

# De toeters en bellen in de arbeidsovereenkomst

***Wellicht herkent u deze situatie. Omdat u met een van uw medewerkers een probleem heeft, vraagt u uw advocaat om advies. Een van de eerste vragen die uw advocaat u zal stellen is: "Heeft u de arbeidsovereenkomst met uw medewerker schriftelijk vastgelegd en wat is daarin geregeld?" Ook zal hij van u een afschrift daarvan willen ontvangen "om u goed van dienst te kunnen zijn". Dat vragen wij advocaten u niet zomaar. Datgene dat u met uw medewerkers in de arbeidsovereenkomst heeft vastgelegd vormt namelijk de basis voor uw juridische positie. Ook bepalen die afspraken de kracht van uw uitgangspositie bij het voeren van onderhandelingen. Als rechtszekerheid u lief is, is het vastleggen van afspraken in een arbeidsovereenkomst dus niet iets wat je even snel als formaliteit moet afdoen.***

Tekst: mr. Marco Swart

Het is opmerkelijk hoe vaak wij, advocaten, in die arbeidsovereenkomsten gebreken constateren. Het opstellen van een arbeidsovereenkomst lijkt eenvoudig. De meeste werkgevers en werknemers stoppen het na de ondertekening nonchalant weg in een lade en blijken bij het ontstaan van problemen te zijn vergeten dat ze er één voor akkoord hebben ondertekend. Verdacht vaak weten de betrokken contractspartijen niet welke verplichtingen zij exact met elkaar zijn aangegaan. Als dan het contract



tevoorschijn wordt gehaald, plaatst deze betrokkenen soms door gebreken, zoals nietigheden en slordigheden voor nieuwe problemen. In plaats van de rechtszekerheid die een arbeidsovereenkomst behoort te bieden, verwordt deze dan door onvolkomenheden een onnodige bron van onzekerheden die veelal in de rechtszaal verder worden uitgevochten.

## **Wel of geen arbeidsovereenkomst?**

De eerste vraag bij het aangaan van een werkverhouding is of het daadwerkelijk de bedoeling is een arbeidsrelatie met elkaar aan te gaan. Er zijn situaties denkbaar dat noch werkgever noch werknemer die intentie hebben. Denk aan freelance opdrachten, bijvoorbeeld in de journalistiek en de fotografie, maar ook aan leer/werk- of stageovereenkomsten. Ook al willen partijen in een dergelijke situatie geen arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan, dan nog kunnen rechters en UWV de

werkrelatie als arbeidsovereenkomst beschouwen, waardoor u alsnog gebonden zult zijn aan de wettelijke ontslagbescherming, het minimumloon en wellicht allerlei CAO-verplichtingen.

Art. 7:610 van het Burgerlijk Wetboek definieert een arbeidsovereenkomst als "de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten". Op het eerste gezicht lijkt volgens de wettelijke definitie al van een arbeidsovereenkomst sprake te zijn als u de stagiair onder uw gezag tegen beloning werkzaamheden laat verrichten. De Hoge Raad deed hierover echter in 1983 een genuanceerde uitspraak. De Hoge Raad overwoog dat een van de vereisten van een arbeidsovereenkomst is dat de te verrichten arbeid een prestatie moet zijn aan de werkgever. Indien, zoals bij een leerovereenkomst het geval kan zijn, de arbeid niet van waarde is voor de wederpartij, doch gericht is op scholing en vorming, zal de overeenkomst in het algemeen niet een arbeidsovereenkomst zijn. In geval van een gemengde leer- werkovereenkomst gaat het er dus om waarop het zwaartepunt ligt.

Gedurende de laatste jaren volgt de Hoge Raad consequent de redenering dat van belang is "hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. (...) Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderlinge verband worden gezien." Met andere woorden is datgene wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst uitdrukkelijk hebben beoogd van zwaarwegend belang, vooral als andere factoren in diezelfde richting wijzen, waaronder de wijze en het karakter van belonen.

Juridisch is het van belang dat u de stagiair ook daadwerkelijk werkzaamheden laat verrichten waarbij de nadruk ligt op de van tevoren beschreven leerdoelen. Indien daarentegen bij het verrichten van zijn werkzaamheden de nadruk komt te liggen op de productiviteit, zal niet snel het bestaan van een leerovereenkomst worden aangenomen, maar toch een arbeidsovereenkomst. Daarbij is het van belang dat u de stagiair serieuze begeleiding aanbiedt. Daarnaast is het van belang dat de beloning die u de stagiair toekent nadrukkelijk niet is bestemd als salaris, maar als dekking van onkosten en een klein beetje, daarop in redelijke erhouding afgestemd, voor te verrichten prestaties. Tot slot is van belang dat de stagiair samen met u nadrukkelijk, bij voorkeur schriftelijk, de bedoeling van de overeenkomst onderschrijft, te weten het leren onder begeleiding. Zekerheidshalve kunt u samen aan de te sluiten overeenkomst een vooraf bepaalde duur toekennen waarna het automatisch zal zijn beëindigd.

## **Zoveel mogelijk flexibiliteit**

Bij het opstellen van een arbeidsovereenkomst ga ik ervan uit dat u als werkgever in de beginperiode zoveel mogelijk flexibiliteit wenst in te bouwen. Die flexibiliteit bereikt u

door goed na te denken over het aangaan van oproepcontracten, arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, het vastleggen van de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging, het vastleggen van een proeftijd, het regelen van de opzegtermijnen en de mogelijkheid om bij zwaarwichtige belangen de arbeidvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Ook moet u nadenken of incidenteel voorkomend overwerk in de maandelijkse beloning is begrepen of afzonderlijk zal worden vergoed. Het concurrentie- en relatiebeding zijn vaak de met valkuilen omgeven hekkersluiters. Omdat steeds meer bedrijven zaken doen over de grens, wordt helaas vaak vergeten om daarentegen als hekkersluiters op te nemen dat uitsluitend Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is en dat de Nederlandse rechter bij uitsluiting bevoegd is om over geschillen daarover te oordelen. Ik loop hieronder enkele van de instrumenten langs die de wet u biedt om uw arbeidsrechtelijke slagkracht te optimaliseren.

## **De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd**

Op het eerste gezicht lijkt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de ideale oplossing voor de invulling van een arbeidsrelatie waarvan de verlenging (nog) niet zeker is. Bijvoorbeeld om eerst eens de kat uit de boom te kijken. Een arbeidscontract kan voor een welomschreven beperkte tijdsduur worden gesloten, zoals een aantal maanden. Het kan echter ook worden gesloten voor de duur van een project of de duur van de afwezigheid van de werknemer die wordt vervangen. Voorwaarde is steeds dat het aflopen ervan niet door partijen zelf tussentijds kan worden beïnvloed.

Let op dat het proeftijdbeding op straffe van nietigheid schriftelijk moet zijn aangegaan en nooit langer dan een maand mag zijn bij een arbeidsovereenkomst van minder dan twee jaar. Een andere valkuil is de stilzwijgende verlenging na het aflopen ervan, waardoor dezelfde arbeidvoorwaarden blijven gelden en opzeggen lastiger kan worden. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt in ieder geval van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd indien verlenging plaatsvindt na het verstrijken van een periode van drie jaren of zodra gedurende die periode de arbeidsovereenkomst al dan niet stilzwijgend voor de vierde keer is verlengd. Ten slotte wordt vaak vergeten dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet tussentijds kan worden opgezegd als dit niet van tevoren uitdrukkelijk overeen is gekomen.

## **Oproepcontract**

De grootste valkuil bij een oproepcontract is dat u daarin verzuimt het beding van "uitgestelde prestatieplicht" op te nemen. Indien u niet van tevoren bedingt dat de oproepkracht bij elke oproep zondermeer verplicht is te verschijnen, zal de rechter elke afzonderlijke oproep beoordelen als een nieuw gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, ook al is de duur van de opdracht enkele uren. Bij de vierde oproep zult u dan dus ongewild aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vastzitten.

Een andere valkuil bij een oproepcontract is dat de werknemer na verloop van tijd aanspraak kan maken op het verrichten van een minimaal aantal uren aan werkzaamheden. Er wordt dan gekeken naar het gemiddeld aantal uren verrichte werkzaamheden gedurende de voorgaande drie maanden. Een oproepcontract wordt dan snel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarvan de beëindiging niet zonder slag en stoot mogelijk is. Als dit alles niet de bedoeling is, bouwt u voor uzelf een vangnet in door tevens uitdrukkelijke afspraken te maken over de duur van het oproepcontract en de eventuele proeftijd.

## **De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd**

Voor u als werkgever verdient het aanbeveling met name bij een arbeidsovereenkomst van langere duur de aard van de te verrichten werkzaamheden ruim te omschrijven. Bij een eventuele reorganisatie is het dan eenvoudiger de functie van de werknemer te veranderen. De werknemer heeft daarentegen belang bij een zo gedetailleerd en nauwkeurig mogelijke beschrijving van de te verrichten werkzaamheden. Hij hoeft dan minder snel genoegen te nemen met een alternatieve functie.

Wist u dat werkgever en werknemer reeds van tevoren afspraken kunnen maken over de financiële gevolgen in geval van het verbreken van de arbeidsovereenkomst? Vooral bij hogere managementfuncties en bij het aantrekken van schaarse arbeidskrachten kan dit een ideaal bindmiddel zijn. Op die manier wordt een eventuele ontslagprocedure voor de werkgever geen onvoorspelbaar financieel kermis. En als werknemer weet je daarmee ook beter waar je bij het einde van de dienstbetrekking aan toe bent.

## **Het arbeidsreglement**

Het arbeidsreglement is bij uitstek de plek om op het eerste oog onschuldige huisregels in vast te leggen. Denk aan de wijze waarop verlofdagen worden vastgesteld. Het wettelijke uitgangspunt is dat u als werkgever aan het opnamevoorstel van de werknemer bent gebonden indien u bij vergissing niet tijdig daarop reageert. In het arbeidsreglement kunt u van dit systeem afwijken door voorafgaande toestemming verplicht te stellen. Denk ook aan de autoregeling indien u aan uw werknemer als deel van de arbeidsbeloning een auto van de zaak ter beschikking heeft gesteld. Het ontbreken van een dergelijke regeling en het doorlopen van de kosten hiervan laten zich vooral voelen indien uw werknemer voor langere tijd uitvalt, bijvoorbeeld bij ziekte of een arbeidsconflict. Vergeet tot slot niet in uw arbeidsovereenkomsten het arbeidsreglement integraal van toepassing te verklaren.

Arbeidsovereenkomsten die voorzien zijn van alle mogelijke toeters en bellen en ook nog eens voldoen aan de wet zijn een geschenk voor alle betrokkenen, te weten werkgever, werknemer, advocaten en rechters. Niet alleen schept het voor de contractspartijen helderheid. Ook bent u dan beter voorbereid als het dan toch onverhoopt komt tot een arbeidsrechtelijk conflict. U vergroot daarmee aanzienlijk de

kans dat u daaruit met zo weinig mogelijk kleerscheuren tevoorschijn komt. Een goed doortimmerd pakket van tevoren overeengekomen arbeidsrechtelijke voorwaarden zal zich met andere woorden gegarandeerd terugverdienen.

Bron: [www.advocaatarbeidsrecht.nl](http://www.advocaatarbeidsrecht.nl)