



Flexibele arbeidskrachten: de gevaren

Door mr. W.F. Seijbel

Hoewel er met betrekking tot de zgn. flexibele arbeidskrachten een wetwijziging in het kader van de Wet Werk en Zekerheid aan zit te komen (inmiddels is dit overigens uitgesteld tot 1 juli 2015), is het goed om stil te staan bij de risico's die de inhuur van flexibele arbeidskrachten met zich mee kunnen brengen. Een aantal aspecten hiervan zal overigens ook na de wijziging van de wet van toepassing blijven.

Ondernemers zoeken om meerdere redenen naar mogelijkheden om personeel flexibel in te zetten. Bijvoorbeeld om naar gelang de werkzaamheden met meer/minder personeel te kunnen werken, een vast personeelsbestand duur is en het vaak kostbaar en niet eenvoudig is om van (een deel van) het personeel afscheid te nemen indien de bedrijfsresultaten daarom vragen.

De laatste jaren wordt veel gebruik gemaakt van twee 'mogelijkheden': het inhuren van 'Zelfstandigen Zonder Personeel' (zzp'ers) en het inhuren van personeel via een payrollbedrijf. Bij beide mogelijkheden bestaat echter het risico dat er toch sprake is van een gewone arbeidsovereenkomst met alle gevolgen van dien.

De definitie van de arbeidsovereenkomst

Ter voorkoming van dit risico is het daarom van belang om te beseffen wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De wet (artikel 7:610 BW) bepaalt kortweg dat er (al) sprake is van een arbeidsovereenkomst indien er (1) arbeid wordt verricht (2) tegen het betalen van loon (3) in een gezagsverhouding. Of dit contractueel wordt vastgelegd en zo ja, welke benaming dit contract dan heeft, is niet van doorslaggevend belang.

Inhuren zzp'ers

Veel ondernemingen huren voor bepaalde klussen zzp'ers in. Doorgaans gebeurt dit op basis van een "overeenkomst van opdracht". Het begrip zzp'er is niet in de wet gedefinieerd. Zzp'ers behelzen een grote, diverse groep van zelfstandigen die zich per klus/opdracht laten inhuren. Zo zijn er hoogleraren die neveninkomsten genereren door als zzp'er betaalde adviezen te geven, zijn er topjournalisten en freelance-fotografen die zich per opdracht laten betalen en zijn er zzp'ers die zich per opdracht laten inhuren in bijvoorbeeld de bouw of de verpleging.

Het risico bestaat echter dat er bij inhuur van een zzp'er toch -onbewust- een arbeidsovereenkomst ontstaat.

Ondernemingen verlangen daarom meestal dat een ingehuurde zzp'er een zogenaamde Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) kan overleggen. Hiermee kunnen de fiscale risico's, voor het geval de zzp'er toch een werknemer blijkt te zijn, worden afgedekt. Een VAR heeft echter geen (doorslaggevende) betekenis voor de civielrechtelijke vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst met een zzp'er/ werknemer.

Op basis van de overeenkomst die met de zzp'er wordt aangegaan, is er al sprake van (1) het verrichten van arbeid tegen (2) het betalen van loon (waaronder wordt verstaan een financiële vergoeding, ook als deze niet als 'loon' of 'salaris' wordt aangemerkt). Indien er dan ook nog sprake is van een gezagsverhouding tussen de onderneming en de zzp'er wordt er aan alle vereisten voldaan voor een arbeidsovereenkomst.

De vraag is dan ook steeds: is er sprake van een gezagsverhouding?

Uiteraard heeft een onderneming die een zzp'er inhuurt een zekere 'instructiebevoegdheid' en mag zij aangegeven hoe zij wil dat de zzp'er de werkzaamheden uitvoert. Deze instructiebevoegdheid kan echter veranderen in een gezagsverhouding.

Of er wel of geen sprake is van een gezagsverhouding wordt door de rechter van geval tot geval beoordeeld. Hierbij is er doorgaans sprake van een grijs gebied waarin niet op voorhand valt te zeggen of er een gezagsverhouding (en dus een arbeidsovereenkomst) is.

Er zijn wel enkele 'risico-indicaties' die duiden op een gezagsverhouding:

- de zzp'er verkeert in een afhankelijke positie van de inhurende onderneming;
- de zzp'er gaat de overeenkomst met de onderneming niet aan als "vrije ondernemer" (maar voelt zich hiertoe gedwongen, bijvoorbeeld door voortdurende werkloosheid);
- de zzp'er is uitsluitend of nagenoeg werkzaam voor slechts één onderneming;
- de zzp'er is (nagenoeg) permanent werkzaam bij een onderneming (niet enkel bij 'piek en ziek');
- positie van de zzp'er is amper te onderscheiden van die van een 'gewone' werknemer bij een onderneming.

Hoe meer en hoe duidelijker deze indicaties aanwezig zijn, hoe groter de kans dat er sprake is van een gezagsverhouding.

Het risico dat een zzp'er een werknemer blijkt te zijn, wordt civielrechtelijk overigens pas relevant indien een zzp'er dit claimt (en als de omstandigheden daartoe aanleiding geven). Omdat een deel van de zzp'ers juist graag zelfstandige wil zijn of geen 'gedoe' wil met de inhurende onderneming, is het risico dat de onderneming loopt niet heel groot. Echter, gezien het economisch tij, waarbinnen velen zich vooral als gevolg van ontslag gedwongen hebben gezien om als zzp'er aan de slag te gaan, is het risico ook zeker niet verwaarloosbaar.

Een onderneming dient zich in ieder geval bewust te zijn van het risico dat een zzp'er onder omstandigheden kan claimen dat hij een arbeidsovereenkomst heeft. Bovendien kan door de juiste contractuele formuleringen en door feitelijke aanpassingen op de werkvloer worden voorkomen dat de relatie tussen de onderneming en de zzp'er al te snel als een gezagsverhouding kan worden aangemerkt.

Personeel inhuren via payrollbedrijven

Een andere veel gebruikte mogelijkheid om aan flexibele arbeidskrachten te komen, is het inhuren van personeel via payrollbedrijven.

Ook deze constructie is niet in de wet beschreven en ook hiervan bestaan meerdere varianten. Zo zijn er ondernemingen die het gehele personeelsbestand overbrengen naar een payrollbedrijf en vervolgens dit personeel weer (permanent) inhuren van het payrollbedrijf.

Een andere variant is dat een onderneming (nieuw) personeel werft en selecteert, de arbeidsovereenkomst wordt gesloten tussen de werknemer en het payrollbedrijf en de onderneming de werknemer vervolgens (permanent) inhuurt.

De kern van de constructie is dat een werknemer een formele arbeidsovereenkomst heeft met een payrollbedrijf (waarvan de werknemer ook het loon ontvangt), terwijl de werknemer permanent bij één andere onderneming zijn werkzaamheden verricht. Indien de inhurende onderneming de werknemer niet meer nodig heeft, huurt de onderneming hem simpelweg niet langer in. Het payrollbedrijf kan vervolgens bij het UWV om een ontslagvergunning vragen, omdat zij geen werk meer heeft voor deze werknemer.

Een verschil met uitzend- en detachingsbureaus is dat payrollbedrijven werknemers zo goed als permanent bij één onderneming plaatsen terwijl de uitzend- en detachingsbureaus personeel voor tijdelijke opdrachten leveren.

Bij de payrollconstructie is het de vraag met wie de werknemer nu daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst heeft. Uiteraard is dit allereerst afhankelijk van hoe deze constructie feitelijk in elkaar zit: hier kunnen de nodige verschillen in zitten.

In de meest voorkomende payroll-constructies ontvangt de werknemer van het payrollbedrijf zijn loon, maar wordt er goed beschouwd geen arbeid voor de payrollonderneming verricht en is er evenmin sprake van een gezagsverhouding tussen werknemer en payrollonderneming.

Daarentegen ontstaat er in de verhouding tussen de werknemer en de inlenende onderneming vaak wel een gezagsverhouding waarin de werknemer arbeid verricht. Bovendien krijgt de werknemer ook loon, zij het dat dit loon via een derde wordt betaald. Kortom, ook al huurt een onderneming werknemers in via een payrollbedrijf, toch wordt - doorgaans - aan alle drie de vereisten voor een arbeidsovereenkomst voldaan tussen de werknemer en de inlenende onderneming.

Met name de laatste anderhalf jaar wordt in diverse vonnissen door de rechter dan ook nagenoeg eensluidend geoordeeld, dat er bij payrollconstructies een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de inhurende onderneming en de werknemer en niet tussen het payrollbedrijf en de werknemer.

Conclusie

Zowel bij het inhuren van zzp'ers als bij het inhuren van werknemers via een payrollbedrijf, bestaat de kans dat er een arbeidsovereenkomst ontstaat tussen de inlenende onderneming en de zzp'er/werknemer, indien er aan de vereisten voor een arbeidsovereenkomst is voldaan. De rechterlijke uitspraken hierover passen ook in een bredere stroming van uitspraken, waarin meer waarde wordt gehecht aan waar een werknemer feitelijk zijn werkzaamheden verricht, dan met wie volgens de tekst van het contract de arbeidsovereenkomst zou zijn aangegaan.

Voor vragen of meer informatie neemt u gerust contact met ons op via 026 3522 866 of arbeidsrecht@dekempenaer.nl