, en komt men aan toetsing aan het rariteitenartikel niet toe. Het 40%-criterium zal hierdoor aan betekenis inboeten, eenvoudig omdat minder aan het rariteiten-artikel zal worden getoetst.

Beperking werkingssfeer

Art. 6 lid 1 WAO en ZW, de artt. 6 en 7 nWW bepalen dat niet als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon als bedoeld in art. 2 van de Ambtenarenwet, de persoon die werkzaamheden verricht bij een gemeentelijke brandweer en degene die doorgaans op minder dan 3 dagen werkzaam is voor een natuurlijke persoon in diens huishouding en degene aan wie door het rijk ter zake van zijn arbeidsverhouding invaliditeitspensioen is verzekerd. Voor de Ziektewet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering kan aan dit rijtje nog worden toegevoegd degene die zijn militaire of vervangende dienstplicht vervult.

De Ziektewet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering

kennen nog een verdere beperking en wel een beperking op de hoofdregel dat wie in (fictieve) dienstbetrekking staat, ook verzekerd is. Art. 6 lid 2 ZW/WAO bepaalt namelijk dat geen dienstbetrekking wordt geacht aanwezig te zijn op dagen, waarop geen arbeid wordt verricht en geen uitkering of een uitkering van minder dan de helft van het normale loon van de werkgever wordt genoten.

Op deze regel bestaat een aantal uitzonderingen. Zo loopt de verzekering door:

- indien het niet verrichten van de arbeid zijn oorzaak vindt in een normale onderbreking van of verhindering tot het verrichten van de arbeid, zolang deze onderbreking of verhindering niet langer dan een maand heeft geduurd,
- indien niet wordt gewerkt wegens bijzonder verlof, zoals studieverlof, zolang dit verlof niet langer dan een maand heeft geduurd en
- indien het niet verrichten van arbeid zijn oorzaak vindt in weersinvloeden, gebrek aan materialen of dergelijke omstandigheden.

De verzekering loopt eveneens door indien het niet werken zijn oorzaak vindt in de omstandigheid dat de dienstbetrekking ertoe strekt dat slechts een gedeelte van de normale werkweek arbeid wordt verricht. Als de dienstbetrekking er echter toe strekt dat niet regelmatig in elke kalenderweek arbeid wordt verricht, dan wordt slechts een dienstbetrekking aanwezig geacht voor zover het betreft een kalenderweek waarin arbeid wordt verricht of arbeid zou worden verricht, indien de betrokkene niet arbeidsongeschikt was geworden.

Het spreekt voor zich dat laatstgenoemde bepalingen voor flexibele arbeidskrachten, te denken valt aan oproepkrachten, maar bijvoorbeeld ook aan thuiswerkers, belangrijke gevolgen kunnen hebben.

Voor de vraag of art. 6 lid 2 ZW en WAO van toepassing is, is allereerst van belang of gezegd kan worden dat de dienstbetrekking ook voortduurt over dagen waarop geen arbeid wordt of zou worden verricht. Indien de dienstbetrekking is geëindigd, bestaat reeds op grond van de hoofdregel geen verzekeringsplicht en komt art. 6 lid 2 niet aan de orde.

Bij de beantwoording van de vraag of de dienstbetrekking doorloopt dient voor wat betreft oproepkrachten onderscheid te worden gemaakt tussen degenen die werkzaamheden verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht en degenen die een voorovereenkomst hebben gesloten. In het geval dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd met uitgestelde prestatieplicht is afgesloten, wordt in het algemeen aangenomen dat sprake is van een doorlopend dienstverband. Is daarentegen een voorovereenkomst gesloten waarin de

voorwaarden zijn geregeld die zullen gelden wanneer de werknemer gehoor geeft aan een oproep om arbeid te verrichten voor de werkgever, wordt in het algemeen aangenomen dat tussen de perioden waarin daadwerkelijk gewerkt wordt, geen dienstbetrekking bestaat. Het onderscheid tussen beide typen overeenkomst wordt doorgaans hierin gezocht dat de werknemer zich heeft gebonden aan een oproep gehoor te geven (arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht) dan wel dat hij daarin vrij is (voorovereenkomst).

Voor wat betreft de uitzendovereenkomst wordt vrij algemeen aangenomen dat de arbeidsverhouding tot een einde komt bij het einde van een opdracht. In de perioden tussen de opdrachten in waarin geen arbeid wordt verricht zal derhalve geen sprake zijn van een doorlopende dienstbetrekking.

Indien men heeft vastgesteld dat sprake is van een doorlopend dienstverband dat ertoe strekt dat niet altijd gedurende de gehele normale werktijd wordt gewerkt zal op grond van art. 6 lid 2 sub *d* of *e* ZW/WAO verzekeringsplicht moeten worden aangenomen op de dagen dat niet wordt gewerkt, zij het dat deze verzekeringsplicht voor de toepassing van art. 6 lid 2 sub *e* ZW/WAO beperkt wordt tot de kalenderweken waarin de werknemer arbeid heeft verricht of zou hebben verricht indien hij niet arbeidsongeschikt was geworden. Of sprake is van een dienstbetrekking die ertoe strekt dat slechts een gedeelte van de normale werkweek arbeid wordt verricht (art. 6 lid 2 sub *d* ZW/WAO), dan wel ertoe strekt dat niet regelmatig in elke kalenderweek arbeid wordt verricht (art. 6 lid 2 sub *e* ZW/WAO) kan worden afgeleid uit hetgeen partijen zijn overeengekomen, alsmede uit het feitelijke arbeidspatroon.

Het ontbreken van verzekeringsplicht in perioden waarin niet wordt gewerkt en geen uitkering of een uitkering ter hoogte van de helft van het normale loon van de werkgever wordt genoten, kan worden verklaard vanuit de verzekeringsgedachte: de verzekerde moet een belang hebben bij een onzekere gebeurtenis. Men kan de Ziektewet en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering beschouwen als een schadeverzekering, waarbij het belang bestaat in de loonderving die kan optreden als gevolg van een onzekere gebeurtenis, nl. arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Van een dergelijk belang is geen sprake indien de verzekerde, indien hij niet ziek was geworden, niet had gewerkt en ook niet tenminste de helft van zijn normale loon van de werkgever zou hebben ontvangen.

Indien de aanbeveling van de werkgroep-Flexibele arbeidsrelaties wordt overgenomen dat partijen een minimum-arbeidsduur per week moeten

overeenkomen en dat bij ontbreken hiervan de arbeidsduur wordt geacht tenminste 20 uur per kalendermaand te bedragen,⁴⁵ zal gezien de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep het probleem van de onderbroken verzekering minder spelen. De Centrale Raad van Beroep toetst immers blijkens zijn uitspraak van 24 december 1985⁴⁶ eerst of sprake is van dagen waarop geen arbeid wordt verricht en geen uitkering of een uitkering van minder dan de helft van het normale loon van de werkgroep wordt genoten. Indien een salaris per maand is vastgesteld voor een aantal uren dat bij nadere afspraak wordt ingeroosterd, kan volgens de Centrale Raad van Beroep in bovenbedoelde uitspraak niet worden gezegd dat betrokkene over de dagen waarop zij niet werkte geen loon genoot. Er is dan gewoon sprake van een doorlopende verzekering.

Zolang echter de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek niet in hier voor weergegeven zin zijn aangepast, zal voor een groot aantal flexibele arbeidskrachten een doorlopende ZW- en WAO-verzekering niet haalbaar zijn, tenzij men zou overgaan tot vrijwillige verzekering.

Uitbreiding kring van verzekerden

De Ziektewet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering kennen tenslotte nog bepalingen op basis waarvan degene die een ZW, nWW of WAO-uitkering ontvangt verplicht verzekerd is.

Voor de Werkloosheidswet geldt dat de persoon wiens dienstbetrekking is geëindigd, de hoedanigheid van werknemer behoudt, voor zover hij geen werkzaamheden verricht uit hoofde waarvan hij op grond van deze wet niet als werknemer wordt beschouwd.

De verzekering ingevolge de Ziektewet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering daarentegen eindigt behoudens de hierboven genoemde uitzondering bij het einde van de arbeidsverhouding waarop de verzekering was gebaseerd of wordt onderbroken gedurende de tijd waarop geen arbeid wordt verricht en geen van de uitzonderingen van art. 6 lid 2 zich voordoet.

Samenvatting

De bepalingen met betrekking tot de verzekeringsplicht zijn van dwingend recht. Dit betekent dat degene die aan de voorwaarden voldoet verplicht verzekerd is. De verzekeringsplichtsbepalingen zijn echter vrij ingewikkeld, waardoor werkgevers (en werknemers) vaak niet goed kunnen vaststellen of sprake is van verzekering.

De meeste flexibele arbeidsrelaties met uitzondering van de kleine en kortlopende contracten (geen arbeidsovereenkomst zijnde) leveren een ver-

plichte verzekering op ingevolge de Ziektewet, de Werkloosheidswet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Deze verzekering bestaat in principe zolang de verzekeringsplichtige arbeidsrelatie duurt, doch op dit principe bestaat ingevolge de Ziektewet en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering een belangrijke uitzondering. Ingevolge beide hiervoor genoemde wetten is in beginsel slechts sprake van verzekering op dagen dat in de verzekeringsplichtige arbeidsrelatie wordt gewerkt, dan wel loon wordt genoten. Flexibele arbeidskrachten lopen dan ook licht het risico geconfronteerd te worden met niet verzekerde perioden.

Het is mijns inziens dan ook de vraag of – zoals wel wordt voorgesteld – gestreefd moet worden naar uitbreiding van verzekeringsplicht, zodat ook de hiervoor bedoelde kleine en kortlopende arbeidsrelaties verzekeringsplicht opleveren. Verzekeringsplicht leidt immers wel altijd tot premieplicht, maar zal – mede gezien het feit dat van een doorlopende verzekering geen sprake hoeft te zijn – lang niet altijd tevens leiden tot een uitkeringsrecht.

2.2 Vrijwillige verzekering ingevolge de Ziektewet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering

Ingevolge de artt. 81 WAO, 64 ZW en 53 nWW zijn de bedrijfsverenigingen verplicht de in die artikelen genoemde groepen van personen tot de vrijwillige verzekering toe te laten. De toelatingsmogelijkheden tot de vrijwillige WAO- en ZW-verzekering zijn ruimer dan die van de vrijwillige nWW-verzekering.

Voor flexibele arbeidskrachten is met name de in art. 64 lid 1 sub *a* ZW en in art. 81 lid 1 sub *a* WAO genoemde categorie van belang. Op grond van genoemde bepalingen is de bedrijfsvereniging verplicht tot de vrijwillige verzekering toe te laten degene wiens verplichte verzekering is geëindigd en te wiens aanzien op grond van gebleken omstandigheden redelijkerwijze valt aan te nemen dat onderbreking van die verplichte verzekering van korte duur zal zijn, dan wel het zijn bedoeling is bij geboden gelegenheid opnieuw een dienstbetrekking aan te gaan, mits hij de leeftijd van 65 jaar nog niet heeft bereikt en hij hier te lande woont. Wat in dit verband onder ‘korte duur’ dient te worden verstaan, is niet nader aangegeven. Het uitvoeringsorgaan heeft hierin derhalve enige vrijheid. Ook bij een onderbreking voor langere duur moet toelating tot de vrijwillige verzekering volgen, indien het de bedoeling is om bij geboden gelegenheid opnieuw een dienstbetrekking aan te gaan. Een uitzondering op deze voorwaarden geldt voor vrouwen die bij het einde van hun verplichte verzekering zwanger zijn. Zij kunnen ook als zij niet opnieuw een dienstbetrekking willen aanvaarden,

toegelaten worden tot de vrijwillige verzekering. Het verzoek om toelating tot de vrijwillige verzekering dient te worden ingediend binnen een maand na het einde van de verplichte verzekering bij de bedrijfsvereniging die laatstelijk het risico voor de verplichte verzekering droeg.

Een flexibele arbeidskracht die zijn verplichte verzekering telkens onderbroken ziet in verband met het feit dat zijn dienstbetrekking ertoe strekt dat hij niet iedere dag werkt (art. 6 lid 2 ZW en WAO), dan wel telkens (fictieve) dienstverbanden aangaat voor korte duur, kan zich theoretisch toch doorlopend tegen het risico van arbeidsongeschiktheid beschermen door het sluiten van vrijwillige verzekeringen.

Aangezien op dagen waarop verplichte verzekering bestaat, deze voortgaat op de vrijwillige verzekering, zou de flexibele arbeidskracht in theorie, telkens na ieder einde van de verplichte verzekering opnieuw een verzoek moeten indienen om te worden toegelaten tot de vrijwillige verzekering (de vrijwillige verzekering eindigt immers telkens wanneer verplichte verzekering ontstaat). De bedrijfsvereniging zal gezien de artt. 81 WAO en 64 lid 1 sub a ZW aan dit verzoek gehoor moeten geven.

Een vrijwel onuitvoerbare zaak. Een wetswijziging die doorlopende vrijwillige verzekering mogelijk maakt lijkt dan ook aangewezen. Over de dagen dat verplichte verzekering bestaat zou dan premie gerestitueerd moeten worden. Zolang van een dergelijke wetswijziging geen sprake is, zal echter een praktische oplossing gezocht kunnen worden.

Te denken valt aan de volgende constructie: de flexibele arbeidskracht sluit een vrijwillige verzekering af en betaalt premie over een bepaalde periode. Na afloop van die periode wordt bekeken op welke dagen de flexibele arbeidskracht verplicht verzekerd is geweest en wordt de premie vrijwillige verzekering over die dagen gerestitueerd. De bedrijfsverenigingen zouden meer voorlichting moeten geven over de mogelijkheid van vrijwillige verzekering.

Het blijft echter de vraag of de vrijwillige verzekering ooit een haalbaar alternatief wordt voor de verplichte verzekering. De premie van de vrijwillige verzekering moet helemaal worden opgebracht door de werknemer zelf, hetgeen een drempel betekent om tot vrijwillige verzekering over te gaan. Hierbij kan nog worden aangetekend dat een vrijwillige WAO-verzekering in veel gevallen voor een flexibele arbeidskracht niet lonend zal zijn, omdat hij reeds verzekerd is krachtens de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet. Indien een verzekerde zowel recht heeft op AAW- als op WAO-uitkering, komt alleen de WAO-uitkering tot uitbetaling. Het inkomen van een flexibele arbeidskracht zal echter in de regel niet zo hoog zijn dat de WAO-uitkering de AAW-uitkering zal overtreffen.

Een bepaling als in art. 64 lid 1 sub *a* ZW en art. 81 lid 1 sub *a* WAO ontbreekt in de Werkloosheidswet. De meeste flexibele arbeidskrachten zullen zich dan ook niet vrijwillig voor de nWW kunnen verzekeren. Vrijwillige verzekering voor het werkloosheidsrisico heeft voor een flexibele arbeidskracht echter ook weinig zin, nu art. 8 nWW bepaalt dat de persoon wiens dienstbetrekking is geëindigd de hoedanigheid van werknemer behoudt voor zover hij geen werkzaamheden verricht uit hoofde waarvan hij op grond van die wet niet als werknemer wordt beschouwd. Een flexibele arbeidskracht zal derhalve doorgaans doorlopend verplicht nWW-verzekerd blijven, ook in de periode waarin hij geen arbeid verricht en niet verplicht ZW- en WAO-verzekerd is.

2.3 Verplichte verzekering ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet

De Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) behoort tot de volksverzekeringen. Verzekerd voor de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet zijn in beginsel alle ingezetenen jonger dan 65 jaar en degenen die binnen het Rijk in dienstbetrekking werkzaam zijn en terzake daarvan aan de loonbelasting zijn onderworpen, indien zij de leeftijd van 65 jaar nog niet hebben bereikt (art. 4 lid 1 AAW). Bij of krachtens AMvB kan de kring van verzekerden worden uitgebreid of beperkt. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt in het besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen.⁴⁷

Ingezetenen in de zin van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet is aldus art. 2 degene die binnen het rijk woont. Of men ook de Nederlandse nationaliteit heeft, is niet relevant. Voor de ingezetenen heeft het al dan niet verrichten van (flexibele) arbeid geen betekenis voor de verzekeringsplicht ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet; een ingezetene is in beginsel verzekerd. De bepaling dat behalve de ingezetene ook verzekerd is de niet-ingezetene, indien hij ter zake van binnen het rijk in dienstbetrekking verrichte arbeid aan de loonbetaling is onderworpen is met name van belang voor grensarbeiders en gastarbeiders, die niet reeds verzekerd zijn doordat zij in Nederland wonen. Het is niet vereist dat ook feitelijk belasting wordt geheven: ook indien het genoten loon beneden de belastingvrije som blijft is men verzekerd voor de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet zolang maar vaststaat dat betrokkene onder de werking van de Wet op de loonbelasting valt. Voor de groep van niet-ingezetenen kan het derhalve van belang zijn of men geacht kan worden in dienstbetrekking te staan, in de Wet op de loonbelasting speelt het begrip dienstbetrekking immers een belangrijke rol. Het begrip dienstbetrekking in fiscale zin is overi-

gens grotendeels gelijk aan het begrip dienstbetrekking in de zin van de werknemersverzekeringen.

Gezien het bovenstaande kan gesteld worden dat flexibele arbeidskrachten in het algemeen weinig problemen zullen ondervinden met betrekking tot de verzekeringsplicht ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet.

3. PREMIEHEFFING

3.1 Werknemersverzekeringen

Indien sprake is van verzekeringsplichtige arbeid dan is de werkgever premie verschuldigd ingevolge de Ziektewet, de Werkloosheidswet en de Arbeidsongeschiktheidsverzekering en, indien het loon niet uitstijgt boven de zogenaamde loongrens, ingevolge de Ziekenfondswet over het loon dat zijn werknemers bij hem hebben verdiend. De werkgever is bevoegd een deel van de door hem te betalen premie in te houden op het loon van de werknemer.⁴⁸ De wet bepaalt in die gevallen waarin sprake is van een fictieve dienstbetrekking wie als werkgever moet worden aangemerkt (artt. 9, 10 en 11 ZW en nWW; artt. 8, 9 en 10 WAO).

Premie wordt berekend over het loon. Onder loon moet ingevolge art. 4, lid 1 van de Coördinatiewet Sociale Verzekering (CSV) worden verstaan 'al hetgeen uit een dienstbetrekking wordt genoten'. Art. 6 CSV zondert enkele bestanddelen uit van dit loonbegrip.

Art. 9, lid 1 CSV bepaalt dat over het genoten loon slechts tot een bepaald bedrag per dag (thans *f* 263,—) premie ingevolge de Ziektewet, de Werkloosheidswet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering mag worden geheven. Dit maximumbedrag is gelijk aan het bedrag waarnaar maximaal de uitkering wordt berekend, het zgn. maximumdagloon.

Art. 9, lid 2 kent een soortgelijke regeling voor de Ziekenfondswet. Het maximum ligt voor de Ziekenfondswet lager (thans *f* 162,— per dag) dan voor de Werkloosheidswet, de Ziektewet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering.

Men kan nu het maximumpremieloon over een premiebetalingstijdvak berekenen door het aantal dagen in het premiebetalingstijdvak (doorgaans een kalenderjaar) waarop loon is genoten te vermenigvuldigen met het geldende maximum premieloon per dag. Over het meerdere loon is geen premie verschuldigd.

Bij de berekening van het maximum premieloon kan slechts worden uitgegaan van maximaal 5 loondagen per week. Voor de premieberekening ingevolge de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering geldt ingevolge

art. 9, lid 3 CSV naast deze maximering ook nog een premievrije voet, de zgn. franchise (thans f 91,—). Deze franchise geldt per dag waarop loon is genoten. Ook hier wordt voor de berekening van de franchise over een premiebetalingstijdvak het aantal dagen waarop loon is genoten in het premiebetalingstijdvak vermenigvuldigd met het franchisebedrag per dag.

Er doet zich dus een tegengesteld effect voor: bij arbeid verspreid over minder arbeidsdagen ontstaan minder loondagen en bereikt men eerder het maximum premieloon, doch profiteert men ook minder van de premievrije voet.

Aangezien flexibele arbeidscontracten vaak betrekking hebben op eenvoudig, laag beloond werk, zal het niet snel voorkomen dat de premie-maxima worden overschreden. Het zal derhalve in het algemeen voor flexibele arbeidskrachten gunstiger zijn, indien de arbeid wordt verspreid over zoveel mogelijk dagen, zodat maximaal wordt geprofiteerd van de premievrije voet. De Emancipatieraad⁴⁹ is van mening dat verschil in behandeling als gevolg van het arbeidspatroon zoveel mogelijk moet worden opgeheven en pleit er daarom voor de dagfranchise te vervangen door een week- of maandfranchise.

Indien een werknemer gelijktijdig bij meer dan één werkgever werkt, wordt voor de premieberekening ingevolge art. 9, lid 6 CSV het bij de gezamenlijke werkgever genoten loon beperkt tot het maximum premieloon. Ieder van de werkgevers is dan een evenredig deel van de premie verschuldigd.

3.2 Volksverzekeringen

De werkgever bij wie een werknemer in dienst staat dient loonbelasting en premie AOW/AWW in te houden op het loon van de werknemer. Indien loonbelasting en premie AOW/AWW worden ingehouden op het loon, is de *werkgever* premie AWW/AWBZ en AKW verschuldigd. Is daarentegen geen sprake van een dienstbetrekking in fiscale zin, dan zal de arbeidskracht zelf alle premies op moeten brengen. Het fiscale begrip dienstbetrekking is grotendeels gelijk aan het begrip dienstbetrekking voor de werknemersverzekering.

4. RECHT OP UITKERING

4.1 Recht op uitkering ingevolge de Ziektewet

Voorwaarden voor recht op ziekengeld

Ingevolge art. 19 ZW heeft de verzekerde bij ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte recht op ziekengeld. In dit kader moet onder ziekte mede worden verstaan: gebreken, zwangerschap en bevalling. Voor het recht op uitkering stelt art. 19 derhalve naast de eis dat men verzekerd moet zijn 3 voorwaarden:

1. er moet sprake zijn van ongeschiktheid,
2. voor 'zijn' arbeid, en
3. de ongeschiktheid moet voortkomen uit ziekte, zwangerschap, bevalling of gebreken.

De Ziektewet kent geen gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid: de verzekerde is arbeidsongeschikt zolang hij niet in staat is zijn arbeid ten volle te verrichten. Onder 'zijn arbeid' moet in de regel worden verstaan, de arbeid die de verzekerde het laatst heeft verricht.⁵⁰ Hierbij dient ook gekeken te worden naar de plaats waar en de omstandigheden waaronder het werk moet worden verricht.⁵¹

Indien een verzekerde meerdere verzekeringsplichtige functies combineert waarvan de totale arbeidsbelasting niet uitzonderlijk hoog is en de combinatie van functies al geruime tijd is uitgeoefend blijkt de Centrale Raad van Beroep geneigd de combinatie van functies als 'zijn arbeid' aan te merken.⁵²

Combineert een verzekerde echter verzekerde werkzaamheden met het huishouden, dan dient volgens de Centrale Raad bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid, het huishouden buiten beschouwing te worden gelaten, omdat 'zijn arbeid' de arbeid is waarvoor men verzekerd is voor de Ziektewet.⁵³ Zodra de verzekerde zijn verzekerde arbeid weer kan verrichten, is derhalve geen sprake meer van arbeidsongeschiktheid, ook niet, indien hij de combinatie met het huishouden nog niet aankan.

Vijfdaags uitkeringssysteem

Ziekengeld wordt uitgekeerd over iedere dag dat de ongeschiktheid tot werken voortduurt, doch niet over de zaterdag en zondagen. Dit geldt niet alleen voor full-timers, maar ook voor flexibele arbeidskrachten die normaal gesproken op minder dan 5 dagen per week zouden werken. Ook laatstgenoemden krijgen over 5 dagen uitkering uitbetaald, zij het dat het dagloon dan wel lager is, dan het loon dat betrokkene in feite op een werkdag verdiende. In bepaalde gevallen kan dit zgn. vijfdaags uitkeringsstelsel met zich meebrengen dat meer ziekengeld wordt ontvangen dan aan loon wordt gederfd.

Zo zal iemand die werkzaam is in een doorlopend dienstverband waarin hij normaal gesproken op maandag en dinsdag werkt als hij op woensdag ziek wordt, ondanks het feit dat hij in die week niet meer gewerkt zou hebben (en dus in die week geen loon derft), toch recht op ziekengeld hebben. Maar ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen: degene die in de regel alleen op maandag en dinsdag werkt maar in een week op die dagen ziek is zal als hij op woensdag weer arbeidsongeschikt is in die week minder ziekengeld ontvangen dan hij aan loon derft. De gehanteerde regeling zal in sommige gevallen derhalve uitwerken in het voordeel van de flexibele arbeidskracht, maar in andere gevallen in zijn nadeel. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat het vijfdaags uitkeringsstelsel het voordeel heeft dat het eenvoudig is in de uitvoering.

Duur

Recht op ziekengeld bestaat gedurende ten hoogste 52 weken. Voor de berekening van de termijn van 52 weken worden perioden waarover ziekengeld wordt uitgekeerd samengeteld, indien zij elkaar met een onderbreking van minder dan een maand opvolgden.

Wachtdagen

Ingevolge art. 29, lid 3 ZW wordt geen ziekengeld uitgekeerd op de eerste twee dagen van arbeidsongeschiktheid tot werken. De verzekerde die in een privaatrechtelijke dienstbetrekking staat zal in het algemeen op deze zgn. 'wachtdagen' wel recht hebben op doorbetaling van loon op grond van art. 1638 c BW.

Het bestuur van de bedrijfsvereniging kan onder goedkeuring van de minister van Sociale Zaken, gehoord de Sociale Verzekeringsraad ten aanzien van alle of een of meer bepaalde groepen van bij haar verzekerde werk-

nemers van het bepaalde in art. 29, lid 3 ZW afwijken. Veel bedrijfsverenigingen hebben van deze bevoegdheid gebruik gemaakt.

Zwangerschap/bevalling

Krachtens art. 29, lid 7 ZW heeft de verzekerde bij zwangerschap, onafhankelijk van de vraag of sprake is van arbeidsongeschiktheid, dan wel in hoeverre de termijn van 52 weken is verstreken, recht op ziekengeld ter hoogte van 100% van haar dagloon, gedurende zes weken voorafgaande aan de vermoedelijke datum van de bevalling. Bij bevalling van een verzekerde wordt, weer onafhankelijk van de vraag of sprake is van arbeidsongeschiktheid ziekengeld uitgekeerd ter hoogte van 100% van haar dagloon, gedurende ten minste zes weken na de dag van de bevalling en zoveel langer als de arbeidsongeschiktheid uit die oorzaak duurt met een maximum van 52 weken.

De zwangere vrouw, van wie de verplichte verzekering is geëindigd, heeft op grond van art. 46, lid 5 ZW recht op zwangerschaps- en bevallingsuitkering indien de bevalling waarschijnlijk is, respectievelijk indien de bevalling plaatsvindt binnen 10 weken na het einde van haar verplichte verzekering.

Arbeitsongeschiktheid bij aanvang verzekering (te verwachten)

Op grond van art. 44, lid 1 ZW kan het bestuur van de bedrijfsvereniging (of van de afdelingskas) in een aantal met name genoemde situaties de uitkering geheel of gedeeltelijk weigeren. Het betreft hier een bevoegdheid; de bedrijfsvereniging is dus niet verplicht tot weigering over te gaan.

Ingevolge art. 45 ZW is de rechter bevoegd te beoordelen of de wijze waarop de bedrijfsvereniging van zijn weigeringsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt in overeenstemming is met de redelijkheid.

Voor flexibele arbeidskrachten is met name het bepaalde in art. 44, lid 1 sub *a* en *b* ZW van belang. Op grond van art. 44, lid 1 sub *a* ZW is het bestuur van de bedrijfsvereniging bevoegd de uitkering geheel of ten dele te weigeren:

1. indien de ongeschiktheid tot werken bestond op het tijdstip waarop de verzekering een aanvang nam, dan wel
2. indien de ongeschiktheid tot werken binnen een half jaar na het tijdstip waarop de verzekering een aanvang nam, is ingetreden, terwijl de gezondheidstoestand van de betrokkene ten tijde van de aanvang van zijn verzekering het intreden van de arbeidsongeschiktheid binnen een half jaar kennelijk moest doen verwachten.

Art. 44, lid 1 sub *b* bevat een soortgelijke bepaling voor zwangerschap ontstaan voor, of bevalling binnen zes maanden na de dag waarop de verzekering een aanvang nam.

Het zal duidelijk zijn dat een werknemer die afwisselend wel en niet verzekerd is, het risico loopt met deze bepaling geconfronteerd te worden als de ziekte is ingetreden in een niet verzekerde periode, en doorloopt tijdens een wel verzekerde periode.

Art. 44, lid 1 sub *a* en *b* beoogt volgens de Centrale Raad van Beroep naast het voorkomen van misbruik een beperkte risicoselectie. De weigeringsgronden van art. 44, lid 1 sub *a* en *b* ZW kunnen derhalve ook worden gehanteerd in gevallen waarin geen twijfel bestaat aan de goede trouw van de verzekerde.⁵⁴

Ingevolge art. 55 lid 5 ZW gelden aansluitende verzekeringen bij verschillende bedrijfsverenigingen voor de toepassing van de Ziektewet als één doorlopende verzekering. Dit geldt echter alleen indien beide verzekeringen verplichte verzekeringen betreffen, en niet indien de ene verzekering vrijwillig en de andere verplicht is.

Indien een verplichte verzekering wordt voorafgegaan door een vrijwillige is derhalve voor de vraag wanneer de verzekering is aangevangen het tijdstip van aanvang van de verplichte verzekering doorslaggevend. Voor de beoordeling of de bedrijfsvereniging in redelijkheid van zijn bevoegdheid heeft gebruik gemaakt, achtte de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraak gepubliceerd in *RSV* 1970/129⁵⁵ het feit dat voor de aanvang van de verplichte verzekering een vrijwillige verzekering had bestaan overigens wel van belang: gebruikmaking van de weigeringsbevoegdheid was niet in overeenstemming met de redelijkheid. Voor de situatie waarin de vrijwillige verzekering volgt op de verplichte bepaalt art. 20 van het SVR-besluit ex art. 71 ZW⁵⁶ dat de vrijwillige verzekering – behoudens een uitzondering – wordt beschouwd als een voortzetting van de verplichte verzekering.

Weigering wegens ‘arbeidsongeschiktheid bij aanvang van de verzekering’ is slechts mogelijk indien de bij de aanvang van de verzekering bestaande arbeidsongeschiktheid dezelfde oorzaak heeft als de ongeschiktheid ter zake waarvan betrokkene de arbeid heeft gestaakt.⁵⁷

Om te voorkomen dat de bedrijfsverenigingen hun bevoegdheid op zeer uiteenlopende wijze zouden hanteren heeft de Federatie van Bedrijfsverenigingen richtlijnen vastgesteld met betrekking tot de hantering van deze bevoegdheid. Deze zijn recentelijk aangepast. De nieuwe aanbevelingen⁵⁸ over het hanteren van de weigeringsbevoegdheid houden kortgezegd in, dat in gevallen waarin de betrokkene uitval had kunnen verwachten weigering van ziekengeld in de regel gerechtvaardigd is. In gevallen van ‘niet kunnen verwachten’ door de betrokkene dient in het algemeen geen

gebruik te worden gemaakt van de bevoegdheid indien verzekerde ten minsten 3 maanden normaal heeft gewerkt. De Federatie geeft voorts nog een aantal aandachtspunten aan, welke de bedrijfsverenigingen bij het gebruik van de weigeringsbevoegdheid in elk afzonderlijk geval kunnen betrekken.

Genoemde richtlijnen van de Federatie van Bedrijfsverenigingen zijn niet als algemeen verbindend voorschrift aan te merken. De bedrijfsverenigingen zijn derhalve niet aan deze richtlijnen gebonden. Wel kan worden aangenomen dat de Centrale Raad van Beroep het in strijd met de redelijkheid zal achten indien in een bepaald geval naar willekeur zou worden afgeweken van een bestendige praktijk om de richtlijnen te volgen.⁵⁹

Nawerking

Op grond van art. 46, lid 1 ZW kan degene wiens verplichte verzekering is geëindigd onder bepaalde omstandigheden nog aanspraak maken op ziekengeld alsof hij verzekerd was gebleven.

Deze aanspraak bestaat:

- a. indien de betrokkene gedurende twee maanden onafgebroken verzekerd is geweest en de arbeidsongeschiktheid intreedt binnen een maand na het einde van de verzekering, dan wel
- b. indien in de loop van de twee maanden voorafgaande aan het einde van de verzekering op ten minste 16 dagen verzekering heeft bestaan en de arbeidsongeschiktheid intreedt binnen 8 dagen na het einde van de verzekering.

De sub *a* bedoelde termijn van twee maanden wordt geacht niet te zijn onderbroken, indien de betrokkene gedurende niet meer dan zeven dagen niet verzekerd is geweest. Het woord onderbreking moet hier letterlijk worden genomen: de bedoelde 7 dagen mogen niet aan het begin of het einde van de 2 maanden vallen, aangezien in dat geval de termijn van een maand waarin nog aanspraak op ziekengeld bestaat in feite verlengd zou worden.⁶⁰

Art. 46 is op enkele in dit kader niet relevante uitzonderingen na van overeenkomstige toepassing op de vrijwillige verzekering.⁶¹ In art. 17 WAO is een overeenkomstige regeling opgenomen voor de Arbeidsongeschiktheidswet.

Een aantal flexibele arbeidskrachten zal door deze zogenaamde nawerking de onderbreking in de verplichte verzekering kunnen overbruggen.

Het ZW-dagloon

Ziekengeld bedraagt ingevolge art. 29 ZW 70% van het dagloon. Het dagloon is volgens de omschrijving van art. 15 ZW het bedrag dat de werknemer, indien hij niet arbeidsongeschikt zou zijn geworden tijdens de uitkering aan inkomsten uit arbeid in loondienst bij een vijfdaagse werkweek gemiddeld per dag had kunnen verdienen in het beroep dat hij laatstelijk uitoefende. Bij het ZW-dagloon wordt derhalve uitgegaan van het deringsprincipe.

Art. 15 ZW geeft voorts aan dat het dagloon berekend dient te worden volgens door de Sociale Verzekeringsraad onder goedkeuring van de minister vast te stellen regelen, de zogenaamde dagloonregelen.⁶² Op grond van deze regelen moet bij de berekening van het dagloon worden uitgegaan van de verdiensten die de verzekerde in een periode voorafgaande aan het intreden van zijn ongeschiktheid had. Dit bedrag wordt vervolgens na een aantal correcties als uitgangspunt genomen voor het bedrag dat de verzekerde geacht wordt te derven. De bedrijfsvereniging heeft de bevoegdheid om door middel van een bijzonder dagloonbesluit af te wijken van de bepalingen in de dagloonregelen. Hiervoor heeft de bedrijfsvereniging goedkeuring nodig van de Sociale Verzekeringsraad en in sommige gevallen van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

De algemene dagloonregelen ZW bevatten verschillende voorschriften voor berekeningen die gelden al naar gelang de werknemer laatstelijk werkzaam was tegen een wisselend, dan wel tegen een vast loon in het door hem laatstelijk uitgeoefende beroep.

In het geval de werknemer laatstelijk voor het intreden van zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was tegen een loon dat was vastgesteld op een vast bedrag per dag, week, maand of jaar, wordt het dagloon ingevolge art. 6 dagloonregelen ZW vastgesteld op het vaste bedrag per dag, 1/260 van het 52-voud van het weekloon, van het 12-voud van het maandloon dan wel van het jaarloon.

Voor degene die niet op een vast loon werkzaam was geldt art. 3 dagloonregelen ZW: voor de vaststelling van het dagloon wordt berekend het loon dat de werknemer in de 13 kalender- of loonweken aan het intreden van zijn arbeidsongeschiktheid onmiddellijk voorafgaande (in het laatstelijk uitgeoefende beroep in de laatste dienstbetrekking) gemiddeld heeft genoten over in die periode gelegen dagen waarop hij gedurende ten minste de voor hem normale werktijd werkzaam was. Indien deze berekening leidt tot een kennelijk onjuiste maatstaf voor de vaststelling van het dagloon, dan kan in plaats van het loon genoten in de laatste 13 weken, worden uitgegaan van het loon dat de werknemer in de 52 weken onmiddellijk voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid heeft verdiend. Zijn in deze periode

van 52 wegen geen 20 gewerkte dagen aan te wijzen, dan wordt het dagloon vastgesteld op basis van het loon van de gelijksoortige werknemer. Alleen dagen waarop de werknemer gedurende ten minste de voor hem normale tijd heeft gewerkt, tellen mee voor de berekening van het dagloon. Indien de werknemer op bepaalde dagen door omstandigheden niet of minder uren heeft gewerkt en tengevolge daarvan minder loon heeft ontvangen, leidt dit dus niet tot verlaging van het dagloon, omdat zowel de dagen als het daarover genoten loon bij de dagloonberekening buiten beschouwing blijven. Op deze wijze wordt door aan te sluiten bij de verdiensten in het verleden, ook voor flexibele arbeidsrelaties, het gederfde loon zo goed mogelijk benaderd. Het zal echter duidelijk zijn dat het bij flexibele arbeidskrachten die werkzaam zijn in een wisselend arbeidspatroon niet altijd eenvoudig is te bepalen wat onder het 'normale' arbeidspatroon moet worden verstaan.

Voor de vaststelling van het dagloon wordt het aantal gewerkte dagen geacht niet meer dan 5 per week te bedragen. Verdient iemand in een week loon over 6 dagen, dan worden die verdiensten in die week niettemin toege-rekend aan 5 dagen.

Het met toepassing van de vast-loon, respectievelijk wisselend-loon-bepalingen gevonden dagloon zou als gevolg van het vijfdaags uitkerings-systeem tot een te hoge uitkering leiden in die gevallen waarin de verzekerde in de referteperiode niet op alle dagen heeft gewerkt. Krachtens art. 8 dag-loonregelen ZW kan het dagloon in deze gevallen evenredig worden ver-laagd.

Dit artikel bepaalt namelijk dat het berekende dagloon evenredig ver-laagd wordt door de uitkeringsgerechtigde die

- anders dan ingevolge een regeling tot toepassing van een kortere dan de voor hem normale werktijd gemiddeld een geringer dan het norma-le aantal uren per week placht werkzaam te zijn,
- uit eigen verkiezing placht afwisselend wel en niet werkzaam te zijn,
- placht afwisselend wel en niet arbeid te verrichten terzake waarvan verzekering ingevolge de werknemersverzekeringen bestaat,
- als werknemer uitsluitend werkzaam placht te zijn in een of meer jaar-lijks terugkerende perioden, of
- aanspraak heeft op ziekgeld uit hoofde van meer dan één verzeke-ring.

Een flexibele arbeidskracht zal in veel gevallen met deze evenredige vermin-dering geconfronteerd worden.

Onbekendheid met de wettelijke bepalingen

Een niet te onderschatten belemmering waardoor flexibele arbeidskrachten

niet toekomen aan een recht op ziekengeld ligt waarschijnlijk ook in onwetendheid aan zowel de zijde van de werkgever als aan de zijde van de werknemer.

Blijkens diverse onderzoeken⁶³ zijn beide partijen slecht op de hoogte van de werking van de Ziektewet. Bij vele werkgevers (en werknemers) blijkt het misverstand te leven dat slechts recht bestaat op ziekengeld indien de flexibele arbeidskracht ziek wordt tijdens het werk, en dan nog slechts over die dagen waarop gewerkt zou worden. Gerichte voorlichting op dit punt aan werkgevers en werknemers lijkt daarom noodzakelijk.

Samenvatting

De Ziektewet bevat een aantal bepalingen die een recht op ziekengeld van een flexibele arbeidskracht in de weg kunnen staan. Hierbij kan allereerst gedacht worden aan de bepalingen omtrent de verzekeringsplicht, waardoor een flexibele arbeidskracht het risico loopt geconfronteerd te worden met niet-verzekerde perioden. Daarnaast springen de bepalingen van art. 44, lid 1 sub *a* en *b* in het oog, als bepalingen die een barrière kunnen vormen voor een recht op ziekengeld van flexibele arbeidskrachten.

Indien deze barrières zijn gepasseerd, kan vervolgens de bepaling van het dagloon nog problemen opleveren.

Geconstateerd kan worden dat al deze struikelblokken min of meer zijn terug te voeren tot het feit dat de Ziektewet een loondervingsrisicoverzekering is: alleen indien men loon derft tengevolge van ziekte en dit risico zich voordoet in een verzekerde periode heeft men recht op een uitkering waarvan de hoogte verband houdt met het gederfde loon. Door gerichte voorlichting zal voorkomen moeten worden dat flexibele arbeidskrachten door onwetendheid hun recht op ziekengeld niet geldend maken.

4.2 Recht op arbeidsongeschiktheidsuitkering

Arbeidsongeschiktheid

Arbeidsongeschikt in de zin van de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering en de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet is degene die tengevolge van ziekte of gebrek geheel of gedeeltelijk buiten staat is om met passende arbeid te verdienen hetgeen een soortgelijke gezonde werknemer (de zogenaamde maatman) verdient. Onder ziekte moet ook hier tevens worden verstaan zwangerschap en bevalling.

Voor een recht op uitkering ingevolge de arbeidsongeschiktheidswetten is derhalve niet uitsluitend van belang of iemand al dan niet zijn laatste

lijk verrichte arbeid kan hervatten, doch wel of er sprake is van verlies aan verdien capaciteit door ziekte of gebrek ten opzichte van de maatman. Men kan ook gedeeltelijk arbeidsongeschikt zijn: er is dan wel verdien capaciteit aanwezig, doch minder dan wanneer geen sprake zou zijn geweest van ziekte of gebrek.

Het verlies aan verdien capaciteit, de arbeidsongeschiktheid, wordt in een percentage uitgedrukt. Dit percentage geeft aan hoeveel procent men als gevolg van arbeidsongeschiktheid minder kan verdienen dan de maatman. Dit percentage valt in een bepaalde klasse.

De Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering kent de volgende klassen: <15%, 15-25%, 25-35%, 35-45%, 45-65%, 65-80%, 80-100%. De Algemene Arbeidsongeschiktheidswet kent dezelfde klassen, alleen zijn daar de laagste twee samengevoegd tot de klasse <25%. Als arbeidsongeschikt wordt slechts beschouwd, degene wiens verlies aan verdien capaciteit tenminste 15% (WAO) respectievelijk 25% (AAW) bedraagt.

Bij elke klasse van arbeidsongeschiktheid behoort een vast uitkeringspercentage. Op basis van dit percentage wordt uitkering verleend. De hoogte van de uitkering is behalve van de mate van arbeidsongeschiktheid afhankelijk van het dagloon (WAO) respectievelijk de grondslag (AAW).

De uitkering gaat in nadat de arbeidsongeschiktheid onafgebroken 52 weken heeft geduurd, doch niet zolang er nog aanspraak bestaat op ziekengeld krachtens de Ziektewet.

Bij de vaststelling van de periode van 52 weken (het zogenaamde wachtjaar) worden perioden van arbeidsongeschiktheid samengeteld, indien zij elkaar met een onderbreking van minder dan een maand opvolgen. Degenen die verzekerd zijn ingevolge de Ziektewet behoeven geen aanvraag in te dienen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering indien zij reeds ziekengeld hebben aangevraagd: de bedrijfsvereniging dient ambtshalve een beslissing te nemen over het recht op arbeidsongeschiktheidsuitkering indien uitkering van ziekengeld wordt gestopt wegens het bereiken van de maximum uitkeringsduur.

De arbeidsongeschiktheidsuitkering gaat in op de dag met ingang van welke de belanghebbenden aan de vereisten voor toekenning voldoet. De uitkering kan echter — behoudens in bijzondere gevallen — niet vroeger ingaan dan één jaar vóór de dag, waarop de aanvraag werd ingediend of de ambtshalve toekenning plaatsvond.

Indien degene aan wie een arbeidsongeschiktheidsuitkering is toegekend, ingevolge de bepalingen van de wet voor een hogere of lagere uitkering in aanmerking komt, wordt de uitkering meteen of na een zekere wachttijd herzien.

Inkomens-eis AAW

Voor de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering zijn alleen werknemers verzekerd. De verzekering strekt zich bovendien alleen uit over perioden waarin wordt gewerkt dan wel meer dan de helft van het normale loon wordt verdiend. Door deze bepalingen kunnen alleen werknemers die inkomen derven door arbeidsongeschiktheid een beroep doen op deze wet. Voor de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet zijn in beginsel alle ingezetenen jonger dan 65 jaar verzekerd. Hierdoor zou het kunnen vóórkomen dat een verzekerde die nooit inkomen heeft gehad bij arbeidsongeschiktheid toch voor een uitkering in aanmerking zou kunnen komen. Dit is echter niet de bedoeling. Daarom kent de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet sinds 1980 als aanvullende voorwaarde een zogenaamde inkomens-eis: de verzekerde van 17 jaar of ouder die arbeidsongeschiktheid wordt, heeft slechts recht op toekenning van een uitkering ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, indien hij in het jaar onmiddellijk voorafgaande aan het intreden van zijn arbeidsongeschiktheid een inkomen heeft genoten uit of in verband met arbeid. De verzekerde wordt geacht geen inkomen te hebben verworven indien dit inkomen minder bedraagt dan $48 \times$ het minimumloon per dag. Voor de verzekerde die reeds arbeidongeschikt was op de dag dat hij 17 jaar werd, bestaat na het volmaken van de wachttijd recht op arbeidsongeschiktheidsuitkering, zonder dat een inkomens-eis wordt gesteld.

Voor bepaalde categorieën van personen die geen inkomen verdienen of verlies lijden, zijn regels gesteld op basis waarvan zij geacht kunnen worden een inkomen te hebben genoten.⁶⁴

De inkomens-eis is een vast bedrag dat geldt ongeacht het aantal uren dat werd gewerkt. Voor een flexibele arbeidskracht die in een jaar onmiddellijk voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid slechts een beperkt inkomen heeft genoten, kan deze inkomens-eis een belemmering vormen voor een recht op arbeidsongeschiktheidsuitkering.

Indien de inkomens-eis een belemmering vormt kan men zich echter ook afvragen of wel sprake is van loonderving ten gevolge van arbeidsongeschiktheid.

Resterende verdien capaciteit

Voor de vaststelling van de resterende verdien capaciteit moet worden bepaald welke arbeid ondanks de bestaande ziekte of gebreken voor de krachten en bekwaamheden van de betrokkene is berekend, en die hem met het oog op zijn opleiding en vroegere beroep is billijkheid kan worden opgedragen. Over de vraag of aan een flexibele arbeidskracht, werk in een vast

dienstverband in billijkheid is op te dragen bestaat weinig jurisprudentie.

Met betrekking tot een thuiswerkster heeft de Centrale Raad van Beroep overwogen, dat het feit dat betrokkene in het verleden thuiswerk verrichtte, werk buitenshuis niet maakte tot arbeid waarvan niet in billijkheid zou kunnen worden verlangd dat zij die ter hand zou nemen.⁶⁵

Ten aanzien van part-timers heeft de Centrale Raad enige malen als zijn oordeel uitgesproken dat bij het bepalen van de resterende verdien-capaciteit rekening mag worden gehouden met de mogelijke verdiensten in een full-time dienstverband.⁶⁶

De Raad heeft dit oordeel in een aantal andere uitspraken echter wat genuanceerd, voor die situaties waarin jarenlang vrijwillig in deeltijd was gewerkt en die situaties waarin deeltijdwerk niet ongebruikelijk is.⁶⁷ De Centrale Raad van Beroep overwoog dat er situaties zijn waarin de mate van arbeidsongeschiktheid van degene die voor zijn uitval in een deeltijdfunctie werkzaam was, dient te worden bepaald door het loon in die deeltijdfunctie te vergelijken met hetgeen in aangepaste werkzaamheden in een deeltijdfunctie van dezelfde omvang nog kan worden verdiend, ook al zouden de laatstbedoelde werkzaamheden door betrokkene in beginsel ook in een volledige dagtaak kunnen worden verricht.

Bij deeltijdwerkers is veelal sprake van een vrijwillige keuze. Overige flexibele arbeidskrachten hebben in meerderheid – zo is uit onderzoek gebleken⁶⁸ – niet expliciet gekozen voor een flexibel dienstverband, maar zijn hier veelal door de omstandigheden toe gedwongen.

Het is daarom de vraag in hoeverre uit genoemde jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep conclusies kunnen worden getrokken voor andere vormen van flexibele arbeid. Indien de betrokkene altijd al heeft gestreefd naar een vast dienstverband, bestaat er mijns inziens geen bezwaar om bij de bepaling van de resterende verdien-capaciteit rekening te houden met de inkomsten die de betrokkene kan verwerven in een vast dienstverband.

Het maatmaninkomen

Om het inkomen van de maatman vast te kunnen stellen zal eerst moeten worden bepaald wie de maatman van de verzekerde is. In het algemeen zal als maatman moeten worden aangenomen degene die de arbeid verricht die de verzekerde voor het ontstaan van zijn ziekte of gebrek laatstelijk verrichtte. Daarbij dient ook rekening te worden gehouden met de omvang van de verrichte arbeid.⁶⁹

Uitgaande van de verzekeringsgedachte zal bij vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid slechts rekening moeten worden gehouden met de verdien-capaciteit waarover de betrokkene gedurende de verzekerde periode in werkelijkheid heeft beschikt.

Indien iemand reeds bij aanvang van de verzekering (N.B.: dit zal voor de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet veelal niet hetzelfde moment zijn als voor de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering) gedeeltelijk arbeidsongeschikt was, is slechts bij aanvang van de verzekering bestaande verdien capaciteit voorwerp van verzekering (art. 18 lid 2 WAO, art. 5 lid 2 AAW). Deze verdien capaciteit wordt op 100% gesteld. Eerst bij een vermindering van die arbeidsgeschiktheid met 15% (WAO) respectievelijk 25% (AAW) kan aanspraak worden gemaakt op uitkering.

Arbeidsongeschiktheid bij aanvang verzekering (te verwachten)

Art. 30 WAO en art. 21 AAW geven de bedrijfsvereniging de bevoegdheid geheel of ten dele, tijdelijk of blijvend buiten aanmerking te laten:

- algehele arbeidsongeschiktheid welke bestond op het tijdstip dat de verzekering een aanvang nam,
- arbeidsongeschiktheid welke binnen een half jaar na het tijdstip dat de verzekering een aanvang nam, is ingetreden, terwijl de gezondheidstoestand van de betrokkene ten tijde van de aanvang van de verzekering het intreden van arbeidsongeschiktheid binnen een half jaar kennelijk moest doen verwachten.

Nu in beginsel alle ingezetenen jonger dan 65 jaar verzekerd zijn ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, is de betekenis van bovengenoemde bepalingen voor de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet beperkter dan voor de Wet op Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Art. 21 AAW kent de bedrijfsvereniging echter meer bevoegdheden toe: zo is de bedrijfsvereniging tevens bevoegd geheel of ten dele, tijdelijk of blijvend buiten aanmerking te laten:

- arbeidsongeschiktheid, welke bestond op het tijdstip waarop de betrokkene in het refertejaar een inkomen uit of in verband met het verrichten van arbeid in het bedrijfs- en beroepsleven ging verwerven,
- arbeidsongeschiktheid, welke binnen een half jaar na het tijdstip, waarop de betrokkene in het refertejaar een inkomen uit of in verband met het verrichten van arbeid in het bedrijfs- of beroepsleven ging verwerven is ingetreden, terwijl de gezondheidstoestand van de betrokkene ten tijde van het gaan verwerven van dit inkomen het intreden van arbeidsongeschiktheid binnen een half jaar kennelijk moest doen verwachten.

Met betrekking tot de vraag welk tijdstip doorslaggevend is voor het gaan verwerven van inkomen uit of in verband met arbeid in het refertejaar (het eerste moment waarop men in het refertejaar inkomen uit of in verband

met arbeid is gaan genieten, of het moment waarop men inkomen is gaan genieten uit of in verband met de arbeid waarvoor men arbeidsongeschikt is geworden) is geen jurisprudentie voorhanden.

Evenals voor de toepassing van de weigeringsbevoegdheid van art. 44 lid 1 sub *a* ZW heeft de Federatie van Bedrijfsverenigingen voor de toepassing van de weigeringsbevoegdheid neergelegd in art. 30 WAO en art. 21 AAW richtlijnen gegeven.⁷⁰ Deze richtlijnen houden kort gezegd in dat in de gevallen waarin de betrokkene uitval had kunnen verwachten, weigering van arbeidsongeschiktheidsuitkering in de regel gerechtvaardigd is. In gevallen van 'niet kunnen verwachten' dient in het algemeen geen gebruik te worden gemaakt van de bevoegdheid indien de verzekerde tenminste 6 maanden na aanvang van de verzekering (WAO) het moment waarop hij inkomen uit of in verband met arbeid is gaan genieten (AAW) normaal heeft gewerkt.

De bepalingen van art. 30 WAO en art. 21 AAW beogen enerzijds misbruik te voorkomen, anderzijds beogen ze een risicoselectie mogelijk te maken. Deze bepalingen zijn zeer verklaarbaar vanuit de verzekeringsgedachte, dat men geen brandend huis kan verzekeren.

Het zal duidelijk zijn, dat een flexibele arbeidskracht die niet doorlopend verzekerd is ingevolge de Wet op Arbeidsongeschiktheidsverzekering (meestal zal wel sprake zijn van een doorlopende verzekering ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet), indien hij in zo'n niet verzekerde periode arbeidsongeschikt is geworden, het risico loopt dat WAO-uitkering hem geweigerd wordt.

Recht op AAW-uitkering zal dan vaak wel bestaan, tenzij tevens gesteld zou moeten worden dat arbeidsongeschiktheid is ingetreden (of voorzienbaar was) voor het moment waarop hij inkomsten is gaan verwerven in verband met arbeid in het referte-jaar. De AAW-verzekering zal immers veelal op een eerder tijdstip zijn aangevangen en wordt niet onderbroken in perioden waarin niet wordt gewerkt. Een flexibele arbeidskracht zal naar verwachting daarom in meer gevallen recht hebben op uitkering ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, dan op uitkering ingevolge de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering.

De AAW-grondslag

Art. 10 lid 1 AAW bepaalt dat uitkering wordt berekend naar de grondslag van het minimumloon. Onder minimumloon moet worden verstaan het minimum (jeugdloon) per dag als bedoeld in de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag. Heeft de uitkeringsgerechtigde in het refertejaar echter niet in een voor zijn beroep normaal te achten duur arbeid in het bedrijfs- en beroepsleven verricht en mede als gevolg daarvan minder inko-

men genoten dan $260 \times$ de hierbovenbedoelde algemene grondslag, dan geldt als (zogenaamde individuele) grondslag hetgeen hij in het refertejaar geacht wordt gemiddeld per dag aan inkomen te hebben verworven. In het besluit gemiddeld per dag verworven inkomen AAW wordt aangegeven hoe het gemiddeld per dag verworven inkomen moet worden berekend en in het besluit regels arbeid van normaal te achten duur AAW⁷¹ wordt nader bepaald wat onder 'normaal te achten duur' moet worden verstaan.

De Centrale Raad van Beroep hecht bij de beantwoording van de vraag wat arbeid van normaal te achten duur is, meer belang aan de in de toepasselijke CAO neergelegde arbeidsduur, dan aan het feit dat in de betreffende sector veel dienstbetrekkingen met een geringer aantal arbeidsuren voorkomen.⁷²

Met betrekking tot flexibele arbeidskrachten kan worden gesteld dat zij in de regel arbeid van minder dan de normaal te achten duur hebben verricht.

WAO-dagloon

De WAO-uitkering bedraagt een percentage van het dagloon. Het WAO-dagloon is het bedrag dat de uitkeringsgerechtigde, indien hij niet arbeidsongeschikt was geworden in het eerste jaar van de uitkering aan inkomsten uit arbeid in loondienst gemiddeld per dag bij een vijfdaagse werkweek had kunnen verdienen in het beroep dat hij gewoonlijk uitoefende.

Ingevolge art. 14 WAO dient het dagloon berekend te worden volgens door de Sociale Verzekeringsraad onder goedkeuring van de minister vast te stellen regelen, de zogenaamde (algemene) dagloonregelen WAO.⁷³

De Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering kent geen mogelijkheid tot het treffen van bijzondere dagloonregelen.

De (algemene) dagloonregelen WAO bevatten een aparte berekeningsmethode voor het dagloon van de werknemer die laatstelijk werkzaam was tegen een wisselend loon en voor de werknemer die laatstelijk werkzaam was tegen een vast loon in het door hem gewoonlijk uitgeoefende beroep. Indien geen gewoonlijk uitgeoefend beroep is aan te wijzen (hetgeen zelden het geval zal zijn) geven de dagloonregelen WAO een berekeningswijze aan die grotendeels overeenstemt met de berekeningswijze welke geldt indien de werknemer in een gewoonlijk uitgeoefend beroep werkzaam was tegen een wisselend loon, doch daarbij kan in het midden worden gelaten in welk beroep de inkomsten zijn genoten.

Het met toepassing van deze bepalingen gevonden dagloon, zou als gevolg van het vijfdaags uitkeringssysteem (hetgeen inhoudt dat over iedere dag van arbeidsongeschiktheid met uitzondering van de zaterdagen en zondagen uitkering worden verstrekt) tot een te hoge uitkering leiden, in die

gevallen waarin de verzekerde in de referteperiode niet op alle dagen heeft gewerkt. Krachtens art. 14 van de dagloonregelen WAO kan het dagloon in deze gevallen evenredig worden verlaagd.

Samenloop van AAW- en WAO-uitkering

Art. 36a AAW bepaalt dat AAW-uitkering niet wordt uitbetaald indien de verzekerde tevens recht heeft op WAO-uitkering. Indien de AAW-uitkering niet wordt uitbetaald in verband met het bepaalde in art. 36a AAW en recht bestaat op een hogere AAW- dan WAO-uitkering, wordt het bedrag van de WAO-uitkering verhoogd met het bedrag waarmee de AAW-uitkering, de WAO-uitkering overtreft. Op deze manier wordt bereikt dat een verzekerde altijd geconfronteerd wordt met de uitbetaling van één in plaats van twee uitkeringen.

Samenvatting

De wijze waar arbeidsongeschiktheid in de zin van de arbeidsongeschiktheidswetten wordt vastgesteld, maakt dat bij gelijke beperkingen, ongeschoolde, laagbetaalde werknemers minder snel als arbeidsongeschikt worden aangemerkt dan goed betaalde, gekwalificeerde werknemers. Flexibele arbeid behoort vaak tot eerstgenoemde soort arbeid, flexibele arbeidskrachten zullen daarom niet snel toekomen aan een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

Doordat bij flexibele arbeidskrachten vaak geen sprake zal zijn van een doorlopende verzekering voor de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering, en deze wet een risico-verzekering is (hetgeen met zich mee brengt dat alleen recht op uitkering bestaat indien het risico zich voordoet in een verzekerde periode), lopen flexibele arbeidskrachten de kans een recht op uitkering mis te lopen indien de arbeidsongeschiktheid is ingetreden in een niet verzekerde periode.

Voor de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet is doorgaans wel sprake van een doorlopende verzekering.

Een flexibele arbeidskracht zal derhalve meestal wel recht hebben op AAW-uitkering indien de arbeidsongeschiktheid is ingetreden op een moment dat niet werd gewerkt, mits aan de inkomenseis is voldaan en niet gesteld kan worden dat de arbeidsongeschiktheid reeds bestond dan wel te verwachten was op het moment dat men in het refertejaar een inkomen ging verwerven.

Voor wat betreft de hoogte van de uitkering kan worden opgemerkt dat flexibele arbeidskrachten in het kader van de Algemene Arbeidsonge-

schiktheidswet relatief vaak te maken zullen hebben met een individuele grondslag. Bij de bepaling van het WAO-dagloon kunnen problemen ontstaan, omdat zal moeten worden bepaald wat kan worden aangemerkt als de voor hem normale werktijd.

4.3 Recht op werkloosheidsuitkering

Algemeen

Onderdeel van de stelselherziening sociale zekerheid was de invoering van een nieuwe Werkloosheidswet. Recht op werkloosheidsuitkering ingevolge deze wet heeft de werknemer die werkloos is en voldoet aan de referte-eis, mits geen uitsluitingsgrond op hem van toepassing is.

Een uitsluitingsgrond is een in de wet geformuleerde negatieve voorwaarde voor een recht op uitkering; indien aan die voorwaarde is voldaan bestaat geen recht op uitkering. Het gaat hier veelal om voorwaarden die samenhangen met de beschikbaarheid om arbeid te aanvaarden; zo geldt voor gedetineerden en volledig arbeidsongeschikten een uitsluitingsgrond.

Werkloos

Wanneer sprake is van werkloosheid is in de Werkloosheidswet strikt geformuleerd. Artikel 16, lid 1 nWW geeft een definitie van het begrip werkloosheid. Werkloos is de werknemer die

- a. ten minste vijf of ten minste de helft van zijn arbeidsuren per kalenderweek heeft verloren;
- b. alsmede het recht op onverminderde loon door betaling over die uren, en
- c. beschikbaar is om arbeid te aanvaarden.

Ad a: arbeidsurenverlies

In het kader van de oude Werkloosheidswet⁷⁴ werd op grond van de jurisprudentie⁷⁵ eerst van werkloosheid gesproken bij een verlies van ten minste vijf arbeidsuren per week.

Voor diegenen die in een dienstbetrekking van geringe omvang werkzaam waren kon deze regel te hard uitwerken, vandaar dat in de nieuwe Werkloosheidswet is opgenomen dat ook bij een verlies van meer dan de helft van het aantal arbeidsuren sprake kan zijn van werkloosheid.⁷⁶

In de wet is strikt omschreven hoe het arbeidsurenverlies moet worden berekend: door vergelijking van het aantal arbeidsuren per kalenderweek met het aantal resterende arbeidsuren in een kalenderweek.

Onder 'arbeidsuren per kalenderweek' moet worden verstaan het aantal uren waarin de werknemer in de 26 kalenderweken onmiddellijk voorafgaande aan het intreden van zijn verlies aan arbeidsuren gemiddeld per week arbeid heeft verricht in dienstbetrekking of in de zelfstandige uitoefening van een bedrijf of beroep. Voor de toepassing van de Werkloosheidswet is maandag de eerste dag van de kalenderweek.

Bij AMvB⁷⁷ zijn afwijkende regels gesteld omtrent de berekening van het verlies van arbeidsuren bij een opvolgend verlies van arbeidsuren. Bovendien heeft de Sociale Verzekeringsraad de bevoegdheid voor de berekening van het verlies van arbeidsuren regels te stellen met betrekking tot wisselende arbeidspatronen. De Raad heeft echter van de bevoegdheid vooralsnog geen gebruik gemaakt.

In deze berekening van de werkloosheid ligt voor flexibele arbeidskrachten reeds een praktisch probleem besloten: het zal voor zo'n arbeidskracht lang niet altijd eenvoudig zijn te reconstrueren hoeveel uur is gewerkt in de afgelopen 26 weken.

Als gevolg van de systematiek van de wet ontstaat telkens bij ieder relevant verlies aan uren een nieuw recht op werkloosheidsuitkering, mits aan de overige voorwaarden is voldaan. Een persoon kan derhalve meerdere rechten hebben op werkloosheidsuitkering met ieder een eigen eerste werkloosheidsdag, duur en hoogte. Met name mensen met wisselende arbeidspatronen zullen hiermee worden geconfronteerd.

Uit de nota *De beoordeling van werkloosheid in de nieuwe Werkloosheidswet*⁷⁸ van de Federatie van Bedrijfsverenigingen blijkt dat de systematiek van de wet met betrekking tot de beoordeling van werkloosheid problemen oplevert, in gevallen waarin sprake is van afwijking van het normale patroon. Onder normaal patroon dient hier te worden verstaan een part-time of full-time dienstverband, niet gevolgd door gedeeltelijke werkhervatting.

Deze problemen uiten zich in maatschappelijk ongewenste effecten van de wet (te hoge, c.q. te lage uitkeringsrechten)⁷⁹ maar ook in uitvoeringsproblemen.

De Federatie meent dat hiervoor een oplossing kan worden gezocht in:

1. een minder strikte omschrijving van het begrip werkloosheid, met daaraan gekoppeld het laten vallen van de exacte berekening van een gemiddeld arbeidspatroon;
2. de vaststelling van slechts één recht op uitkering gedurende het eerste half jaar; en
3. bij werkhervatting tijdens de uitkering herziening van de uitkering op basis van inkomsten in plaats van naar rato van het aantal gewerkte uren.

Niet alleen de uitvoeringsorganen hebben moeite met de praktische uitvoering van de wet: ook voor de flexibele arbeidskracht zelf zal het niet altijd duidelijk zijn wanneer nu sprake is van werkloosheid en wanneer niet. Toch is dit voor hem van groot belang: om een recht op uitkering geldend te kunnen maken zal hij aangifte moeten doen van zijn werkloosheid en een aanvraag moeten indienen.

De aangifte dient te geschieden op de eerste werkdag volgend op de eerste werkloosheidsdag en een aanvraag moet zijn gedaan binnen één week na het intreden van de werkloosheid. Een te late aangifte resp. aanvraag kan tot gevolg hebben dat de uitkering bij wijze van sanctie tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk wordt geweigerd (art. 26, lid 1 sub *a* en *b* j° art. 27).

Het moment van aanvraag is echter ook om een andere reden van belang. Artikel 16, lid 5 nWW bepaalt namelijk dat voor de toepassing van die wet en de daarop berustende bepalingen de eerste dag van werkloosheid is de eerste dag waarop een verlies van een of meer uren, alsmede een verlies van het recht op loon over die uren intreedt in de kalenderweek waarin sprake is van werkloosheid ter zake *waarvan de werknemer een aanvraag om uitkering indient*.

Het ontstaan van een eerste werkloosheidsdag kan derhalve worden uitgesteld door ter zake van een relevant urenverlies nog geen uitkering aan te vragen, doch pas na een tussentijdse hervatting bij een volgend relevant urenverlies hiertoe over te gaan.

Aangezien de eerste werkloosheidsdag het toetsingsmoment is voor ondermeer de referte-eis, de omvang van de werkloosheid, de duur en de hoogte van de uitkering, is het van groot belang dat de flexibele arbeidskracht zich bewust is van de gevolgen van het al dan niet doen van een aanvraag op een bepaald moment. Van een dergelijk inzicht zal echter in de meeste gevallen – gezien de complexe regelgeving – geen sprake (kunnen) zijn.

Ad b: recht op onverminderde loondoorbetaling

Zolang recht bestaat op onverminderde loondoorbetaling, kan geen sprake zijn van werkloosheid. Kenmerk van flexibele arbeidsrelaties is echter dat doorgaans art. 1638d BW (betaling van loon, indien door een omstandigheid die voor het risico van de werkgever komt, bijv. te weinig werkaanbod, niet kan worden gewerkt) is uitgesloten en is overeengekomen dat alleen recht op loonbetaling bestaat over gewerkte uren.

Het aantrekkelijke van flexibele arbeid is voor de werkgever dan ook dat hij in tijden waarin hij minder werk beschikbaar heeft geen loon hoeft te betalen: het leeglooprisico wordt aldus afgewenteld op het werkloosheidsfonds. Voor de flexibele arbeidskracht betekent dit dat een recht op

onverminderde loondoorbetaling doorgaans zijn werkloosheid niet in de weg zal staan.

Een regeling vergelijkbaar met de zogenaamde onderbrekingsregeling⁸⁰ zoals deze gold voor 1 januari 1987 kent de Werkloosheidswet niet. Ingevolge deze onderbrekingsregeling hadden werknemers, wier dienstbetrekking er naar het oordeel van de bedrijfsvereniging toe strekte dat al dan niet onder handhaving van die dienstbetrekking in steeds terugkerende perioden bij dezelfde werkgever gewerkt, over dagen die tussen deze perioden zijn gelegen geen aanspraak op werkloosheidsuitkering. Deze regeling was tot stand gekomen om oneigenlijk gebruik van de Werkloosheidswet te voorkomen. De regeling keerde zich in de praktijk echter vaak tegen de werknemer die noodgedwongen zijn toevlucht had genomen tot flexibele arbeid.

Teneinde te voorkomen dat werkgevers in grote getale hun leegloop-risico afwentelen op de bedrijfsverenigingen zou bijvoorbeeld in die bedrijfstakken waar veel oproeparbeid voorkomt, gedacht kunnen worden aan aparte premiegroepen voor vast personeel en voor flexibele arbeidskrachten, vergelijkbaar met de premiegroepen voor vast- en los personeel die de Bedrijfsvereniging voor de Haven- en aanverwante bedrijven, Binnenscheepvaart en Visserij kent. Bedrijven met veel vast personeel zouden hierdoor hun premie zien dalen, bedrijven met veel flexibel personeel zouden daarentegen meer premie moeten betalen.

Ad c: beschikbaarheid

De derde voorwaarde om van werkloosheid te kunnen spreken is dat de werknemer beschikbaar moet zijn voor de arbeidsmarkt. Het gaat hier om zogenaamde objectieve beschikbaarheid. Hiervan is blijkens de wetsgeschiedenis in het algemeen sprake indien de werknemer verklaart bereid te zijn passende arbeid te aanvaarden. Stelt een werknemer zich voor minder uren beschikbaar dan de uren die hij heeft verloren, dan heeft dit tot gevolg dat hij slechts werkloos kan worden geacht en dus recht kan hebben op uitkering voor al de uren die hij wel beschikbaar is.

Een rechtvaardiging voor een gedeeltelijke beschikbaarstelling zoals deze op grond van jurisprudentie⁸¹ met betrekking tot de oude Werkloosheidswet gold, is niet vereist. Evenmin geldt nog de eis dat men al geruime tijd op minder dan de normale werktijd moet hebben gewerkt.⁸²

De Werkloosheidswet zoals deze sedert 1 januari 1987 geldt, is op deze punten derhalve 'part-time vriendelijker' dan de oude Werkloosheidswet (*Stb.* 67/421).

Referte-eis

Wil een werknemer in aanmerking komen voor een uitkering dan zal hij in de periode van 12 maanden onmiddellijk voorafgaande aan zijn werkloosheid in ten minste 26 weken moeten hebben gewerkt als werknemer in de zin van de Werkloosheidswet.

Voor bepaalde groepen van werknemers geldt echter een verlaagde referte-eis.⁸³ Het gaat hier om musici, artiesten en filmedewerkers die in een onregelmatig arbeidspatroon in dienstbetrekking hebben gewerkt, hun begeleiders en om bepaalde groepen seizoenwerknemers. Voor deze groepen van werknemers geldt een referte-eis van 13, 16 of 20 weken.

Een week geldt als gewerkte week indien in die week op ten minste één dag is gewerkt, ongeacht het aantal uren. Deze weken-eis zal met name voor kleine part-timers een minder groot struikelblok vormen dan de dagen-eis zoals deze gold krachtens de oude Werkloosheidswet en de Wet Werkloosheidsvoorziening, daar deze zetten een minimum-eis kenden van ten minste 65 gewerkte dagen in het refertejaar. Voor andere flexibele arbeidskrachten als oproepkrachten, thuiswerkers en uitzendkrachten kan deze weken-eis echter nadeliger uitwerken dan de dagen-eis van de oude Werkloosheidswet en de Wet Werkloosheidsvoorziening, indien in relatief korte tijd op veel dagen wordt gewerkt. Voor de dagen-eis was iedere gewerkte dag er één, maar voor de weken-eis telt een week waarin op 5 dagen is gewerkt evengoed als een week waarin slechts op 1 dag is gewerkt als één gewerkte week. Het is daarom moeilijk te meten of flexibele arbeidskrachten nu overwegend voordeel of nadeel ondervinden van de invoering van een weken-eis.

De in een week verrichte arbeid mag slechts in aanmerking worden genomen, voor zover zij betrekking heeft op de dienstbetrekking waaruit de werknemer werkloos is geworden en op een of meer dienstbetrekkingen waarvoor eerstgenoemde dienstbetrekking in de plaats is gekomen. Er dient derhalve een relatie te bestaan tussen de verloren arbeid en de arbeid in de referte-periode. Aangezien de in een week verrichte arbeid slechts één maal in aanmerking mag worden genomen, zal men – als eenmaal een recht op uitkering is ontstaan – opnieuw in 26 weken als werknemer arbeid moeten verrichten alvorens men een nieuw recht op uitkering kan toekomen. Wordt een werknemer zonder 26 weken te hebben gewerkt opnieuw werkloos, dan is niet aan de referte-eis voldaan en ontstaat geen nieuw recht. In zo'n geval kan het eerder teniet gegane recht herleven.

Het verbod op dubbeltelling kan ongewenste gevolgen hebben, van daar dat aan de Sociale Verzekeringsraad de bevoegdheid is verleend regels te stellen met betrekking tot het meer keren in aanmerking nemen van weken waarin arbeid is verricht.

De Raad heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt⁸⁴ en onder meer regels gesteld voor de situatie waarin een werknemer zijn uren stapsgewijze verliest zonder dat tussen de verliezen opnieuw in 26 weken is gewerkt en voor de situatie waarin een werknemer eerst gedeeltelijk werkloos wordt, dan zijn werk hervat, maar vervolgens binnen 26 weken geheel werkloos wordt. In hetzelfde besluit heeft de Raad regels gesteld op basis waarvan weken waarin geen arbeid is verricht in de dienstbetrekking waaruit de werknemer werkloos is geworden, gelijk zijn gesteld met gewerkte weken.

Verplichting gericht op wederinpassing in het arbeidsproces

Om een recht op uitkering geldend te kunnen maken moet de werknemer voldoen aan een aantal verplichtingen. Niet-nakoming van deze verplichtingen, kan ertoe leiden dat de bedrijfsvereniging gebruik maakt van haar bevoegdheid een sanctie toe te passen. Deze sanctie kan erin bestaan dat de uitkering geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend wordt geweigerd, dan wel dat de uitkeringsduur wordt beperkt.

De belangrijkste verplichtingen van de werknemer zijn de verplichtingen die erop gericht zijn te voorkomen dat de werknemer op een uitkering aangewezen raakt, en om — als hij aangewezen is op een uitkering — zijn aanspraken zo beperkt mogelijk te houden. Daartoe zal de werknemer moeten voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt, en dat hij werkloos is of blijft doordat hij

- in onvoldoende mate tracht passende arbeid te verkrijgen,
- nalaat aangeboden passende arbeid te aanvaarden of door eigen toedoen geen passende arbeid verkrijgt,
- door eigen toedoen geen passende arbeid behoudt, of
- in verband met door hem te verrichten arbeid eisen stelt die het aanvaarden of verkrijgen van passende arbeid belemmeren.

Onder passende arbeid moet worden verstaan alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden gevergd. Het ligt mijns inziens in de systematiek van de wet besloten dat arbeid voor een groter aantal uren dan waarvoor de werknemer zich beschikbaar stelt, niet snel als passende arbeid kan worden aangemerkt.⁸⁵

Het feit dat arbeid geen verzekeringsplicht met zich meebrengt kan er volgens de jurisprudentie⁸⁶ toe leiden dat niet van passende arbeid kan worden gesproken.

De vraag rijst of (verzekerde) arbeid in een flexibel arbeidspatroon als passend kan worden aangemerkt, indien de werkloze voorheen altijd in een vast dienstverband heeft gewerkt. De bedrijfsverenigingen hebben voor

zover bekend hierover (nog) geen duidelijk standpunt ingenomen.

Grote flexibiliteit van arbeid, die zich laat vertalen in onzekerheid omtrent de omvang van het te verrichten werk, de inkomsten of de werktijden kan er mijns inziens toe leiden dat de arbeid als niet passend moet worden beschouwd. Anderzijds is het aandeel dat flexibele arbeid uitmaakt op de arbeidsmarkt groeiende, het getuigt derhalve van weinig realiteitszin om iedere vorm van flexibele arbeid op voorhand uit te sluiten. Wel zal een flexibel arbeidscontract om als passend te kunnen worden aangemerkt, naar mijn mening aan bepaalde minimumvoorwaarden moeten voldoen, en een zekere garantie moeten bevatten voor wat betreft de omvang, inkomsten en arbeidstijden. De bedrijfsverenigingen zouden zich derhalve moeten beraden over de vraag welke eisen precies moeten en kunnen worden gesteld.

Bij een beantwoording van de vraag of een flexibele arbeidsvorm in een concreet geval als passend kan worden aangemerkt zouden de volgende factoren een rol kunnen spelen:

- naar mate flexibele arbeidsvormen meer voorkomen in een bedrijfstak, bijv. horeca, zal eerder kunnen worden gesteld dat flexibele arbeid passend is, ook voor degene die eerder in die zelfde bedrijfstak in een vast dienstverband werkzaam zijn geweest,
- flexibele arbeid zal ook eerder passen zijn naar mate de werkloosheid langer heeft geduurd en de kans op ander (vast) passend werk klein kan worden geacht.

Uitkeringsduur

Een werkloze werknemer die aan de referte-eis heeft voldaan en op wie geen uitsluitingsgrond van toepassing is, heeft recht op een basisuitkering van een half jaar, te rekenen vanaf de eerste werkloosheidsdag. Indien ook voldaan is aan de zogenaamde arbeidsverleden-eis, heeft de werknemer daarna recht op verlengde uitkering (mits hij een arbeidsverleden heeft van ten minste 5 jaar), en vervolg-uitkering. Om aan de arbeidsverleden-eis te voldoen, moet de werknemer aantonen dat hij in de periode van 5 jaar onmiddellijk voorafgaande aan het intreden van zijn werkloosheid ten minste gedurende 3 jaar in een dienstbetrekking van 8 of meer uren per week heeft gestaan.

Bij algemene maatregel van bestuur⁸⁷ is voor een aantal groepen van werknemers, te weten: musici, artiesten en filmmedewerkers die in een onregelmatig arbeidspatroon werkzaam waren, hun begeleiders en bepaalde groepen van seizoenwerknemers, een verlaagde arbeidsverleden-eis (2 uit 5 eis) vastgesteld.

De persoon die op, of onmiddellijk voor, de eerste werkloosheidsdag

een uitkering ter zake van gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid ontving, heeft eveneens recht op verlengde (mits hij een arbeidsverleden heeft van tenminste 5 jaar) en vervolguitkering.

Voor de arbeidsverleden-eis is relevant of men in een dienstbetrekking heeft gestaan; of in die dienstbetrekking ook werd gewerkt is van ondergeschikt belang. De dienstbetrekking moet echter wel van een bepaalde omvang zijn, te weten: 8 uur of meer per week. Algemeen wordt aangenomen dat ook weken waarin men in meerdere dienstbetrekkingen staat van ieder minder, maar te zamen meer dan 8 uur per week meetellen voor de arbeidsverleden-eis.

In die gevallen waarin geen gegarandeerde omvang is overeengekomen (bijv. een min-max-contract) of waarin een gegarandeerd aantal uren is overeengekomen per een langere periode dan een week (bijv. 32 uur per maand, 15 uur per twee weken), kan men zich de vraag stellen, of en zo ja, wanneer gesproken kan worden van een dienstbetrekking van 8 uur of meer per week. Het lijkt in deze gevallen onvermijdelijk om toch af te gaan op het aantal uren dat daadwerkelijk in een week werd gewerkt.

Men kan zich vervolgens de vraag stellen of men voor de berekening van het arbeidsverleden, indien in een week op één dag 8 uur als oproepkracht is gewerkt, kan spreken van een week waarin 8 uur of meer is gewerkt, of dat men slechts kan spreken van één dag waarop men in een dienstbetrekking stond van 8 uur of meer per week.

Het antwoord op deze vraag is mijns inziens afhankelijk van het soort contract: is sprake van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht, dan zal een week geteld mogen worden, maar is daarentegen sprake van een voorovereenkomst, dan heeft slechts op één dag een dienstbetrekking bestaan en zal derhalve maar één dag geteld dienen te worden. Het zal duidelijk zijn, dat dit onderscheid het berekenen van het arbeidsverleden bij oproepkrachten in de praktijk schier onmogelijk maakt. Er zal naar een praktische oplossing gezocht moeten worden.

Nu op dit moment op geen enkele wijze sprake is van een registratie van het arbeidsverleden, kan het feit dat de werknemer moet aantonen dat hij aan de 3 uit 5-eis heeft voldaan een moeilijke opgave zijn, met name voor flexibele arbeidskrachten.

Van de verzekerden-administratie wordt op dit punt veel verwacht: de praktijk zal moeten uitwijzen of dit terecht is. De eerste 5 jaar na de invoering van de verzekerde-administratie zal het vaststellen van het reële arbeidsverleden in ieder geval problematisch blijven.

Indien een werknemer voldoet aan de arbeidsverleden-eis heeft hij in de meeste gevallen recht op verlenging van zijn loondervingsuitkeringsduur en in ieder geval recht op één jaar uitkering op minimum-niveau. De duur van de verlengde uitkering is afhankelijk van de duur van

het arbeidsverleden. Naar mate het arbeidsverleden langer is, is ook de uitkeringsduur langer.

Het arbeidsverleden wordt ingevolge art. 42, lid 3 nWW samengesteld door optelling van een deel fictief arbeidsverleden bij een deel reëel arbeidsverleden. Als fictief arbeidsverleden wordt aangemerkt de periode gelegen tussen de 18e verjaardag van de werknemer en de dag gelegen 5 jaar voor het intreden van zijn werkloosheid.

Het reële arbeidsverleden wordt berekend door samenstelling van perioden gelegen in de periode van 5 jaar onmiddellijk voorafgaande aan het intreden van de werkloosheid waarover de werknemer aantoonst in een dienstbetrekking van 8 uur of meer per week te hebben gestaan.

Met betrekking tot de berekening van het reële arbeidsverleden doen zich dezelfde problemen voor als bij de toetsing van de arbeidsverleden-eis.

Dagloon

De basis en verlengde uitkering bedragen ingevolge art. 47 nWW 70% van het nWW-dagloon. Het dagloon is ingevolge art. 45 nWW het loon dat de werknemer in de regel in een periode van 26 weken onmiddellijk voorafgaande aan het intreden van zijn werkloosheid gemiddeld per dag in de dienstbetrekking waaruit hij werkloos is geworden gemiddeld verdiende, voor zover dat loon in de bedrijfstak algemeen gebruikelijk, vast, gegarandeerd en regelmatig verstrekt is, of inherent is aan de functie.

De terminologie ‘vast, gegarandeerd en regelmatig verstrekt’ verhoudt zich slecht met arbeidsrelaties waarin geen arbeidsduur is overeengekomen (te denken valt aan nul-urencontracten) en arbeidsrelaties waarin slechts een minimum en/of een maximum arbeidsduur is vastgesteld. Aangezien de beloning bij dergelijke contracten gebonden is aan het aantal gewerkte uren, kan strikt genomen, althans voor de boven de eventueel minimum-gegarandeerde arbeidsduur liggende arbeidsuren, niet gesproken worden van een vast gegarandeerd en regelmatig verstrekt loon, met als gevolg dat alleen het loon dat verdiend is over het gegarandeerde minimum aantal arbeidsuren in aanmerking kan worden genomen voor de dagloonberekening. Voor diegenen die werkzaam zijn op een nul-urencontract zou dit zelfs betekenen dat het dagloon op nul zou uitkomen. Naar ik mag aannemen een niet gewenst resultaat.

Met de definitie van art. 45 nWW heeft de praktijk thans echter nog weinig te stellen.

Artikel 34 van de Invoeringswet Stelselherziening sociale zekerheid (IWS) bepaalt namelijk dat tot een nader bij AMvB te bepalen tijdstip art. 45 nWW buiten toepassing blijft. Tot dit tijdstip wordt als dagloon beschouwd, hetgeen de werknemer tijdens het ontvangen van de uitkering bij

een vijfdaagse werkweek gemiddeld per dag zou kunnen verdienen in het beroep dat hij gewoonlijk uitoefende.

Het nWW-dagloon dient te worden berekend volgens de door de Sociale Verzekeringsraad gestelde (door de minister goedgekeurde) algemene dagloonregelen IWS.⁸⁸ Deze dagloonregelingen bevatten evenals de dagloonregelen WAO verschillende berekeningsmethoden voor de situatie dat de werknemer laatstelijk werkzaam was tegen een vast, dan wel tegen een wisselend loon in het door hem uitgeoefende beroep en voor de situatie dat geen gewoonlijk uitgeoefend beroep is aan te wijzen.

Tevens bevatten de dagloonregelen de mogelijkheid van evenredige vermindering van het gevonden bedrag, voor de situatie waarin de uitkeeringsgerechtigde in de referteperiode van art. 16, lid 2 of 3 nWW

- anders dan ingevolge een regeling tot toepassing van een kortere dan de voor hem normale werktijd gemiddeld een geringer dan het normale aantal uren per week werkzaam was,
- afwisselend wel en niet werkzaam was,
- afwisselend wel en niet arbeid verrichtte ter zake waarvan een verzekering ingevolge de Werkloosheidswet bestaat (art. 10, lid 1 Dagloonregelingen IWS).

Het doel van deze evenredige verminderingsbepaling is (ook hier) te voorkomen dat een werknemer aanspraak krijgt op een hogere werkloosheidsuitkering dan met de omvang van zijn werkloosheid in overeenstemming zou zijn.

Samenvatting

De strakke definitie van het werkloosheidsbegrip levert niet alleen voor de flexibele arbeidskracht praktische problemen op, maar kan ook met name bij wisselende arbeidspatronen leiden tot vreemde niet voorziene en niet gewenste uitkomsten. In zoverre is de Werkloosheidswet nog het minste van alle werknemersverzekeringen ingesteld op flexibele arbeidspatronen. Een aanpassing van de wet zal er echter naar verwachting niet toe leiden dat afbreuk zal worden gedaan aan het loondervingskarakter. Dit karakter komt onder andere naar voren in de referte-eis en de manier waarop werkloosheid is gedefinieerd. Voor het werkloosheidsbegrip zijn slechts de gewerkte uren relevant, en lijkt het loondervingskarakter op het eerste gezicht derhalve ver te zoeken. Dit wordt echter anders indien men zich realiseert dat alleen beloonde arbeid meetelt voor de bepaling van de omvang van de werkloosheid. Een flexibele arbeidskracht die er nooit in is geslaagd in een door hem gewenste omvang werk te vinden en zich derhalve werkloos acht, kan ter zake van die werkloosheid dan ook geen rechten ontleen aan de Werkloosheidswet. Ook hier kan het loondervingskarakter derhalve

weer aan een recht op uitkering van de flexibele arbeidskracht in de weg staan.

Het nieuwe nog in te voeren dagloonbegrip nWW, is niet goed te hanteren indien geen sprake is van een gegarandeerde, vaste werkomvang. Voordat dit nieuwe dagloonbegrip wordt ingevoerd, zou hier een oplossing voor moeten zijn gevonden.

4.4 Recht op toeslag

In het kader van de stelselherziening sociale zekerheid is de minimumbescherming in de vorm van minimumdagloonbepalingen respectievelijk grondslagen uit de sociale-zekerheidswetten gehaald en is in plaats daarvan de Toeslagenwet ingevoerd. Hierdoor is een duidelijk onderscheid aangebracht tussen de loondervingsfunctie en de minimumbehoefte-functie van de sociale-zekerheidsregelingen.

Recht op toeslag heeft:

- de gehuwde/ongehuwd samenwonende die recht heeft op loondervingsuitkering en per dag een inkomen heeft dat lager is dan het minimumloon,
- de ongehuwde die recht heeft op loondervingsuitkering, een kind heeft jonger dan 18 jaar waarvoor hij kinderbijslag ontvangt en per dag een inkomen heeft dat lager is dan 90% van het minimumloon, en
- de ongehuwde die recht heeft op loondervingsuitkering en per dag een inkomen heeft dat lager is dan 70% van het minimumloon, tenzij hij de leeftijd van 21 jaar nog niet heeft bereikt en behoort tot het huishouden van zijn (pleeg)ouders.

Onder loondervingsuitkering moet worden verstaan een uitkering ingevolge de verplichte verzekering ingevolge de Werkloosheidswet, de Ziektewet, de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering alsmede een uitkering krachtens de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Militairen.

De hoogte van de toeslag is afhankelijk van enerzijds de leefvorm (alleenstaande, alleenstaande met kind, gehuwde/ongehuwd samenwonende) van de uitkeringsgerechtigde en anderzijds zijn inkomen uit of in verband met arbeid, respectievelijk het inkomen uit of in verband met arbeid van zijn echtgenoot/partner.

Ook indien het dagloon (bijv. als gevolg van evenredige vermindering) of de (individuele) grondslag waarna de loondervingsuitkering is berekend minder bedraagt dan het relevante sociaal minimum bestaat in principe recht op een toeslag, indien aan bovengenoemde voorwaarden is voldaan. De toeslag bedraagt in zo'n geval echter niet meer dan het verschil tussen

het dagloon of de grondslag waarnaar de loondervingsuitkering is berekend en de loondervingsuitkering (die maximaal 70% van het dagloon of de grondslag bedraagt). De Toeslagenwet kent daarnaast per leefvorm (alleenstaande, alleenstaande met kind, gehuwde/ongehuwde samenwonende) een absolute maximering van de toeslag.

Gezien het bovenstaande kan een flexibele arbeidskracht in beginsel in aanmerking komen voor een toeslag mits hij recht heeft op een loondervingsuitkering. Voor veel (gehuwde) flexibele arbeidskrachten zal het eigen inkomen echter een aanvulling zijn op een in de leefeenheid aanwezig ander inkomen. In die gevallen zal dit inkomen aan een recht op toeslag in de weg staan.

Een recht op toeslag bestaat in principe vanaf het moment dat het inkomen per dag lager is dan het relevante sociaal minimum en tevens recht op loondervingsuitkering bestaat. Een uitzondering geldt echter voor het recht op toeslag als aanvulling op ziekengeld. Deze uitzondering houdt in, dat het recht op toeslag op een ZW-uitkering eerst ontstaat met ingang van de dag waarop de ongeschiktheid tot werken zes weken heeft geduurd. Deze uitzondering houdt verband met het per 1 januari 1987 gewijzigde art. 1638c BW. Dit artikel verplicht de werkgever gedurende de eerste 6 weken van ziekte het ziekengeld van de werknemer aan te vullen tot ten minste het voor hem geldende minimumloon. Het betreft een bepaling van dwingend recht.

Op minimumbescherming ingevolge art. 1638c BW kan alleen een beroep worden gedaan indien sprake is van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Voor veel flexibele arbeidsrelaties duikt hier het bekende probleem op hoe de arbeidsrelatie juridisch is te duiden.

Indien geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan wel de arbeidsovereenkomst is geëindigd en derhalve geen beroep (meer) kan worden gedaan op art. 1638c BW, kan in afwijking van het hierboven gestelde toch direct een beroep worden gedaan op de Toeslagenwet. Aan de minister is namelijk de bevoegdheid gegeven om nadere en zonodig afwijkende regels te stellen met betrekking tot het recht op toeslag gedurende de eerste zes weken van ziekte. De staatssecretaris⁸⁹ heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt en heeft bepaald dat de persoon die geen bescherming kan ontleenen aan art. 1638c BW, in beginsel gedurende de eerste zes weken van ziekte aanspraak kan maken op een toeslag. Van een limitatieve opsomming van situaties waarin art. 1638c BW geen bescherming biedt, is afgezien, omdat een dergelijke opsomming het risico inhoudt niet volledig te zijn.

Samenvatting

Indien recht bestaat op een loondervingsuitkering, doch de hoogte van deze

uitkering zodanig is dat, de overige inkomsten uit of in verband met arbeid in aanmerking nemende, hierdoor niet in de minimumbehoefte van de leef-eenheid kan worden voorzien, bestaat recht op toeslag.

Een flexibele arbeidskracht die recht wil doen gelden op een toeslag zal dus allereerst in aanmerking moeten komen voor een loondervingsuitke-ring. Bestaat geen recht op een loondervingsuitkering, dan zal ook geen recht bestaan op een toeslag doch zal de flexibele arbeidskracht hoogstens een beroep kunnen doen op een andere minimumbehoefteregeling, zoals de Algemene Bijstandswet, de op deze wet gebaseerde Rijksgroepsregeling werkloze werknemers of de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeelte-lijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers. Bij deze wetten is evenals bij de Toeslagenwet het inkomen van de leefeenheid doorslaggevend.

Zoals reeds eerder vermeld zijn relatief veel vrouwen en jongeren werkzaam in flexibele arbeidsrelaties, in veel gevallen is er een ander ar-beidsinkomen in de leefeenheid aanwezig, waardoor flexibele arbeids-krachten, zelfs als recht bestaat op een lage loondervingsuitkering, niet toe-komen aan een recht op toeslag.

5. CONCLUDERENDE BESCHOUWING

Huidig sociaal zekerheidsstelsel

Bij de herziening van het stelsel van sociale zekerheid per 1 januari 1987 is als uitgangspunt genomen, dat het risico van loonderving wegens ziekte of werkloosheid primair gedekt moest worden door een individueel recht op uitkering op grond van een van de loondervingsverzekeringen.

Indien geen recht bestaat op een loondervingsuitkering of de loondervingsuitkering niet toereikend is om in de minimumbehoefte van de leefeenheid te voorzien, kan een recht bestaan op een (aanvullende) uitkering of toeslag. Het gaat hier dan echter niet om een individueel recht, eventuele partner-inkomsten spelen een rol. Men spreekt hier wel van een systeem van loondervingsverzekeringen (de loondervingsfunctie) plus vangnet (de minimumbehoeftefunctie).

Loondervingsfunctie

Het risico van ziekte en werkloosheid wordt — zoals hierboven reeds gesteld — in ons stelsel primair gedekt door een individueel recht op uitkering ingevolge een loondervingsverzekering.

De loondervingsverzekeringen bij ziekte en werkloosheid zijn — zoals wij in hoofdstuk 2 reeds hebben gezien — met uitzondering van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet werknemersverzekeringen. Bedoelde verzekeringen zijn bovendien zogenaamde risicoverzekeringen, dit betekent dat in principe alleen recht op uitkering bestaat indien het verzekerd risico zich voordoet in een verzekerde periode. Veel van de in hoofdstuk 4 gesignaleerde knelpunten zijn in meer of mindere mate terug te voeren op deze systeemkeuze.

De keuze voor een werknemersverzekering houdt in dat alleen werknemers en degenen die daar maatschappelijk mee kunnen worden gelijkgesteld verzekerd zijn. Kleine en kortlopende arbeidsverhoudingen vallen in veel gevallen buiten deze gelijkstelling.

Het feit dat bedoelde verzekeringen loondervingsverzekeringen zijn, brengt met zich dat men iets moet derven voor men voor een recht op uitke-

ring in aanmerking komt. Voor een flexibele arbeidskracht is het moeilijk hard te maken dat hij loon derft als gevolg van een verzekerd risico, zoals uit de volgende voorbeelden moge blijken.

- Een flexibele arbeidskracht die ziek wordt op een moment dat hij niet werkt en geen loon geniet, derft niets en heeft derhalve in beginsel ook geen recht op uitkering.
- Het werkloosheidsbegrip in de Werkloosheidswet koppelt de verzekering aan het arbeidspatroon van de laatste 26 weken. Een flexibele arbeidskracht die nooit in de door hem gewenste omvang werk heeft kunnen vinden, maar zich toch werkloos acht, heeft geen recht op werkloosheidsuitkering ingevolge de Werkloosheidswet: van loonderving is geen sprake.

Het risicokarakter van de loondervingsverzekeringen tenslotte, brengt met zich dat men slechts recht op uitkering heeft indien het verzekerd risico zich voordoet in een verzekerde periode.

Het bestaan van onverzekerde perioden kan in een dergelijk systeem als een groot nadeel worden beschouwd. Vele flexibele arbeidskrachten werken echter in een dusdanig arbeidspatroon dat zij geconfronteerd zullen worden met perioden waarin zij niet verzekerd zijn voor de Ziektewet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering.

Een en ander brengt met zich dat flexibele arbeidskrachten bij ziekte en werkloosheid in veel gevallen geen beroep kunnen doen op de loondervingsfunctie en derhalve moeten terugvallen op de minimumbehoeftefunctie van sociale zekerheid.

Minimumbehoeftefunctie

Het huidige sociale-zekerheidsstelsel kent diverse regelingen die tot doel hebben de uitkeringsgerechtigde te verzekeren van een inkomen dat voldoende is om in de basisbehoeften te voorzien.⁹⁰ Anders dan bij de loondervingsfunctie, wordt bij de minimumbehoeftefunctie geen individueel recht toegekend, maar wordt gekeken naar de leefeenheid: inkomsten van een eventuele partner worden bij de beoordeling betrokken.

Zoals reeds eerder verrichten voornamelijk (gehuwde) vrouwen en jongeren flexibele arbeid. Juist deze categorieën hebben weinig mogelijkheden om een succesvol beroep te doen op minimumbescherming. Voor jongeren geldt immers veelal dat zij geacht worden bij hun ouders te wonen en door hen te worden onderhouden en voor (gehuwde) vrouwen geldt dat er vaak sprake zal zijn van een partner met een inkomen dat voldoende is om in de minimumbehoefte van de leefeenheid te voorzien.

Gezien hetgeen boven bij de loondervings- en minimumbehoeftefunctie

is gezegd, kan men derhalve stellen dat de slechte positie van flexibele arbeidskrachten op het terrein van de sociale zekerheid voor een groot deel zijn terug te voeren op de gemaakte systeemkeuze. Een systeemwijziging in die zin dat ook de minimumbehoeftefunctie geïndividualiseerd wordt, zou een verbetering betekenen voor veel flexibele arbeidskrachten.

Te verwachten ontwikkelingen

Loondervingsfunctie

Mede onder invloed van internationale factoren en uit kostenbeheersings-oogpunt ligt het in de verwachting dat een toekomstige wijziging van de loondervingsverzekering, onder andere, de invoering van meer opbouwelementen met zich mee zal brengen. (De Werkloosheidswet bevat sinds de stelselherziening opbouwelementen in de vorm van de arbeidsverleden-eis.)

Bij een opbouwstelsel heeft de verzekerde indien zich een verzekerd risico voordoet recht op een uitkering waarbij de hoogten en/of de duur gerelateerd wordt aan de duur van de in het verleden gelegen verzekerde perioden. Een goed ingerichte verzekerden-administratie is hiertoe een eerste vereiste. Aan de invoering hiervan wordt thans gewerkt.

Ik heb niet de indruk dat flexibele arbeidskrachten bij een systeem waar opbouwelementen meer dan thans een rol spelen gebaat zijn; flexibele arbeidskrachten zullen immers in het algemeen niet kunnen bogen op een arbeidsverleden van enige omvang. Ook indien gekozen wordt voor meer opbouwelementen zal de flexibele arbeidskracht derhalve in veel gevallen een beroep moeten doen op de minimumbeschermingsfunctie.

Minimumbehoefte-functie

In het kader van de stelselherziening sociale zekerheid is de vraag aan de orde geweest of bij een beroep op de minimumbehoeftefunctie ook gestreefd moet worden naar de invoering van een individueel uitkeringsrecht. De regering heeft toen als zijn oordeel uitgesproken dat een individueel uitkeringsrecht op minimumniveau zich niet verdraagt met de op dit moment op een breed maatschappelijk draagvlak steunende opvatting dat binnen het huwelijk partners in de eerste plaats zelf de zorg voor elkaar hebben. Daarbij sloot de regering niet uit dat toekomstige veranderingen in de maatschappelijke omstandigheden kunnen leiden tot een herbezinning op het uitgangspunt van gezinsbijstand.⁹¹

In art. 3 TW wordt dan ook degene wiens echtgenoot is geboren na 31 december 1971 uitgesloten van een recht op toeslag, tenzij tot zijn huishouden een eigen kind, aangehuwd kind of pleegkind behoort dat jonger is dan 12 jaar. De intentie van dit artikel is dat na 1990 van een nieuwe generatie gevraagd kan worden, dat beide partners zich beschikbaar stellen voor de

arbeidsmarkt. In hoeverre – indien deelname aan het arbeidsproces onverhoopt niet plaatsvindt – dit kan leiden tot een individueel uitkeringsrecht wordt bestudeerd.⁹² Concrete voorstellen zijn mij niet bekend.

Het lijkt erop dat enige matiging van de verwachtingen gerechtvaardigd is: de wetgeving van de laatste jaren heeft de onderlinge afhankelijkheid van partners (door gelijkstelling van ongehuwden met gehuwden) eerder vergroot dan verkleind, en ideeën die tot verdere individualisering zouden kunnen bijdragen (invoering van negatieve inkomensbelasting, individualisering RWW, invoering van een basisinkomen) zijn niet aangegrepen om verder te onderzoeken. Het bespreken en uitwerken van nieuwe mogelijkheden tot individualisering lijkt een weinig zinvolle bezigheid nu van politieke bereidheid tot individualisering van de minimumbehoeftefunctie nauwelijks sprake is.

Verbetering arbeidsrechtelijke positie

Nu, naar ik verwacht, de minimumbehoeftefunctie niet op korte termijn zal worden geïndividualiseerd, zal verbetering van de positie van de flexibele arbeidskracht bij ziekte en werkloosheid naar mijn mening moeten worden gezocht in uitbreiding van de mogelijkheden om een beroep te doen op de loondervingsfunctie.

Om dit beroep succesvol te kunnen doen zal men eerst moeten aantonen dat sprake is van loonderving. Dit kan worden bereikt door verbetering van de arbeidsrechtelijke positie van de flexibele arbeidskracht.

In hoofdstuk 2 besprak ik reeds enige voorstellen van de werkgroep flexibele arbeidsrelaties die ertoe leiden, dat meer arbeidsverhoudingen als arbeidsovereenkomst worden aangemerkt. Indien deze voorstellen zouden worden aangenomen zou dit onder meer met zich meebrengen dat in meer gevallen dan thans sprake is van verzekeringsplicht, omdat de werknemersverzekeringen voor personen die werkzaam zijn krachtens een arbeidsovereenkomst geen minimum-eisen stelt met betrekking tot de inkomsten uit of de omvang van de arbeidsverhouding.

Bij verbetering van de arbeidsrechtelijke positie kan men ook denken aan garanties met betrekking tot het aantal te werken uren en/of het inkomen. Dergelijke garanties kunnen ertoe bijdragen dat een flexibele arbeidskracht eerder aan de voorwaarden voor toekenning van een loondervingsuitkering (bijv. inkomens-eis AAW, referte-eis nWW) voldoet. Daarbij dient echter bedacht te worden dat deze garanties kunnen leiden tot een vlucht naar het grijze en zwarte circuit.

Een uitputtender behandeling van alle mogelijke verbeteringen van de arbeidsrechtelijke positie plus de eventuele voor- en nadelen hiervan gaat echter het bestek van dit preadvies te buiten.

NOTEN

1. *Osa trendrapport 1987*.
2. *Arbeid op maat*, een rapport over een onderzoek naar flexibele arbeidsrelaties, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid december 1986, bijlage 7. Van de 11 benaderde bedrijfsgroepen spraken 7 de verwachting uit dat de inzet van flexibele arbeidskrachten zou stijgen, 1 bedrijfsgroep verwachte een afname, en de overige 3 een stabilisering.
3. *Osa trendrapport 1987*.
4. CRvB 27-3-'84, premie 1982/34, *RSV* 1984/157.
5. CRvB 19-6-'84, WW 1982/774, *RSV* 1985/95.
6. CRvB 21-10-'74, ZW 1973/120, WW 1973/198, ZFW 1973/12, WAO 1973/366, *RSV* 1975/97.
7. CRvB 3-2-'75, ZW 1974/113, WAO 1974/402, WW 1974/206, *RSV* 1975/252.
8. CRvB 1-3-'79, WW 1982/2, *RSV* 1979/707; CRvB 10-3-'81, ZW 1979/181, *RSV* 1981/160.
9. CRvB 29-4-'74, ZW 1973/15, WW 1973/21, ZFW 1973/2, WAO 1973/32, *RSV* 1974/371.
10. CRvB 16-10-'64, KBW 1964/10, WW 1964/38, ZW 1964/55, *RSV* 1964/175; CRvB 20-8-'86, premie 1984/60 niet gepubliceerd.
11. CRvB 26-8-'80, WW 1979/744, *RSV* 1980/281; CRvB 31-1-'84, premie 1981/31, *RSV* 1984/156; CRvB 2-5-'86, premie 1984/42 t/m 45, *RSV* 1987/155.
12. CRvB 7-2-'86, premie 1984/3, *RSV* 1986/187.
13. CRvB 3-7-'73, WW 1972/34, *RSV* 1974/47.
14. CRvB 23-5-'78, ZW 1977/297, WW 1977/704, WAO 1977/1092, ZFW 1977/25, *RSV* 1978/305.
15. CRvB 12-11-'86, premie 1984/72 t/m 74, *RSV* 1987/85; CRvB 26-8-'80, WW 1979/744, *RSV* 1980/281.
16. CRvB 7-2-'86, premie 1984/3, *RSV* 1986/187; CRvB 7-2-'86, premie 1984/9, *RSV* 1986/188; CRvB 28-2-'86, premie 1984/18; niet gepubliceerd.
17. CRvB 2-11-'76, ZW 1976/70, WW 1976/269, WAO 1976/340, ZFW 1976/10, *RSV* 1977/25.
18. CRvB 14-12-'76, ZW 1976/81, WAO 1976/401, WW 1976/304, ZFW 1976/11, *RSV* 1977/71.
19. CRvB 3-2-'67, OW 1966/5, *RSV* 1967/76; CRvB 15-2-'74, ZW 1972/249, *RSV* 1974/239.
20. *Flexibele inzet van arbeidskrachten*, eindrapport van de werkgroep Flexibele arbeidsrelaties, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, november 1987, hfd 5, pag. 44 e.v.
21. *Arbeid op maat*, een rapport over een onderzoek naar flexibele arbeidsrelaties, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, december 1986.
22. *Advies Flexibilisering van arbeidsrelaties*, Emancipatieraad, maart 1987.

23. SVR-circulaire d.d. 27-3-'77, nr. 598.
24. CRvB 16-1-'70, WAO 1969/61, WW 1969/95, ZFW 1969/6, RSV 1970/93.
25. CRvB 27-4-'62, OW 1959/237-237a-237b, RSV 1962/121.
26. CRvB 12-7-'77, ZW 1976/233, WAO 1976/990, ZFW 1976/23, WW 1976/697, RSV 1978/3.
27. Onder minimumloon moet worden verstaan het minimumloon bedoeld in art. 8 lid 1 sub a Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Voor jongeren onder de 23 jaar moet onder minimumjeugdloon worden verstaan het minimumloon bedoeld in art. 7 lid 3 en 8 lid 3 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.
28. *Arbeid op maat*, paragrafen 'juridische aspecten' in hoofdstuk 3 bij de verschillende bedrijfspgroepen.
29. Besluit Stsecr. SoZaWe d.d. 23-12-'86 (*Stcrt.* 1986, 251), art. 2.
30. zie o.a. Emancipatieraad, *Nader advies stelselherziening sociale zekerheid*, 23-10-85, pag. 17, 18.
31. TK 1981-1982, 17.100 hoofdstuk XV nr. 29.
32. Brief van de Staatssecr. van SoZaWe d.d. 23-11-'84 inzake thuiswerk.
33. *Nota inzake thuisarbeid*, Stichting van de arbeid, september 1986.
34. TK 1985-1986, 19.261 nr. 8 pag. 58.
35. Flexibele inzet van arbeidskrachten pag. 77; Beroep: thuiswerkster; Steunpunt thuiswerk Vrouwenbond FNV, maart 1987, pag. 38.
36. *Flexibele inzet van arbeidskrachten*, pag. 44 ev.
37. CRvB 11-10-'76, ZW 1975/326, WW 1975/942, WAO 1975/1251, ZFW 1975/22, RSV 1977/8.
38. Besluit Stsecr. SoZaWe d.d. 23-12-'86, *Stcrt.* 1986/251, art. 4.
39. CRvB 29-4-'74, ZW 1973/15, WW 1973/21, ZFW 1973/2, WAO 1973/32, RSV 1974/371.
40. CRvB 18-1-'74, ZW 1971/51, WW 1971/74, ZFW 1971/4, WAO 1971/207, RSV 1974/302.
41. CRvB 13-12-'77, ZW 1976/51, ZFW 1976/6, WAO 1976/259, WW 1976/178, RSV 1978/223.
42. Toelichting bij het besluit d.d. 24-12-'86, *Stb.* 655 (aanwijzing van gevallen waarin een arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd).
43. *Advies flexibilisering van arbeidsrelaties*, pag. 47.
44. TK 1985-1986, 19.261 nr. 8 blz. 58.
45. *Flexibele inzet van arbeidskrachten*, pag. 54.
46. CRvB 24-12-'85, ZFW 1984/2, RSV 1986/124.
47. Besluit d.d. 19-10-1976, *Stbl.* 557 (besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekering).
48. Indien premie verschuldigd is in verband met een vrijwillige verzekering, zal de werk-nemer zelf het gehele premiebedrag moeten opbrengen. De hoogte van de premie zal naar verwachting vele arbeidskrachten ervan weerhouden een vrijwillige verzekering af te slui-ten.
49. *Advies flexibilisering van arbeidsrelaties*, pag. 37.
50. CRvB 1-6-1977, ZW 1975/272, RSV 1977/281
51. CRvB 22-2-1974, ZW 1973/83, RSV 1974/257; CRvB 11-2-1976, ZW 1975/116, RSV 1976/217
52. CRvB 29-5-'70, ZW 1969/134, RSV 1971/6; CRvB 27-11-'85, ZW 1984/17; RSV 1986/110.
53. CRvB 12-11-'75, ZW 1974/229, RSV 1976/134
54. CRvB 5-12-'79, ZW 1979/39, RSV 1980/86.
55. CRvB 23-3-'70, ZW 1969/65, RSV 1970/129.
56. SVR-besluit d.d. 18-12-1986, *Stcrt.* 1986, 250 (regelen vrijwillige ziekengeldverzekering), art. 20.

57. CRvB 22-11-'82, ZW 1981/225a, *RSV* 1983/100.
58. FBV-circulaire d.d. 23-7-'86, nr. M. 86.11. Deze richtlijnen hebben een lange voorgeschiedenis en zijn uiteindelijk via de richtlijnen van de commissie-Hugerholtz terug te voeren op de richtlijnen Ratté.
59. CRvB 20-6-1975, ZW 1975/29, *RSV* 1976/7; CRvB 5-12-1979, ZW 1979/39, *RSV* 1980/86.
60. CRvB 9-2-1937, ZW 1937/161, *ARB* 1938/114.
61. Art. 72 ZW jo art 18 SVR-besluit d.d. 18-12-'86, *Stcrt.* 1986, 250 (regelen vrijwillige ziekengeldverzekering).
62. SVR-besluit d.d. 20-4-'67, *Stcrt.* 1967/162 (Algemene dagloonregelen ZW).
63. – Arbeid op maat, hoofdstuk 3;
– Ritep-rapport nr. 9, blz. 48.
64. AMvB d.d. 28-4-'80, *Stb.* 263 (verzekerden, die geacht worden voor het intreden van de arbeidsongeschiktheid inkomen te hebben ontvangen). Het gaat hier o.a. om studenten en zelfstandigen die verlies hebben geleden.
65. CRvB 23-10-1975, WAO 1975/271, *RSV* 1976/100.
66. CRvB 28-2-'80, WAO 1979/335, *RSV* 1980/183; CRvB 6-7-'84, WAO 1982/S 666, AAW 1982/S 648, *RSV* 1984/219.
67. CRvB 11-10-'82, WAO 1981/S 111, *RSV* 1983/25; CRvB 5-7-'83, AAW 1982/S 184, WAO 1982/S 187, *RSV* 1983/221.
68. *Osa-trendrapport 1987.*
69. CRvB 28-2-'80, WAO 1979/335, *RSV* 1980/183.
70. FBV-circulaire d.d. 23-7-'86, nr. M 86.11.
71. Besluit d.d. 3-2-'87 *Stb.* 42 (besluit regels arbeid van normaal te achten duur AAW); Besluit d.d. 3-2-'87 *Stb.* 43 (besluit gemiddelde per dag verworven inkomen AAW).
72. CRvB 19-10-1983, AAW 1981/S 786, WAO 1981/S 890, *RSV* 1984/50.
73. SVR-Besluit d.d. 20-4-1967, nr. 61524 (Algemene dagloonregelen WAO).
74. Werkloosheidswet (*Stb.* 1967, 421). De wet is ingevolge art. 2 van de Invoeringswet stelselherziening sociale zekerheid met ingang van 1-1-'87 ingetrokken.
75. CRvB 20-1-'81, WW 1980/115, *RSV* 1981/125.
76. TK 1985/1986, 19261, nr. 3 par. 3.4.2.
77. Besluit d.d. 29-12-'86, *Stb.* 1986, 687 (besluit nadere regeling verlies van arbeidsuren).
78. TK 1987/1988, 20416 nr. 1 pag. 24 ev.
79. Een te hoge uitkering kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een arbeidskracht die afwisselend een kalenderweek wel en niet werkt. Door de berekeningswijze kan in de week waarin niet wordt gewerkt sprake zijn van een recht op uitkering, terwijl over een langere periode bezien geen sprake is van arbeidsurenverlies.
80. Besluit d.d. 23-12-'76, *Stb.* 719 (beperking recht op uitkering van personen, die met onderbrekingen bij dezelfde werkgever werkzaam zijn).
81. CRvB 25-4-'74, WW 1972/310, *RSV* 1974/351; CRvB 30-11-'82, WW 1981/520, *RSV* 1983/65.
82. Deze eis werd op grond van de jurisprudentie met betrekking tot de oude Werkloosheidswet wel gesteld, zie o.a. CRvB 25-4-'74, WW 1973/180, *RSV* 1974/358.
83. Besluit d.d. 10-12-1987, *Stb.* 633 (Besluit verlaagde weken-eis en arbeidsverleden-eis werkloosheidswet), art. 1 en 2.
84. SVR-besluit d.d. 18-12-1986 (*Stcrt.* 1986, 248).
85. Er is bewust voor gekozen de wet part-time vriendelijker te maken door o.a. de definitie van werkloosheid en de regeling met betrekking tot objectieve beschikbaarheid. In dit systeem past mijns inziens niet dat van een part-timer wordt verlangd dat hij full-time werk aanvaard.
86. CRvB 13-3-'75, Ww 1974/196, *RSV* 1975/324.

87. Besluit d.d. 10-12-'87, *Stb.* 633 (Besluit verlaagde weken-eis en arbeidsverleden-eis werkloosheidswet), art. 3.
88. SVR-besluit d.d. 18-6-'87 nr. 87/3909.
89. Besluit Stcrt. SoZaWe d.d. 23-12-'86, *Stcrt.* 1986, 250.
90. O.a. de Algemene Bijstandswet, de op deze wet gebaseerde rijksgroepsregelingen en de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers.
91. TK 1985-1986, 19.259, nr. 3, pag. 4.
92. EK 1986-1987, 19.257, nr. 31, pag. 15 ev.

LITERATUURLIJST

- Flexibel werken*. Een rapport over flexibiliteit en arbeidsduur. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, december 1984
- Individualisering en flexibilisering van de arbeidsmarkt. F.H.A.M. Kruse *Sociaal Maandblad Arbeid*, mei 1985
- Het afroepcontract*, Ritep-rapport nr. 9, augustus 1985
- Randstad data special: *Tijdelijke arbeidscontracten*. 16e jaargang nr. 1, mei 1986.
- Flexibele arbeidsrelaties*. Rapportage van de eerste fase van de werkzaamheden van de werkgroep Flexibele arbeidsrelaties. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, juli 1986.
- Flexibilisering en de condities van vrouwenarbeid, mw.mr. R. Holtmaat, *Sociaal recht* 1986 nr. 8, pag 235 e.v.
- Flexibilisering van arbeid en de positie van vrouwen met gezinsleden, Alita de Jong, *Nemesis* 1986 nr. 5, pag. 192.
- Nota inzake thuiswerk*. Stichting van de Arbeid 1986.
- Flexibele arbeidsverhoudingen en sociale zekerheid, *PS themanummer* 1986, nr. 21.
- Flexibilisering & segmentering. *Vakbeweging en flexibele arbeid*. FNV, afdeling onderzoek 1986.
- Arbeid op maat*. Een rapport over een onderzoek naar flexibele arbeidsrelaties. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, december 1986.
- Arbeid op maat, M. Bruijn-Hundt. *Sociaal Maandblad Arbeid*, januari 1987.
- Advies flexibilisering van arbeidsrelaties*. Emancipatieraad, 1987.
- Flexibele arbeid: onder de maat!* 4e gewijzigde druk. Werkgroep Marflex, FNV vrouwen-secretariaat, juli 1987.
- Losse en flexibele arbeidsrelaties*, mr. O. Albers, mr. Y. Konijn. Samsom H.D. Tjeenk Wil-link, 1987.
- Flexibele arbeidsvormen, mw.mr. C.G. van der Horst. *PS* juli 1987, nr. 18, pag. 1321 e.v.
- Flexibilisering Alles goed en wel?* FNV centrum ondernemingsraden, serie documentatie en advies nr. 6 1987.
- Flexibilisering van de arbeidsmarkt als spanningsbron voor de sociale zekerheid*. Inleiding van prof. dr. W. van Voorden uitgesproken tijdens de Algemene ledenvergadering van de FBV d.d. 28-10-1987.
- Flexibele inzet van arbeidskrachten*. Eindrapport van de werkgroep Flexibele arbeidsrelaties, november 1987.
- Van flexibele arbeid naar sociale zekerheid*. C.L.J. Boos, A.G. Nagelkerke. Organisatie voor strategisch arbeidsmarkt onderzoek 1987.
- Sociaalrechtelijke positie van thuiswerk(st)ers en telewerk(st)ers, mw.mr. L. Heuperman, mw.mr. H. de Vries *Sociaal Maandblad Arbeid*, april 1988.
- Personeelswerfing via het uitzendbureau, mr. W. Bouwens. *Sociaal recht* 1988, nr. 1, pag. 3 e.v.

Colofon

Letter: Times

Zetwerk: AlphaZet, Waddinxveen

Druk en afwerking: Samsom-Sijthoff grafische bedrijven, Alphen aan den Rijn

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT

- 1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.
ISBN 90 14 03031 2
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijl Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4
- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1