



ZORGEN OVER DE ZORGEN?

Een onderzoek naar de verdere beperking van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:628 Burgerlijk Wetboek welke voortvloeit uit de Wet Werk en Zekerheid en de gevolgen die dat met zich meebrengt voor de nulurencontracten in de zorgsector.

— **KYRA VAN DENKEN** —
BEGELEIDER: MR. DR. W.G.M. PLESSEN

Zorgen over de zorg?

Universiteit van Tilburg

Opleiding : Master Privaatrecht accent Arbeidsrecht
Afstudeerjaar : Mei 2015
Auteur : Kyra van Denken
ANR : 283550
Studentnummer : U1259215
Begeleider : mr. dr. W.G.M. Plessen
Tweede lezer : mr. dr. S.J. Rombouts

Zorgen over de zorg?

Een onderzoek naar de verdere beperking van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:628 Burgerlijk Wetboek welke voortvloeit uit de Wet Werk en Zekerheid en de gevolgen die dat met zich meebrengt voor de nulurencontracten in de zorgsector.

Kyra van Denken

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave.....	5
Voorwoord.....	9
Lijst van afkortingen	11
Inleiding.....	13
Hoofdstuk 1	15
De loondoorbetalingsverplichting en het daarmee samenhangende rechtsvermoeden	15
1.1. Inleiding	15
1.2. Oude regeling artikel 7:628 BW	15
1.2.1. Geschiedenis.....	15
1.2.2. Bereidheid om bedongen arbeid te verrichten	17
1.2.3. In redelijkheid?.....	17
1.2.4. Contractuele risicoverdeling.....	19
1.3. Rechtsvermoeden artikel 7:610a jo 7:610b BW.....	20
1.3.1. Geschiedenis	21
1.3.2. Voor welke arbeidsrelaties?.....	22
1.3.3. Artikel 7:610a Burgerlijk Wetboek.....	22
1.3.4. Artikel 7:610b Burgerlijk Wetboek.....	23
1.3.5. Weerlegging van het rechtsvermoeden	24
1.3.6. Beroep op rechtsvermoeden artikel 7:610a BW in de praktijk	25
1.3.7. Beroep op rechtsvermoeden artikel 7:610b BW in de praktijk	25
1.4. Oproepcontracten	26
1.4.1 Wat is een oproepcontract?	26
1.4.2 Loondoorbetalingsverplichting en rechtsvermoeden oproepcontract	28
1.5. Deelconclusie	28
Hoofdstuk 2.....	31
De verdere beperking van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting	31
2.1. Inleiding	31
2.2. Wet Werk en Zekerheid	31
2.3. Het nieuwe artikel 7:628 Burgerlijk Wetboek	32
2.3.1. Nieuwe lid vijf.....	32
2.3.2. Nieuwe lid zeven.....	32

2.3.3.	Nieuwe lid acht.....	33
2.4.	Grenzen uitsluiting loondoorbetalingsverplichting.....	35
2.5.	Deelconclusie	36
Hoofdstuk 3.....		37
Oproepovereenkomsten in de sector Zorg.....		37
3.1.	Inleiding	37
3.2	Sector Zorg.....	37
3.3.	Nulurencontract	37
3.4.	Min-maxcontract.....	38
3.4.1.	Definitie min-maxcontract	38
3.4.2.	Rechtsvermoeden arbeidsomvang en min-maxcontract.....	38
3.4.3.	Heersende leer	40
3.5.	Gevolgen voor de praktijk.....	41
3.6.	Deelconclusie	41
Hoofdstuk 4.....		43
Collectieve arbeidsovereenkomsten in de sector zorg.....		43
4.1.	Inleiding	43
4.2.	Doelstelling en maatregelen van de regering	43
4.3.	Collectieve arbeidsovereenkomsten in de zorg	43
4.3.1.	Cao VVT 2014 - 2016	44
4.3.2.	Cao Ziekenhuizen 2011 – 2014	48
4.3.3.	Cao Jeugdzorg 2014 - 2015	52
4.3.4.	Cao Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening 2014 - 2016	53
4.3.5.	Cao GGZ 2011 - 2013	53
4.3.6.	Cao Gehandicaptenzorg 2014 - 2015.....	53
4.3.7.	Cao Ambulancezorg 2013 - 2014	54
4.4.	Overzicht	56
4.5	Sancties.....	57
4.6	Deelconclusie	57
Conclusie		59
Bronnenlijst		63
Literatuur		63
Jurisprudentie		65

Parlementaire stukken	66
Brieven	66
Collectieve arbeidsovereenkomsten	67

Voorwoord

Voldaan! Voldaan voel ik mij nu hier voor u de scriptie 'Zorgen over de zorg?' ligt. Een onderzoek gedaan naar de verdere beperking van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting voortvloeiend uit de Wet Werk en Zekerheid. Deze scriptie is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de opleiding master privaatrecht accent arbeidsrecht aan de Universiteit van Tilburg. Sinds mijn eerste stage in 2010 bij de Rechtbank Midden-Nederland heb ik grote belangstelling voor het arbeidsrecht, omdat hier steeds maatschappelijke en menselijke aspecten aan bod komen. In mijn huidige functie als juridisch medewerker hou ik mij vooral bezig met de veranderingen in het kader van de WWZ. Mede dankzij deze werkzaamheden ben ik tegen dit onderwerp aan gelopen.

Bij deze wil ik graag mijn begeleider, de heer W.G.M. Plessen, enorm bedanken voor zijn fijne begeleiding en voor het opkomen van de belangen van de student tijdens het schrijven van de scriptie. Ook wil ik hem bedanken voor het steuntje in de rug dat hij heeft gegeven tijdens de beginfase van deze scriptie. Ook wil ik mijn collega's bij Van Benthem & Keulen B.V. bedanken voor de momenten dat ik kon sparren over mijn onderzoek. Daarnaast wil ik Rob van Berkel bedanken voor het klaar staan en opvangen van mij tijdens deze periode. Jouw wijze raad en lieve woorden hebben me zeker geholpen.

Kyra van Denken

's-Hertogenbosch, mei 2015.

Lijst van afkortingen

Arbeidsovereenkomst mup	Arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht
BW	Burgerlijk Wetboek
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
Cao VVT	Collectieve arbeidsovereenkomst voor de Verpleeg-, verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg
Cao W&MD	Collectieve arbeidsovereenkomst Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening
ECLI	European Case Law Identifier
HR	Hoge Raad der Nederlanden
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NVZ	Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen
StvdA	Stichting van de Arbeid
VAAN	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland
VVT	Verpleging, verzorging en thuiszorg
WARZO	Wet Arbeid en Zorg
WCAO	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WWZ	Wet Werk en Zekerheid

Inleiding

Hoe belangrijk is werk? Werk is een belangrijk element in het leven van mensen. Het zorgt voor inkomen, maar daarnaast is werk ook goed voor zelfontplooiing, sociale contacten en zorgt werk voor het ontwikkelen van identiteit en eigenwaarde.¹ Ook is werk een vorm van maatschappelijke participatie. Bovenstaande elementen kunnen in gedrang komen wanneer iemand geen zekerheid heeft over het al dan niet hebben van werk. De laatste jaren wordt er steeds meer gebruik gemaakt van flexibele contracten waarbij geen zekerheid bestaat over de arbeidsomvang, danwel over de inkomsten die hieruit voortvloeien.²

In het Sociaal Akkoord van 11 april 2013³ hebben het kabinet en de centrale werkgevers- en werknemersorganisaties elkaar gevonden om tot een nieuw evenwicht te komen tussen flexwerk en vast werk. Volgens het kabinet en de sociale partners neemt het aantal flexwerkers en verschijningsvormen van flexwerk toe. Organisaties hebben namelijk een grote behoefte om tot een snelle aanpassing aan economische ontwikkelingen en conjunctuurschommelingen over te gaan.⁴ Uit dit akkoord vloeit de Wet Werk en Zekerheid voort, welke deels per 1 januari 2015 in werking is getreden. Het andere deel zal per 1 juli 2015 in werking treden. De wet voorziet o.a. in wijzigingen van het zogeheten flexrecht. Flexibiliteit is een belangrijke factor binnen arbeidsverhoudingen. Voor werkgevers is het van belang om het arbeidsaanbod snel in overeenstemming te kunnen brengen met de productie of werkzaamheden.⁵ Voor een werknemer kan flexibiliteit van belang zijn om werk goed te kunnen combineren met het privéleven. Ook kan een flexibel contract fungeren als overstap naar een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.⁶ De inzet van flexibele contracten is een laagdrempelige toegang tot de arbeidsmarkt.⁷ Flexibele contracten worden echter een probleem als werknemers langdurig in onzekerheid verkeren omtrent hun perspectief op de arbeidsmarkt. Een flexibel contract heeft naast het perspectief op de arbeidsmarkt ook als nadeel dat een werknemer ontslagbescherming mist. Dit kan financiële gevolgen hebben voor een werknemer.⁸

Eén van de doelstellingen in het Sociaal Akkoord is om de nulurencontracten aan banden te leggen. Echter, nulurencontracten kennen geen wettelijke basis, maar vinden hun bestaansgrond in het artikel betreffende de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting (artikel 7:628 BW). Door dit artikel aan te passen is de regering van mening dat er nog maar in beperkte vorm gebruik kan worden gemaakt van nulurencontracten. Allereerst is bepaald dat de loondoorbetalingsverplichting alleen mag worden uitgesloten gedurende de eerste zes maanden. Na deze periode kan er alleen een nulurencontract worden afgesloten wanneer het gaat om werkzaamheden die incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen, zoals het verrichten van piekwerkzaamheden. Ook is er een nieuwe mogelijkheid opgenomen in artikel 7:628 lid 8 BW om middels een ministeriële regeling de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting helemaal te beperken, ook voor de eerste zes maanden. Een dergelijke regeling zorgt voor een algeheel verbod op nulurencontracten. Een ministeriële regeling kan op verzoek van de Stichting van de Arbeid (hierna: StvdA) tot stand komen. De stichting heeft bij Sociaal Akkoord al aangekondigd dat zij een dergelijke regeling wenselijk vindt voor de sector zorg.⁹ De stichting is van mening dat het gebruik van de nulurencontracten in de zorg ongewenste vormen heeft aangenomen. Het gebruik van

¹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 1.

² SEO 2013, p. 1 en Dekker e.a. 2012, p. 12.

³ *Kamerstukken II 2012/13*, 33 566, nr. 15.

⁴ *Kamerstukken II 2012/13*, 33 566, nr. 15, p. 8.

⁵ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 4, p. 24.

⁶ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 10.

⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 4.

⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 10.

⁹ *Kamerstukken II 2012/13*, 33 566, nr. 15, p.11.

nulurencontracten is voornamelijk gericht op ontwijken van ontslagbescherming en cao-bepalingen.¹⁰ Door een dergelijke regeling kan het oneigenlijk gebruik van nulurencontracten worden tegengegaan.

Een lange tijd was het uitgangspunt dat er per 1 januari 2015 een algeheel verbod op nulurencontracten in de sector Zorg zou komen. Bij brief van 5 december 2014 heeft de StvdA Minister Asscher echter laten weten dat een ministeriële regeling voorlopig niet nodig is.¹¹ Bij integraal akkoord in de sector Verpleeghuizen, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg (hierna: VVT) zijn er afspraken gemaakt die volgens haar voldoende aansluiten bij het doel van de regering om de nulurencontracten terug te dringen. Volgens de stichting zouden de sociale partners daarom eerst de mogelijkheid dienen te krijgen om het verbod op nulurencontracten zelf bij collectieve arbeidsovereenkomsten te bewerkstelligen door bepalingen gelijk aan de cao VVT op te nemen. Minister Asscher committeert zich aan dit voorstel bij brief van 19 december 2014.¹² De vraag is echter of de sociale partners voor een algeheel verbod op nulurencontracten in de zorg (kunnen) zorgen. Het is van belang om te bekijken of de afspraken zoals deze zijn opgenomen in de cao VVT voldoende aansluiten bij de doelstelling om het gebruik van nulurencontracten terug te dringen.

De rechtspositie van mensen met een flexibele arbeidsrelatie moet volgens het kabinet met de komst van de WWZ worden versterkt. Eén en ander laat zien dat er veranderingen in het verschiet liggen voor de rechtspositie van de zorgmedewerker. Hierbij is het van belang om de oude en nieuwe systematiek van artikel 7:628 BW omtrent de uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht te definiëren en het daarmee samenhangende rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610a jo. 7:610b BW. Daarbij is in het bijzonder van belang of het doel van het kabinet om de nulurencontracten tegen te gaan wordt bewerkstelligd door de maatregelen die de sociale partners (zullen) treffen.

De volgende onderzoeksvraag staat centraal:

“Wat hebben de flexibele zorgmedewerkers in de zorgsector aan de inperking van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:628 Burgerlijk Wetboek met de komst van de Wet werk en zekerheid? Wordt hiermee het beoogde doel van de wetgever om een verbod op de nulurencontracten te bewerkstelligen bereikt? Zijn de door de zorgsector zelf getroffen voorzieningen afdoende om werknemers in de sector zorg te beschermen tegen het onnodig gebruik van nulurencontracten?”

Deze scriptie is op de volgende wijze opgebouwd. In hoofdstuk 1 komt de loondoorbetalingsverplichting zoals deze vóór de komst van de WWZ was geregeld aan bod. In dit hoofdstuk wordt ook het rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst en arbeidsomvang besproken. In hoofdstuk 2 komt de verdere beperking van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting aan bod. Hier wordt ingegaan op de nieuwe bepalingen van de WWZ betreffende de loondoorbetalingsverplichting. In hoofdstuk 3 wordt er specifiek ingegaan op de oproepovereenkomsten in de zorg. Hier wordt bezien of de positie van de flexwerker wordt versterkt. In hoofdstuk 4 komen de collectieve arbeidsovereenkomsten in de sector zorg aan bod. Daar wordt er ingegaan op de vraag of de bepalingen zoals deze nu zijn opgenomen in de cao VVT voldoende aansluiten bij de doelstelling van de StvdA. Ook komt aan bod of mijns inziens de getroffen voorzieningen afdoende zijn om het onnodig gebruik van nulurencontracten in de zorg terug te dringen. Kortom: moeten we ons zorgen maken over de zorg?

¹⁰ Kamerstukken II 2012/13, 33 566, nr. 15, p. 8.

¹¹ Stichting van de Arbeid 2014.

¹² Asscher 2014.

Hoofdstuk 1

De loondoorbetalingsverplichting en het daarmee samenhangende rechtsvermoeden

1.1. Inleiding

Om de verandering in het kader van de WWZ te beoordelen wordt in dit hoofdstuk een toelichting gegeven op de oude regeling ex artikel 7:628 BW. Er wordt ingegaan op alle elementen van dit artikel. Vervolgens worden de wettelijke rechtsvermoedens ex artikelen 7:610a jo 610b BW besproken. De samenhang tussen de loondoorbetalingsverplichting en de wettelijke rechtsvermoedens komt daarbij ook aan bod. Ten slotte wordt er nog ingezoomd op de toepassing van deze rechtsfiguren bij oproepcontracten.

1.2. Oude regeling artikel 7:628 BW

Een belangrijk punt van het loonbeschermingsrecht is de risicoverdeling bij de loondoorbetalingsplicht indien een werknemer zijn arbeid niet kan verrichten.¹³ Loon is de tegenprestatie van arbeid, wat betekent dat indien de werknemer zijn arbeid niet verricht de werkgever niet hoeft na te komen om loon te betalen. Dit volgt ten eerste uit het algemene verbintenissen recht¹⁴ en daarnaast is deze regel ook vastgelegd in boek 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek, namelijk 'geen arbeid, geen loon'.¹⁵ Op deze hoofdregel had de wetgever uitzonderingen geformuleerd, zoals artikel 7:628 lid 1 BW. Deze uitzondering hield in dat de werknemer zijn of haar recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon behield, indien hij de overeengekomen arbeid niet had verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoorde te komen.¹⁶ Verder kent de wet ook nog twee andere uitzonderingen namelijk de verplichting om een gedeelte van de loon bij ongeschiktheid ten gevolge van ziekte gedurende twee jaar door te betalen¹⁷ en een werknemer die gebruik maakt van sommige in de Wet arbeid en zorg (hierna: WARZO) omschreven verlofrechten heeft ook recht op doorbetaling van het loon.¹⁸ De tweede en derde uitzondering worden in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Hierna zal verder worden ingegaan op de uitzondering van artikel 7:628 BW.

1.2.1. Geschiedenis

Om artikel 7:628 BW te begrijpen is het goed om de achtergrond van dit artikel te bespreken. De hoofdregel 'geen arbeid, geen loon' was in 1907 door de wetgever geïntroduceerd in artikel 1638b (oud) BW. In de artikelen 1638c en 1638d waren uitzonderingen hierop geformuleerd namelijk dat bij ziekte het loon doorbetaald moest worden¹⁹ en 'indien de werknemer bereid was den bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, hetzij door eigen schuld of zelfs ten gevolge van een hem persoonlijke betreffende verhindering'²⁰ ook het loon doorbetaald

¹³ Loonstra en Zondag 2014, p. 446.

¹⁴ Artikel 6:262 BW.

¹⁵ Artikel 7:627 BW.

¹⁶ Artikel 7:628 lid 1 BW.

¹⁷ Artikel 7:629 BW.

¹⁸ Deze verlofrechten zijn terug te vinden in de Wet arbeid en zorg (WARZO).

¹⁹ Artikel 1638c (oud) BW.

²⁰ Artikel 1638d (oud) BW.

moest worden. Met persoonlijk betreffende verhindering werd bedoeld een dienstbode of bediende die geen arbeid kon verrichten omdat de werkgever ziek of op vakantie was of wanneer een werkgever zijn of haar bedrijf had gestaakt, terwijl de arbeidsovereenkomst nog niet was beëindigd.²¹ Bij de parlementaire behandeling werd opgemerkt dat bij overmacht de werkgever niet verplicht was om het loon door te betalen.²² Tijdens deze parlementaire behandeling kwam aan bod of de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer niet op een andere wijze moest worden ingevuld bij onmacht, omdat het niet billijk werd geacht dat een werknemer zijn gehele loon mis zou lopen.²³ Er werd een fifty-fifty-verdeling voorgesteld bij amendement, maar dit werd verworpen omdat de financiële gevolgen niet duidelijk waren en het zou inhouden dat de schuldenaar die door overmacht verhinderd zou zijn aan zijn verplichting te voldoen, bevrijd zou zijn van de verplichting tot nakoming.²⁴ Volgens de commissie van rapporteurs, onder voorzitterschap van Drucker, zou het amendement 'een sprong in het duister zijn'.²⁵

In de jaren zeventig wees de Hoge Raad een aantal stakingsarresten waarin de Hoge Raad de artikelen 1638b en 1638d (oud) BW niet langer op zichzelf toetste, maar in onderling verband.²⁶ De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat deze artikelen samen het geval beheersen en dat 1638b niet alleen als hoofdregel gezien kon worden en 1638d als uitzonderingsregel. '*(...) dat een redelijke toepassing van de art. 1638b en 1638d BW meebrengt dat de arbeider zijn aanspraak op loon behoudt, indien de bedongen arbeid – buiten schuld van beide pp. – niet gebruikt kan worden ten gevolge van een omstandigheid die in de verhouding tussen de pp. Meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider.*'²⁷ De Hoge Raad heeft artikel 1638d (oud) BW als een risicoverdeling naar billijkheid willen kwalificeren,²⁸ waardoor de overmachtsleer plaats maakte voor de redelijkheid als criterium voor risicoverdeling. Bij beoordeling van het risico van de werkgever diende vanaf toen een subjectieve afweging en waardering te zijn, in plaats van een objectieve constatering.²⁹ Na deze arresten werd dit risicosferencriterium van de Hoge Raad gehandhaafd door de lagere rechtspraak.³⁰

Deze lijn in de jurisprudentie zorgde op 1 april 1997 voor een codificatie van deze uitspraken in artikel 7:628 BW.³¹ In deze rechtspraak was te zien dat een werknemer ook het recht op loon hield als het verrichten van de arbeid werd verhinderd door overmacht van de werkgever. Volgens de rechters lag dit namelijk meer in de risicosfeer van de werkgever dan in die van werknemers. Door het opnemen van artikel 7:628 BW was er geen materiele wijziging beoogd.³² Artikel 7:628 lid 1 BW ging een toerekening naar redelijkheid bevatten. Dat betekende dat er bij beoordeling telkens diende te worden gekeken of de oorzaak van het niet kunnen werken in redelijkheid voor rekening van de werkgever of voor rekening van de werknemer moest komen. Nu duidelijk is hoe artikel 7:628 BW tot stand is gekomen zal in de volgende paragraaf verder worden ingegaan op de elementen van huidige artikel 7:628 lid 1 BW.

²¹ Bles 1908, p. 2 – 3.

²² Bles 1908, p. 11.

²³ Loonstra en Zondag 2010, p. 159.

²⁴ Loonstra en Zondag 2010, p. 160.

²⁵ Loonstra en Zondag 2010, p. 160.

²⁶ HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 60 (Meijer/De Schelde); HR 21 oktober 1973, *NJ* 1973, 142 (Beurtvaart-, Brand- en Zeeverzekering/Van Dijk); HR 7 mei 1976, *NJ* 1976, 55 (Wielemaker/De Schelde); HR 17 november 1987, *NJ* 1979, 184 (De Raay/Stichting Rijn-Metaal); HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 282 (De Schelde/Wielemaker).

²⁷ HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 60 (Meijer/De Schelde).

²⁸ Loonstra en Zondag 2010, p. 161.

²⁹ Loonstra en Zondag 2010, p. 161.

³⁰ Ktr. Heerenveen 18 april 1995, *JAR* 1996/15; Ktr. Breda 17 april en 29 mei 1996, *Prg.* 1996, 4631.

³¹ *Stb.* 1997, 37.

³² *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25.

1.2.2. Bereidheid om bedongen arbeid te verrichten

De werknemer behield dus op grond van artikel 7:628 lid 1 BW het recht op loon indien de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid voor rekening van de werkgever kwam. Hierbij was het van belang dat het ging om de aard en de omvang van de bedongen arbeid. Ook moest de werknemer in staat zijn om de bedongen arbeid te verrichten. Dit betekende dat de werknemer moest laten blijken dat hij de bedongen arbeid inderdaad zou hervatten indien de werkgever hiertoe de gelegenheid bood.³³ Dit blijkt ook uit de wetsgeschiedenis.³⁴ Echter, dit bereidheidvereiste was niet terug te vinden in de tekst van artikel 7:628 BW. Dit was alleen terug te vinden in de Memorie van Toelichting:

*'Het element van de bereidheid van de werknemer om de arbeid te verrichten was in het voorontwerp, eveneens in aansluiting op artikel 58 van Boek 6 B.W., al niet meer opgenomen. Het was echter niet duidelijk welke rol dat element niettemin speelde, daar in de toelichting op artikel 58 van Boek 6 gesteld is dat verzuim van de schuldeiser pas ontstaat als degene die de verschuldigde prestatie wil verrichten ook bereid en in staat is haar naar behoren te verrichten. In de toelichting bij het voorontwerp werd die vraag niet opgehelderd. Nu in de nieuwe tekst de band met artikel 58 van Boek 6 verbroken is, is die onduidelijkheid opgehelderd. Overigens kan dit element wel aan de orde komen bij de beantwoording van de vraag of het niet-verrichten van de arbeid voor risico van de werknemer komt.'*³⁵

Vaak waren er geschillen over de bereidheid van de werknemer wanneer deze elders in dienst trad. Het enkele feit dat de werknemer elders in dienst trad betekende nog niet dat hij niet bereid was tot het verrichten van de bedongen arbeid.³⁶ Wanneer bereidheid werd aangenomen kon de werknemer in sommige gevallen aanspraak hebben op tweemaal het loon. Hier tegenover stond dat wanneer geen bereidheid werd aangenomen er een dilemma kon ontstaan voor de werknemer. Een werknemer zou dan bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst de gevolgen voor zijn onjuist handelende ex-werkgever beperken. Wanneer een werknemer om deze reden geen nieuwe arbeidsovereenkomst aanging zat de werknemer thuis totdat de arbeidsovereenkomst geldig was geëindigd. Indien de bereidheid *niet* werd aangenomen bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst zou de vernietigbare opzegging van zijn loondoorbetalingsverplichting komen te vervallen. Dit zou een onaanvaardbare inbreuk maken op het ontslagrecht, omdat deze indiensttreding dan automatisch zou leiden tot een einde van de loondoorbetalingsverplichting. Kortom: de bereidheid van een werknemer kwam in beginsel niet te vervallen wanneer hij elders werkzaamheden ging verrichten.

1.2.3. In redelijkheid?

Om artikel 7:628 lid 1 BW toe te passen diende er een toerekening naar redelijkheid plaats te vinden. Dit betekende dat er diende gekeken te worden of de oorzaak voor rekening van de werkgever of van de werknemer diende te komen.³⁷ Een voorbeeld hiervan was wanneer een werkgever geen werk voor handen had voor de werknemer. Dit is een financieel risico van de werkgever en diende dit dus voor zijn rekening te komen. Bij de toerekening naar redelijkheid moest er met twee gezichtspunten rekening worden gehouden, waarvan het eerste gezichtspunt was de objectieve voorzienbaarheid van een gebeurtenis.³⁸ De vraag moest worden gesteld of een bepaalde gebeurtenis in het algemeen voorzienbaar was voor

³³ Loonstra en Zondag 2014, p. 448.

³⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25.

³⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25.

³⁶ HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 207.

³⁷ Loonstra en Zondag 2014, p. 452.

³⁸ Loonstra en Zondag 2010, p. 164.

een goed werkgever. Indien dit het geval was konden deze gebeurtenissen aan de werkgever worden toegerekend.³⁹

Het tweede gezichtspunt was het profijt- en het beïnvloedingsbeginsel. Deze beginselen vloeien voort uit het verbintenissenrecht, namelijk artikelen 6:76 en 6:77 BW welke een invulling geven aan artikel 6:75 BW. Het profijtbeginsel hield in dat de verantwoordelijkheid lag bij diegene die profijt had bij de bepaalde handelingen, bijvoorbeeld wanneer een werkgever een oproepkracht inzette voor bepaalde opdrachten. De werkgever had profijt van de voordelen van een oproepkracht waardoor ook de risico's voor zijn rekening kwamen. Ook wel: 'niet alleen de lusten, maar ook de lasten'.⁴⁰ Het beïnvloedingsbeginsel hield in dat de verantwoordelijkheid lag bij degene die invloed had op het verwezenlijken van het risico. Een voorbeeld hiervan was dat een werkgever het beleid voerde van een onderneming en hij daarom vaak invloed had op de opdrachten/werkzaamheden die binnenkomen.

De volgende elementen konden bij beoordeling van de redelijkheid in overweging worden genomen: persoonlijke oorzaken, verwijtbaar handelen of nalaten, schorsing van de werknemer, voorzienbare gebeurtenissen, exceptionele gebeurtenissen, collectieve acties en/of betwisting arbeidsongeschiktheid.⁴¹ Bij persoonlijke oorzaken kon worden gedacht aan een werknemer die niet op het werk kon verschijnen omdat hij een defecte auto had. Dit kon aan de werknemer worden toegerekend.⁴²

Bij verwijtbaar handelen of nalaten kon worden gedacht aan het overtreden van bepaalde regels, zoals de Arbo- of milieuwetgeving. Wanneer de overheid de onderneming tijdelijk sloot en de werknemers daardoor hun werk niet konden verrichten diende de werkgever het loon door te betalen.⁴³ Wanneer een werknemer gedetineerd was als gevolg van een strafrechtelijke overtreding en daardoor het werk niet kon verrichten was de werkgever in beginsel niet gehouden het loon door te betalen, omdat het ging om verwijtbaar handelen van de werknemer.⁴⁴ Dit was anders wanneer de werkgever de werknemer hiertoe had aangezet.

Daarnaast gold er in beginsel een loondoorbetalingsverplichting wanneer de werkgever besloot om een werknemer op non-actief te stellen, tenzij er in de cao anders was bepaald. Hier was het aan de werkgever te wijten dat de werknemer de arbeid niet verrichtte.⁴⁵

Bij voorzienbare gebeurtenissen werd gedacht aan gebeurtenissen die iemand had moeten voorzien.⁴⁶ In de economische en technische sfeer waren deze omstandigheden bijna altijd toe te rekenen aan de werkgever. De werkgever diende als ondernemer namelijk rekening te houden met veel zaken, zoals aansprakelijkheden bij verkeerde adviezen of onderhoudsbeurten.

Bij exceptionele gebeurtenissen ging het om het stilleggen van een onderneming bij brand, overstroming of ontploffing.⁴⁷ Hier ging het om onvoorzienbare gebeurtenissen, waardoor er doorgaans geen loon verschuldigd was. Hier diende echter genuanceerd naar gekeken te worden. Deze gebeurtenissen lagen namelijk niet in de risicosfeer van de werkgever noch in

³⁹ Loonstra en Zondag 2014, p. 453.

⁴⁰ HR 21 mei 1999, JAR 1999/118.

⁴¹ Loonstra en Zondag 2014, p. 453.

⁴² Loonstra en Zondag 2014, p. 454.

⁴³ Loonstra en Zondag 2014, p. 454.

⁴⁴ Loonstra en Zondag 2014, p. 455.

⁴⁵ Loonstra en Zondag 2014, p. 457.

⁴⁶ Loonstra en Zondag 2014, p. 460.

⁴⁷ Loonstra en Zondag 2014, p. 461.

die van de werknemer. Hierdoor kon betoogd worden dat de werknemer aanspraak kon maken op een deel van het loon.

Bij collectieve acties ging het bijvoorbeeld om staken. Werknemers die bij de staking betrokken waren hadden geen recht op loon. Zij ontvingen doorgaans een uitkering uit de stakingskassen van de vakbonden. Dit lag gecompliceerder voor werknemers die niet meededen aan de staking, maar door de staking hun werk niet konden verrichten. In het arrest Meijer/De Schelde-zaak kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat deze werknemers wel recht op loon hadden.⁴⁸ In het NS-arrest nuanceerde de Hoge Raad dit, namelijk dat de werkgever het loon van alle werknemers mocht korten, ook van degenen die niet aan de actie hadden meegedaan.⁴⁹ In de volgende paragraaf zal verder worden ingegaan op de contractuele risicoverdeling.

1.2.4. Contractuele risicoverdeling

Voor de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid konden werkgevers op eenvoudige wijze een clausule in de arbeidsovereenkomst opnemen betreffende het uitsluiten van de loondoorbetalingsverplichting indien de werkgever geen werk voor handen had. Echter, in de rechtspraak was bepaald dat deze contractuele risicoverdeling wel de toets van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW moest doorstaan.⁵⁰

De regering constateerde dat werkgevers vaak gebruik maakten van de mogelijkheid om alle risico's uit te sluiten, met als resultaat dat een werknemer nimmer loon ontving wanneer er geen werk om handen was om wat voor reden dan ook.⁵¹ Bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid werd deze mogelijkheid om de loondoorbetalingsverplichting contractueel uit te sluiten beperkt.⁵² Vanaf 1999 konden partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:628 lid 5 BW een afwijkende regeling treffen voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. Na deze zes maanden konden er alleen afwijkende regelingen, ten nadele van de werknemer, worden getroffen bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan (lid 7). Artikel 7:628 lid 1 BW zoals deze gold voor 1 januari 2015 was dus deels van semi-dwingend recht, namelijk voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. En daarnaast was dit artikel deels van driekwart-dwingend recht, namelijk voor de periode na de eerste zes maanden.⁵³ Doordat de werkgever de loondoorbetalingsverplichting kon uitsluiten voor de eerste zes maanden kwam het risico bij werknemers te liggen. Op grond van lid zeven kon de loondoorbetalingsverplichting verder worden uitgesloten indien dit bij collectieve arbeidsovereenkomst werd geregeld. Dit betekende dat het loonrisico dus geheel bij de werknemer kon komen te liggen.⁵⁴

Krachtens het zesde lid van artikel 7:628 BW kon de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting in geval van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:668a BW in totaal voor maximaal zes maanden worden overeengekomen. De periode dat een oproepkracht niet werkte telden mee in de keten van artikel 7:668a BW, voor zover deze periodes korter duurden dan drie maanden.⁵⁵ Na drie maanden begon de teller immers opnieuw. Dit betekende dat wanneer oproepen zich opvolgden binnen drie maanden, de uitsluiting van artikel 7:628 lid 5 BW na een periode van zes maanden niet

⁴⁸ HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 6 (Meijer/De Schelde-zaak).

⁴⁹ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS-arrest).

⁵⁰ Loonstra en Zondag 2010, p. 180.

⁵¹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 8.

⁵² Loonstra en Zondag 2014, p. 464.

⁵³ Loonstra en Zondag 2014, p. 464.

⁵⁴ Schraffordt e.a. 2014, p. 90.

⁵⁵ Verhulp 2002, p. 137.

meer van toepassing was.⁵⁶ Dit kon dus ook het geval zijn wanneer er in die periode slechts één maand feitelijk gewerkt was. De keten werd pas doorbroken wanneer iemand zes maanden niet was opgeroepen. Echter, hier dient er een verschil gemaakt te worden tussen een voorovereenkomst en een overeenkomst met uitgestelde prestatieplicht. In hoofdstuk 1.4 wordt verder op deze overeenkomsten ingegaan. Voor nu is het van belang om op te merken dat bij een voorovereenkomst de datum waarop de eerste tijdelijke arbeidsovereenkomst werd gesloten van belang is. Vanaf dit moment ging de teller tikken. Wanneer er dus binnen drie maanden een tweede tijdelijke arbeidsovereenkomst werd gesloten telde deze mee voor de keten. Wanneer het ging om een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht is het van belang om op te merken dat de teller begon te tikken bij de eerste werkdag. Wanneer een werknemer met een dergelijk contract niet werd opgeroepen, ook al was dit voor een periode langer dan drie maanden, zou deze periode mee worden genomen in de keten.

De loondoorbetalingsverplichting kon dus de eerste zes maanden bij individuele arbeidsovereenkomst worden uitgesloten. Hierna kon er bij collectieve arbeidsovereenkomst een verdere uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting worden overeengekomen. Hier was geen limiet aan verbonden. Het was aan de sociale partners overgelaten om hierover te onderhandelen en een akkoord te bereiken. In de parlementaire geschiedenis kwam de vraag aan bod wat de bedongen werkzaamheden waren bij een nulurencontract en of een werknemer met een dergelijk contract een vordering in zou kunnen stellen.⁵⁷ Minister Melkert antwoordde dat een werknemer een beroep kon doen op het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW wanneer was overeengekomen, dat voor de eerste zes maanden de werknemer geen recht op loon had als hij de arbeid niet verrichtte. Hier werd een koppeling gemaakt tussen de loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:628 BW en het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW. Het was niet vanzelfsprekend dat de werknemer dan recht had op loon over periodes waarin hij niet heeft gewerkt, omdat dit rechtsvermoeden ook weerlegt kon worden.

Om ongewenste uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting tegen te gaan had de werknemer dus de mogelijkheid om een beroep op het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst of van de arbeidsomvang te doen. Hierdoor werd de werknemer beschermd wanneer hij structureel werkzaamheden had verricht en opeens niet meer door de werkgever werd opgeroepen. Op deze rechtsvermoedens zal in de volgende paragraaf verder worden ingegaan.

1.3. Rechtsvermoeden artikel 7:610a jo 7:610b BW

Een rechtsvermoeden is een door de wetgever geformuleerde aanname waartegen tegenbewijs openstaat. Dit wil zeggen dat wanneer uit een vaststaand feit een ander niet-vaststaand feit wordt afgeleid er sprake is van een vermoeden welke kan ontzenuwd worden middels tegenbewijs.⁵⁸ Een vermoeden is in ons rechtstelsel geen bewijsmiddel, maar een manier van redeneren die leidt tot het aannemen van bepaalde rechtsgevolgen.⁵⁹ Een werknemer die van mening is dat hij een arbeidsovereenkomst heeft, dient de elementen van artikel 7:610 BW (arbeid, loon en gezagsverhouding) te stellen en zondig te bewijzen.⁶⁰ Met de komst van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid op 1 januari 1999 werden een tweetal rechtsvermoedens geïntroduceerd betreffende de aard van de arbeidsovereenkomst en de omvang van de arbeidsovereenkomst.⁶¹ Deze figuren werden

⁵⁶ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D.15 - 11.

⁵⁷ *Handelingen I* 1997/98, nr. 29, p. 1515.

⁵⁸ Snijders e.a. 2007, p. 224.

⁵⁹ Asser 1992, p. 27.

⁶⁰ Alt 2009, p. 18.

⁶¹ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D.5 – 43.

voorgesteld om schijnconstructies tegen te gaan en de rechtszekerheid en processuele positie van de werknemer te verbeteren.⁶²

1.3.1. Geschiedenis

De invoering van rechtsvermoedens in het Burgerlijk Wetboek was al eerder voorgesteld. In het Voorontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van 1972 dook namelijk onverwacht de wens op om een 'wederlegbaar rechtsvermoeden' in de wet op te nemen.⁶³ Dit idee kwam van Levenbach door zijn geconstateerde moeilijkheden in de praktijk. Deze moeilijkheden gaven naar zijn mening aanleiding om een beperkte aanvulling aan het artikel dat de definitie van de arbeidsovereenkomst bevatte, toe te voegen. Met moeilijkheden werd volgens De Laat bedoeld op de onbevredigende rechtspraak die er tussen 1909 en 1972 was geweest betreffende het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁶⁴ Voor de invoering van deze rechtsvermoedens was het aan de werknemer om te stellen en aannemelijk te maken dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. In 1993 concludeerde het toenmalige kabinet dat het niet nodig was om deze figuren op te nemen.⁶⁵ Dit probleem zou zichzelf oplossen in de jurisprudentie. Het kabinet wilde deze discussies aan rechters over laten.

De Stichting van de Arbeid kon zich hier niet in vinden en verlangde codificatie van de jurisprudentie betreffende de rechtsvermoedens.⁶⁶ Er was namelijk duidelijk een lijn in de jurisprudentie te zien dat contracten 'schijn voor wezen' beoogden. In de jurisprudentie kwam naar voren dat een oorspronkelijk contract moest wijken voor de feitelijke invulling die beide partijen aan de arbeidsrelatie gaven. Het deed zich voor dat een werknemer gedurende een zekere tijd bepaalde aantal uren had gewerkt maar er geen arbeidsovereenkomst was afgesloten, of er was overeengekomen dat zou worden uitgegaan van een contract op basis van nul uren.⁶⁷ De komst van de rechtsvermoedens beoogde geen materiële wijziging van de inhoud van het recht, maar een codificatie van de jurisprudentie om daarmee duidelijkheid te scheppen in de wet zelf.⁶⁸ De wetgever had drie doelen voor ogen bij de introductie van deze figuren, namelijk een verwacht preventief effect op werkgevers, vermijden van schijnconstructies en verlichting van de bewijslast van werknemers.⁶⁹

De rechtsvermoedens zijn voornamelijk bewijsartikelen. Tot de komst van deze artikelen was het aan de werknemer om het bestaan van een arbeidsovereenkomst te bewijzen door aan te tonen dat er was voldaan aan de vereisten van artikel 7:610 BW.⁷⁰ Door de komst van het rechtsvermoeden hoefde de werknemer alleen aan te tonen dat er was voldaan aan het bepaalde in artikel 7:610a of 7:610b BW. Het was dan vervolgens aan de werkgever om aan te tonen dat er niet was voldaan aan de vereisten van artikel 7:610 BW. Dit betekende dat wanneer een werknemer aan kon tonen dat hij voor iemand werkte, er werd geacht een arbeidsovereenkomst te bestaan. Door de komst van deze figuren had een werknemer 'slechts' een stelplicht en had de werkgever de last om tegenbewijs te leveren. De werkgever diende vervolgens aan te tonen dat er geen arbeidsovereenkomst bestond. Kortom: deze rechtsvermoedens gaven de werknemer een steuntje in de rug, namelijk dat de bewijslast werd omgedraaid. Met deze rechtsvermoedens kon er duidelijkheid worden

⁶² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 5.

⁶³ Meijers 1972, p. 1040.

⁶⁴ De Laat 2006, p. 4

⁶⁵ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D.5 – 43.

⁶⁶ Nota Flexibiliteit en Zekerheid, 3 april 1996, Publikatiernr. 2/96, p. 27.

⁶⁷ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D.5 – 43.

⁶⁸ Nota Flexibiliteit en Zekerheid, 3 april 1996, Publikatiernr. 2/96, p. 28.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 1996/76, 25 263, nr. 3, p. 5.

⁷⁰ Loonstra en De Jong 2014, p.244.

verschafft in arbeidsverhoudingen waar, al dan niet bewust, bepaalde elementen uit de arbeidsrelatie onduidelijk waren.⁷¹

1.3.2. Voor welke arbeidsrelaties?

De rechtsvermoedens zijn bedoeld voor arbeidsrelaties ten aanzien waarvan er onduidelijkheid bestaat omtrent de aard van de arbeidsrelatie en de omvang van de arbeidsduur.⁷² Indien er geen onduidelijkheid bestaat over de arbeidsrelatie zal er geen beroep worden gedaan op deze rechtsvermoedens.⁷³ Maar wanneer er in beginsel geen wil was om een arbeidsovereenkomst af te sluiten, bijvoorbeeld bij een freelancer, kan er alsnog een beroep worden gedaan op het rechtsvermoeden ex artikel 7:610a BW. Ondanks dat zij geen arbeidsovereenkomst hebben afgesloten kan de feitelijke invulling van de arbeidsrelatie er toe leiden dat er wel een arbeidsovereenkomst bestaat, namelijk wanneer er sprake is van arbeid, loon en gezag. De rechtsvermoedens zijn gecreëerd voor de 'zwakkere arbeidsmarktpartij', welke in een afhankelijke positie van de werkgever staat. Hierbij moet dus vooral gedacht worden aan oproepovereenkomsten en een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.⁷⁴

Het beroep op het wettelijke rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW staat volgens Verhulp⁷⁵ en Boot⁷⁶ open voor zowel de werknemer als de werkgever, omdat in de Memorie van Toelichting namelijk gesproken wordt over de 'meest gereede partij'. Indien het artikel slechts was geschreven voor de werknemer, was hier niet voor deze benaming gekozen.

De rechtspraak laat een ander standpunt zien. De kantonrechter Rotterdam⁷⁷ en Utrecht⁷⁸ oordeelden dat derden (zoals werkgevers) zich niet op het rechtsvermoeden kunnen beroepen, omdat het rechtsvermoeden in de wet is opgenomen ter bescherming van de 'zwakkere partij'. Loonstra en De Jong sluiten zich bij dit standpunt aan. Zij zijn ook van mening dat het rechtsvermoeden dient ter bescherming van de 'zwakkere partij' en dus niet van de werkgever die een duidelijk sterkere positie heeft dan een werknemer.⁷⁹ Het doel van artikel 7:610a BW is dus om de werknemer bescherming te bieden en kan mijns inziens niet worden ingeroepen door de werkgever. Dit rechtsvermoeden kan van belang zijn bij een oproepcontract betreffende nul uren, omdat er dan geen duidelijkheid bestaat over de omvang van de arbeidsduur doordat er bijvoorbeeld sprake is van fluctuaties in de arbeidsduur. Echter, dit rechtsvermoeden is niet van belang bij een deeltijdarbeidsovereenkomst.⁸⁰

1.3.3. Artikel 7:610a Burgerlijk Wetboek

*'Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.'*⁸¹

In dit artikel is het weerlegbaar rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst opgenomen. Dit rechtsvermoeden ontstaat indien de werknemer erin slaagt aannemelijk te maken dat hij:

⁷¹ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D.5 – 43.

⁷² *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 6, p. 5.

⁷³ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D.5 - 51.

⁷⁴ Grijpstra e.a. 1999, p. 34.

⁷⁵ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 22.

⁷⁶ Boot 1997, p. 198.

⁷⁷ Ktr. Rotterdam 14 augustus 2002, *JAR* 2002/217.

⁷⁸ Ktr. Utrecht 23 februari 2000, *JAR* 2000/57.

⁷⁹ Loonstra en De Jong 2014, p. 249.

⁸⁰ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D.5 - 51.

⁸¹ Artikel 7:610a BW.

- drie opeenvolgende maanden heeft gewerkt ten minste twintig uur per maand;
- tegen beloning;
- ten behoeve van degene die de beloning heeft betaald.

Indien de werknemer hierin slaagt dan is het aan de werkgever om dit rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst te ontzenuwen middels tegenbewijs door bijvoorbeeld aan te tonen dat er geen sprake is van een gezagsverhouding.⁸² Het enkele feit dat de werknemer een contract heeft ondertekend dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst is niet voldoende om het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW te ontzenuwen. Alvorens tot een beoordeling van de vraag te komen of er voldaan is aan de indicatoren van dit artikel moet er gekeken worden wat partijen voor ogen hadden bij het sluiten van een overeenkomst.⁸³ De eerste stap van de kwalificatie is wat partijen zijn overeengekomen met elkaar. Hier moet naar de letterlijke tekst worden gekeken. Wanneer partijen hierover twisten dient er gekeken te worden naar de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst en wat zij hadden mogen afleiden uit elkaars uitlatingen en gedragingen (Haviltex-criterium).⁸⁴ De rechter zal vervolgens in zijn beoordeling alle feiten en omstandigheden moeten meenemen om tot een uitleg van een overeenkomst te komen.⁸⁵ Indien de werknemer er in slaagt om aan de voorwaarden van artikel 7:610a BW te voldoen, wordt het vermoeden gecreëerd dat er sprake is van een gezagsverhouding, en dat degene waarvoor de werknemer werk verricht loon moet betalen.⁸⁶ Er bestaat dan een wettelijk rechtsvermoeden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, oftewel artikel 7:610a BW ontnemt de onduidelijkheid ten aanzien van het element *gezagsverhouding*.⁸⁷ Daarbij is van belang om op te merken dat wanneer een werknemer niet voldoet aan de criteria van artikel 7:610a BW dit niet betekent dat er geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. De werknemer kan alsnog een beroep doen op artikel 7:610 BW door te stellen en zonodig te bewijzen dat er sprake is van *loon*, *arbeid* en een *gezagsverhouding*.⁸⁸ Dit betekent dus ook dat de opdrachtgever/werkgever artikel 7:610a BW niet kan gebruiken om een arbeidsovereenkomst te ontkennen.⁸⁹

1.3.4. Artikel 7:610b Burgerlijk Wetboek

‘Indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, wordt de bedongen arbeid in enige maand vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden.’⁹⁰

In dit artikel is het weerlegbaar rechtsvermoeden voor de omvang van de arbeid opgenomen. Dit artikel beoogt houvast te bieden bij fluctuaties van de arbeidsduur in de situatie dat de arbeidsomvang niet of onduidelijk is overeengekomen.⁹¹ Ook geeft het artikel houvast in de situatie dat er sprake is van structureel overwerk.⁹² Betreffende de bewijslast gelden dezelfde regels als voor artikel 7:610a BW. Indien er sprake is van seizoensgebonden werk kan de werkgever het rechtsvermoeden ontzenuwen door een meer representatieve referentieperiode aan te wijzen.⁹³ Meestal zal bij seizoensgebonden werk gekozen worden voor een referentieperiode van een jaar. Ook indien de werkgever erin slaagt

⁸² Alt 2009, p. 18.

⁸³ HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (Diosynth/Groot).

⁸⁴ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

⁸⁵ Alt 2009, p. 19.

⁸⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 22.

⁸⁷ Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 73.

⁸⁸ Van der Wiel-Rammeloo 2008, p. 73.

⁸⁹ Ktr. Utrecht 23 februari 2000, JAR 2000/57.

⁹⁰ Artikel 7:610b BW.

⁹¹ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 22 – 23.

⁹² Van de Wiel-Rammeloo 2008, p. 74.

⁹³ Van de Wiel-Rammeloo 2008, p. 74.

om aan te tonen dat de overuren van tijdelijke aard waren zal dit voldoende zijn om het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW te ontzenuwen.

Een rechtsvermoeden inzake de omvang van arbeid zal met name van belang zijn bij arbeidsovereenkomsten met een uitgestelde prestatieplicht. Dit is een vorm van een oproepcontract waarbij er geen eenduidige afspraak is gemaakt betreffende de omvang van de arbeid.⁹⁴ Ter verduidelijking wordt hier een voorbeeld geschetst. Een werkgever heeft een aantal oproepkrachten in dienst op basis van een oproepcontract met uitgestelde prestatieplicht. Deze hebben gemiddeld 20 uur in de week gedurende de afgelopen vijf maanden gewerkt. Na deze vijf maanden is er niet voldoende werk meer voor alle oproepkrachten en worden zij nog maar 10 uur per week opgeroepen. Middels het rechtsvermoeden inzake de arbeidsomvang kan een oproepkracht aantonen dat hij een gemiddelde arbeidsomvang van 20 uur per week heeft. Indien het beroep op dit rechtsvermoeden slaagt dient de werkgever de oproepkracht voor 20 uur te werk te stellen, althans salaris op basis van 20 uur te betalen. Daarbij dient opgemerkt te worden dat voor het vaststellen van de arbeidsomvang ook de uren worden meegeteld waarvoor een werknemer is ingeroosterd maar wegens ziekte tijdens deze uren geen arbeid heeft kunnen verrichten.⁹⁵

1.3.5. Weerlegging van het rechtsvermoeden

Zowel artikel 7:610a BW als 7:610b BW bevatten een weerlegbaar rechtsvermoeden. Dit betekent dat wanneer er wordt voldaan aan de stelplicht betreffende deze artikelen er slechts een vermoeden bestaat, en het de wederpartij is toegestaan om dit vermoeden te ontzenuwen. Het is uitdrukkelijk in de wetsgeschiedenis opgenomen dat het rechtsvermoeden geen inbreuk maakt op de vrijheid van de meest gerede partij om tegenbewijs te leveren dat het rechtsvermoeden niet op de relatie van toepassing is. Tevens behoudt de rechter de bevoegdheid de bewijslast om te draaien ook wanneer er niet wordt voldaan aan de criteria voor een rechtsvermoeden.⁹⁶ Het enkele feit dat partijen de tot stand gekomen overeenkomst niet als arbeidsovereenkomst bestempelen, is niet voldoende om het rechtsvermoeden te weerleggen.⁹⁷

In het arrest Groen/Schoevers⁹⁸ heeft de Hoge Raad twee manieren gegeven hoe het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW weerlegd kan worden, namelijk:

- dat partijen bij het sluiten van een overeenkomst een dergelijk contract niet voor ogen stond en dat zij ook niet feitelijk zodanige uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven;
- dat partijen in beginsel een arbeidsovereenkomst voor ogen stond, maar dat de feitelijke uitvoering daarvan geen blijk geeft.

Dit betekent dat de werknemer bij een weerlegging van het rechtsvermoeden nog altijd gemotiveerd in dient te gaan op de door de werkgever aangedragen feiten. Hij zal dan ook feiten en omstandigheden moeten aanvoeren die de juistheid van de stellingen van de werkgever in twijfel trekken. Dit betekent dat wanneer de werkgever aan zijn stel- en bewijsplicht voldoet dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, de werknemer in reactie daarop met een gemotiveerde gelijkwaardige betwisting moeten komen.⁹⁹

⁹⁴ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D.5 - 70.

⁹⁵ Ktr. Zierikzee 17 december 1999, *JAR* 2000/23 en Ktr. Utrecht 14 januari 2009, *LJN* BG9544.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 23.

⁹⁷ Loonstra en De Jong 2014, p. 246.

⁹⁸ HR 14 november 1997, *JAR* 1997/17 (Groen/Schoevers).

⁹⁹ Loonstra en De Jong 2014, p. 247.

1.3.6. Beroep op rechtsvermoeden artikel 7:610a BW in de praktijk

Wanneer er een aanname van een arbeidsovereenkomst is op grond van de wettelijke elementen *beloning*, *arbeid* en *ten behoeve van een ander van belang* is er nog niet alles gezegd over de echte typische elementen zoals *arbeid*, *loon* en *gezag*.¹⁰⁰ Volgens De Laat wordt er door de weerlegbaarheid tegenstand uitgelokt, waardoor de werkgever bij een vermoeden van een arbeidsovereenkomst niet meer rustig kan wachten totdat de werknemer voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er een arbeidsovereenkomst bestaat.¹⁰¹

In de afgelopen vijftien jaren is er geen groot verschil te zien tussen een geslaagd beroep op artikel 7:610a BW en een geslaagde weerlegging hiervan. In een aantal uitspraken slaagde de werkgever er niet in om het rechtsvermoeden te weerleggen en was er dus sprake van een arbeidsovereenkomst.¹⁰² Een in het oog springende uitspraak waar er sprake was van een geslaagd beroep op het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst was deze tussen de Universiteit van Amsterdam en een beurspromovendus.¹⁰³ Het betalen van een studiebeurs werd gezien als loon en het schrijven van een proefschrift werd gezien als productieve arbeid ten behoeve van de universiteit. Daarnaast slaagde de Universiteit van Amsterdam er niet in om de gezagsverhouding te ontzenuwen.

Ook werkgevers slaagden in een succesvolle weerlegging van het beroep op rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst.¹⁰⁴ Een in het oog springende uitspraak waar de werkgever erin slaagde om het rechtsvermoeden te weerleggen was de zaak van de slipcursusinstructrice en de ANWB. Het doorslaggevende feit was dat de instructrice niet verplicht was aan oproepen gehoor te geven.¹⁰⁵ Hierdoor was er geen sprake van een gezagsrelatie.

1.3.7. Beroep op rechtsvermoeden artikel 7:610b BW in de praktijk

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een beroep op rechtsvermoeden vooral beoogt houvast te bieden in twee situaties:

1. de situatie waarin de omvang van de arbeid niet of niet duidelijk is overeengekomen;
2. de situatie waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur.

In de meeste gevallen wanneer er in de afgelopen vijftien jaar een beroep werd gedaan op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW was er sprake van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht (ook wel: nulurencontract) of een min/maxcontract. In de situatie dat er tussen partijen geen omvang betreffende de arbeidsduur was overeengekomen (zoals bij een nulurencontract) werd een beroep op artikel 7:610b BW vaak toegewezen door rechters. Hierbij was het van belang dat partijen geen flexibele inzet voor ogen hadden bij het aangaan van een overeenkomst, maar dat de werkgever zo min

¹⁰⁰ De Laat 2006, p. 7.

¹⁰¹ De Laat 2006, p. 7.

¹⁰² Ktr. Rotterdam 14 augustus 2002, *JAR* 2005/20, Ktr. Nijmegen 12 november 2004, *JAR* 2005/20, Hof Arnhem 19 juli 2009, *JAR* 2010/68, Ktr. Groningen 15 december 2009 *JAR* 2010/27, Ktr. Haarlem 13 januari 2010 *LJN* BL0825 en HR 11 februari 2011 *JAR* 2011/75.

¹⁰³ HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119.

¹⁰⁴ Ktr. Amsterdam 16 juni 2000 *JAR* 2000/167, Hof 's-Gravenhage 2 juli 2004 *JAR* 2004/285, Hof Arnhem 15 augustus 2006 *JAR* 2006/240, Hof Den Bosch 21 april 2009 *JAR* 2009/144, Hof Amsterdam 9 juni 2009 *JAR* 2009/180, Hof Leeuwarden 7 juli 2009 *LJN* BJ1925 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013 *JAR* 2013/157.

¹⁰⁵ HR 15 september 2006 *JAR* 2006/244.

mogelijk risico wilde lopen om loon door te moeten betalen bij het niet voor handen hebben van werk. Het artikel is in het leven geroepen om aan de werknemer een zekerheid te bieden van een gemiddeld aantal uren op basis waarvan hij aanspraak kan maken op loon.¹⁰⁶ Een beroep op het rechtsvermoeden van de omvang arbeidsduur werd dan ook sneller toegewezen indien de werkelijke arbeidsduur niet overeen kwam met de gemaakte afspraken tussen partijen.¹⁰⁷

Echter, een beroep op het rechtsvermoeden is niet gemakkelijk voor elke werknemer. Ten eerste had niet elke werknemer weet van het feit dat hij of zij een beroep kon doen op het rechtsvermoeden. Ten tweede diende dit gevraagd te worden aan de werkgever en wanneer deze hier niet mee akkoord ging, moest de werknemer een procedure aanhangig maken. In de praktijk zal dit vaak op problemen stuiten, omdat een werknemer zijn of haar baan niet kwijt wil. Door een procedure tegen de werkgever te starten kan de angst bestaan om de baan te verliezen. Het gevaar ligt namelijk op de loer dat er een arbeidsconflict kan ontstaan.

Wanneer het ging om een min-maxcontract waren rechters van mening dat een fluctuerende arbeidsomvang een kenmerk vormde voor een dergelijke overeenkomst en was dit dan ook een reden om het beroep op artikel 7:610b BW af te wijzen. Bij een min-maxcontract was er een omvang van de arbeidsduur overeengekomen, namelijk een minimale en maximale omvang. Deze kon echter variëren tussen het minimum en maximum aantal uren, maar de omvang was in principe duidelijk. Hierdoor werd dus niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:610b BW dat de omvang van de arbeid *niet of niet duidelijk* was vastgesteld. Dit betekende dat er bij een min-maxovereenkomst in beginsel dus geen beroep kon worden gedaan op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. De kantonrechter Zutphen oordeelde in 2006 dat bij een marge van 20 tot 32 uur per week, de arbeidsduur eenduidig was overeengekomen en werd het beroep op rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW niet gehonoreerd.¹⁰⁸ Echter, een beroep op rechtsvermoeden kon bij een min-maxovereenkomst wel kans van slagen hebben wanneer de arbeidsomvang structureel hoger was dan het maximum aantal overeengekomen arbeidsuren. De onderbouwing van de rechters laat zien dat zij van mening waren dat partijen zich bij het aangaan van de overeenkomst bewust waren van de flexibele inzet. Ook hadden partijen op deze wijze uitvoering gegeven aan de arbeidsovereenkomst.¹⁰⁹ Hierop wordt verder ingegaan in hoofdstuk drie.

1.4. Oproepcontracten

Hieronder zal specifiek worden ingegaan op oproepcontracten. Hierbij zullen de hierboven besproken arbeidsrechtelijke beschermingsmaatregelen die zijn getroffen bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid voor de oproepcontracten aan bod komen.

1.4.1 Wat is een oproepcontract?

Er is geen wettelijke definitie van een oproepovereenkomst.¹¹⁰ Bij een oproepovereenkomst gaat het om een overeenkomst waarbij de vastlegging van vaste werktijden ontbreekt en

¹⁰⁶ Ktr. Haarlem 15 juni 2010, *JAR* 2010/185.

¹⁰⁷ Ktr. Haarlem 27 februari 2012, *LJN:BW1148*, Ktr. Arnhem 14 november 2011, *LJN:BU4371*, Ktr. Groningen 5 oktober 2011, *LJN:BU0326*, Ktr. Haarlem 13 januari 2010, *LJN:BL0825*, Ktr. Wageningen 25 november 2009 *LJN:BK5474*, Ktr. Zaandam 12 februari 2009, *Prg.2009/51*, Ktr. Groningen 15 februari 2007, *LJN:BA6745*, Ktr. Zwolle 4 oktober 2005, *JAR* 2005/244.

¹⁰⁸ Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, *JAR* 2006/257.

¹⁰⁹ Ktr. Middelburg 27 oktober 2008, *RAR* 2010/59, Ktr. Nijmegen 7 september 2007, *Prg.* 2007/152, Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, *JAR* 2006/257, Ktr. Alkmaar 4 mei 2005, *RAR* 2006/162, Hof Leeuwarden 19 april 2006, *RAR* 2006/89, Hof 's-Gravenhage 20 januari 2006 *RAR* 2006/257.

¹¹⁰ Loonstra en Zondag 2010, p. 124.

waarbij het verrichten van arbeid pas plaatsvindt nadat de werkgever de oproepkracht heeft opgeroepen.¹¹¹ In de sectoren zorg, maatschappelijke dienstverlening, horeca en detailhandel wordt veelvuldig gebruik gemaakt van dergelijke contracten. Voor de werkgever is een oproepcontract voordelig bij ziekte of vakantie van vaste werknemers of bij piekperiodes van de onderneming.¹¹² Zij kunnen door oproepcontracten de arbeidsorganisatie flexibel houden. De voorkeur van werknemers gaat niet altijd uit naar een oproepcontract. In sommige gevallen kan een oproepcontract gunstig zijn, zoals bijvoorbeeld voor studenten. Wanneer zij een drukke periode op school hebben kunnen zij vragen om een week niet ingeroosterd te worden, waardoor zij zich kunnen richten op de studie. In overleg met de werkgever kan de werknemer aangeven dat hij een week niet opgeroepen wil worden om zo een drukke week op school op te vangen. Wanneer er sprake is van een nulurencontract kan een werkgever hiermee akkoord gaan, omdat hij dan niet de verplichting heeft om de werknemer door te betalen ex artikel 7:628 BW. Echter, in veel situaties is een oproepcontract niet voordelig voor werknemers omdat zij hierdoor geen inkomenszekerheid hebben. De reden van het gebruik maken van een dergelijk contract is vaak gelegen in het feit dat er geen reguliere arbeidsplaatsen te verkrijgen zijn.¹¹³

Er zijn twee typen oproepcontracten: de voorovereenkomst en de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Een voorovereenkomst is geen arbeidsovereenkomst, deze gaat namelijk vooraf aan een arbeidsovereenkomst. Een voorovereenkomst is een intentieverklaring van de werkgever en de werknemer voor het in de toekomst aangaan van een arbeidsovereenkomst.¹¹⁴ Wanneer er gehoor wordt gegeven aan een oproep ontstaat er een arbeidsovereenkomst voor meestal de duur van de oproep.¹¹⁵ De voorwaarden van de oproep, worden in de voorovereenkomst opgenomen. Bij een dergelijke overeenkomst is de oproepkracht niet verplicht om gehoor te geven aan de oproep, maar de werkgever is ook niet verplicht om de werknemer op te roepen.¹¹⁶ Bij een voorovereenkomst is geen van beide partijen gebonden om een arbeidsovereenkomst tot stand te brengen.¹¹⁷

Een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht (hierna: arbeidsovereenkomst mup) is een arbeidsovereenkomst die partijen voor een bepaalde of onbepaalde tijd sluiten, maar de te leveren prestatie – het verrichten van arbeid – uitstellen tot het moment dat de werkgever de werknemer oproept tot het verrichten van arbeid.¹¹⁸ Bij een arbeidsovereenkomst mup dient een werknemer wel gehoor te geven aan de oproep, omdat er anders geen sprake is van een *gezagsverhouding* betreffende de elementen van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Het verschil met een gewone arbeidsovereenkomst is dat de arbeidsduur niet is vastgelegd, deze wordt per oproep vastgelegd bij een arbeidsovereenkomst mup. Een dergelijke arbeidsovereenkomst wordt ook wel een nulurencontract genoemd. Ook vallen de min-maxcontracten onder de arbeidsovereenkomst mup. Bij een min-maxcontract wordt er ten opzichte van een nulurencontract het verschil gemaakt dat het aantal uren wordt afgesproken, namelijk het minimaal aantal uren waarvoor hij zal worden opgeroepen en de werkgever in ieder geval loon door moet betalen.¹¹⁹ Binnen deze marge kan de arbeidsomvang fluctueren.

Er was een stijgende lijn te zien in de afgelopen decennia met betrekking tot de hoeveelheid oproepcontracten, maar de komst van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid heeft gezorgd voor

¹¹¹ Loonstra en Zondag 2010, p. 124.

¹¹² Loonstra en Zondag 2010, p. 124.

¹¹³ Loonstra en Zondag 2010, p. 124.

¹¹⁴ Van Grinsven e.a. 2011, p. 69.

¹¹⁵ Loonstra en Zondag 2010, p. 129.

¹¹⁶ Verhulp e.a. 2002, p. 115.

¹¹⁷ Van Genderen e.a. 2010, p. 16 – 17.

¹¹⁸ Loonstra en Zondag 2010, p. 125.

¹¹⁹ Van Drongelen en Fase 2013, p. 59.

een trendbreuk door meer bescherming in de wet op te nemen voor flexibele arbeidskrachten.¹²⁰

1.4.2 Loondoorbetalingsverplichting en rechtsvermoeden oproepcontract

De Wet Flexibiliteit en Zekerheid beoogde arbeidsrechtelijke bescherming voor de flexibele arbeidskrachten. Daarom werden de rechtsvermoedens ex artikel 7:610a en 7:610b BW geïntroduceerd¹²¹, werd de uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht beperkt¹²² (artikel 7:628 lid 5 BW) en werd er een minimaanspraak op loon na een oproep ex artikel 7:628a BW in de wet opgenomen.¹²³

Bij een arbeidsovereenkomst mup ontstond er na drie contracten voor bepaalde tijd een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op grond van artikel 7:668a BW. Indien dit het geval was dan was het de vraag hoe de inhoud van deze arbeidsovereenkomst luidde. Hoe zat het met de omvang van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd? Hier kon de werknemer een beroep doen op de wettelijke rechtsvermoedens van de artikelen 7:610a jo. 7:610b BW. De oproepkracht had de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 7:610a BW met de vordering dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst, gezien de feitelijke uitvoering die partijen eraan gaven. Indien de werknemer erin slaagde om aan te tonen dat er een arbeidsovereenkomst bestond kon hij een beroep doen op het rechtsvermoeden betreffende de omvang van de arbeidsovereenkomst ex. artikel 7:610b BW. Met de komst van de wettelijke rechtsvermoedens werd het doel behaald om de werknemers met een oproepcontract meer bescherming te bieden.

Na de komst van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid werd er in de praktijk veel gebruik gemaakt van een uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting in cao's ex artikel 7:628 lid 7 BW. Hierdoor konden werkgevers dus nog steeds de loondoorbetalingsverplichting uitsluiten, maar alleen met toestemming van de vakbonden. Hierdoor werd het probleem van de langdurige inkomensonzekerheid van een oproepkracht niet geheel verholpen.¹²⁴

1.5. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is in beeld gebracht wat de achtergrond van de loondoorbetalingsverplichting en de wettelijke rechtsvermoedens is. Bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid was er al een poging gedaan om de rechtsbescherming van flexibele werknemers te verbeteren. In artikel 7:628 lid 5 BW was de mogelijkheid om de loondoorbetalingsverplichting uit te sluiten beperkt tot de eerste zes maanden van een arbeidsovereenkomst, maar deze termijn kon worden opgerekt in de collectieve arbeidsovereenkomst ex 7:628 lid 7 BW. Door deze uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting hadden werknemers met een oproepcontract nog steeds een langdurige inkomensonzekerheid.

Door de mogelijkheid die gecreëerd is om een beroep op het rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsomvang te doen, kon de ongewenste uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting tegen worden gegaan. Hierdoor werd de werknemer beschermd wanneer hij structureel werkzaamheden had verricht en opeens niet meer door de werkgever werd opgeroepen. De wettelijke rechtsvermoedens waren bedoeld voor arbeidsrelaties waarin geen duidelijkheid bestond over het bestaan van een arbeidsovereenkomst of over de omvang van de arbeidsduur. Dit zijn voornamelijk

¹²⁰ Bergwerf e.a. 2009, p. 4 – 16.

¹²¹ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 3.

¹²² *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 6.

¹²³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 5.

¹²⁴ *Kamerstukken II 2013/14*, 23 818, nr. 3, p. 19.

bewijsartikelen. Tot de komst van deze artikelen was het aan de werknemer om het bestaan van een arbeidsovereenkomst te bewijzen door aan te tonen dat er was voldaan aan de vereisten van artikel 7:610 BW. Door de komst van het rechtsvermoeden hoefde de werknemer 'slechts' aan te tonen dat er was voldaan aan het bepaalde in artikel 7:610a of 7:610b BW. Het was dan vervolgens aan de werkgever om aan te tonen dat niet was voldaan aan de vereisten van artikel 7:610 BW. Deze rechtsfiguren waren in de wet opgenomen om de rechtszekerheid en processuele positie van de werknemer te verbeteren. Gezien de praktijk is er door de komst van de wettelijke rechtsvermoedens meer zekerheid gecreëerd voor de flexibele werknemers met een nulurencontract. De praktijk laat zien dat rechters een beroep op het rechtsvermoeden betreffende de arbeidsomvang bij nulurencontracten vaak toewezen. Hierbij was het van belang dat partijen geen flexibele inzet voor ogen hadden bij het aangaan van een overeenkomst. Daarnaast was de reden van de werkgever voor het sluiten van een dergelijk contract erin gelegen dat hij zo min mogelijk risico zou lopen betreffende de loondoorbetaling bij het niet voor handen hebben van werk. Echter, om aanspraak te maken op een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsomvang diende er wel een beroep op het rechtsvermoeden gedaan te worden. Dit is niet gemakkelijk voor elke werknemer. Dit dient namelijk gevraagd te worden aan de werkgever en wanneer deze hier niet mee akkoord gaat, zal de werknemer een procedure aanhangig dienen te maken.

Wanneer het ging om een min-maxcontract ging een beroep op het rechtsvermoeden niet op. Rechters waren van mening dat een fluctuerende arbeidsomvang een kenmerk vormde voor een min-maxcontract. Bij een min-maxcontract was er een arbeidsduur overeengekomen, namelijk een minimale en maximale omvang. Deze kan echter variëren tussen het minimum en maximum aantal uren, maar de omvang was op zichzelf duidelijk. Hierdoor werd niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:610b BW. De omvang van de arbeid was volgens deze rechters duidelijk vastgesteld, dus kon geen beroep worden gedaan op het rechtsvermoeden. Hierop wordt verder ingegaan in hoofdstuk drie.

Hoofdstuk 2

De verdere beperking van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting

2.1. Inleiding

In het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid wordt 'werkzekerheid' als uitgangspunt genomen van de hedendaagse arbeidsmarkt. Volgens de regering sluit het huidige arbeidsrecht onvoldoende aan bij dit begrip. Personen die in de flexibele schil van een onderneming zitten, komen daar vaak moeilijk uit. In dit hoofdstuk wordt eerst kort ingegaan op de Wet Werk en Zekerheid in zijn algemeenheid. Vervolgens wordt het nieuwe artikel 7:628 Burgerlijk Wetboek besproken. Daarna wordt uiteengezet wat de nieuwe grenzen van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting zijn. Ten slotte wordt er specifiek ingegaan op de gevolgen die deze nieuw vorm van artikel 7:628 heeft voor de sector zorg.

2.2. Wet Werk en Zekerheid

Op 1 januari 2015 is het eerste deel van de Wet Werk en Zekerheid in werking getreden, waaronder een deel van de wijzigingen in het zogeheten 'flexrecht'. Flexibiliteit is een belangrijke factor binnen arbeidsverhoudingen. Voor werkgevers is het van belang om het arbeidsaanbod snel in overeenstemming te kunnen brengen met de productie of werkzaamheden.¹²⁵ Voor werknemers kan flexibiliteit ook van belang zijn om werk goed te kunnen combineren met het privéleven. Daarnaast kan een flexibel contract fungeren als overstap naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹²⁶ De inzet van flexibele contracten is een laagdrempelige toegang tot de arbeidsmarkt.¹²⁷ Flexibele contracten worden echter een probleem als werknemers langdurig in onzekerheid verkeren omtrent hun perspectief op de arbeidsmarkt. Ook mist een werknemer ontslagbescherming. Dit kan financiële gevolgen hebben voor het privéleven van een werknemer, namelijk bij het afsluiten van een hypotheek.¹²⁸ Daarnaast is er de kans dat er minder geïnvesteerd wordt in werknemers met een flexibel contract als het gaat om scholing.¹²⁹

De flexibele schil is de laatste jaren toegenomen¹³⁰, waardoor de inzet van flexibele contracten een onevenredige omvang aanneemt. Er wordt vaker gebruik gemaakt van flexibele contracten en werknemers blijven ook langer op basis van een dergelijk contract werkzaam. Hierdoor verdwijnt vaak het perspectief op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en ontstaat er dus onzekerheid voor werknemers. De regering vindt het wenselijk dat het oneigenlijke gebruik van flexibele contracten wordt teruggedrongen. De regering stelt voorop dat zij niet tegen flexibele contracten is, maar wel tegen het onnodig gebruik hiervan.¹³¹ Zij wil daarom de flexibiliteit behouden, maar daarnaast voorkomen dat

¹²⁵ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 4, p. 24.

¹²⁶ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 10.

¹²⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 4.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 10.

¹²⁹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 10.

¹³⁰ SEO 2013, p. 1 en Dekker e.a. 2012, p. 12.

¹³¹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 7, p. 33.

mensen onnodig langdurig in onzekerheid verkeren. Het doel van de regering is dan ook om de balans tussen vast en flexibel werk te herstellen.¹³²

2.3. Het nieuwe artikel 7:628 Burgerlijk Wetboek

In de Memorie van Toelichting is voorgesteld om artikel 7:627 BW te laten vervallen. De regel 'geen arbeid, geen loon' dient terug te komen in artikel 7:628 BW, maar dan met een omkering van de bewijslast. De regel zal in principe worden 'geen arbeid, toch loon'.¹³³ Er wordt hierdoor geen wezenlijke verandering in de risicoverdeling voor de praktijk beoogd.¹³⁴ De regel zal namelijk nog steeds inhouden dat wanneer een risico voor rekening van de werknemer komt, er geen loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever geldt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij onwettig verzuim, gevangenisstraf, voorlopige hechtenis of bij het te laat op het werk verschijnen.¹³⁵ Echter, door deze aanpassing is het aan de werkgever om te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken dat er geen bereidheid aan de kant van de werknemer bestond om de werkzaamheden te verrichten en dat daarom het niet kunnen verrichten van de arbeid voor rekening van de werknemer dient te komen. De bewijslast komt hierdoor bij de werkgever te liggen. Middels het nieuwe lid vijf kan de loondoorbetalingsverplichting nog steeds de eerste zes maanden uitgesloten worden. Hierna kan deze verplichting niet meer ongeclausuleerd worden uitgesloten, tenzij het gaat om functies die incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. Opmerkelijk is dat er een nieuwe vorm van driekwartdwingend recht wordt geïntroduceerd. Hierop zal in de volgende paragrafen worden ingegaan. Daarnaast wordt er ook een nieuwe bevoegdheid gecreëerd voor de StvdA. Deze wordt hierna ook besproken.

2.3.1. Nieuwe lid vijf

In het nieuwe artikel 7:628 lid 5 BW zal de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting in individuele arbeidsovereenkomsten voor de eerste zes maanden blijven bestaan. Deze uitsluiting blijft bestaan omdat dit volgens de wetgever wenselijk kan zijn bij nieuwe werkzaamheden, uitbreiding van de werkzaamheden of seizoenswerk (zoals bijvoorbeeld in de horeca of in de agrarische sector).¹³⁶ Deze afwijking blijft ook mogelijk omdat bij aanvang van een arbeidsovereenkomst niet altijd duidelijk is wat de omvang van de werkzaamheden is.¹³⁷ De regering is van mening dat er in ieder geval na zes maanden van werkzaamheden duidelijk moet kunnen zijn wat de omvang van de werkzaamheden is en wat deze in de toekomst zal zijn. Het is dan niet meer nodig om de termijn van zes maanden te verlengen om langdurige inkomensonzekerheid te voorkomen.¹³⁸

2.3.2. Nieuwe lid zeven

Momenteel kan de uitsluiting van de eerste zes maanden bij collectieve arbeidsovereenkomst ongeclausuleerd worden verlengd. Het nieuwe lid zeven van artikel 7:628 BW regelt dat er alleen een verdere uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting kan worden opgenomen in een cao of regeling bij te bepalen functies. Het gaat dan om aan de functie verbonden werkzaamheden die incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen, zoals het verrichten van piekwerkzaamheden. Daarbij is de regel dat het gaat om

¹³² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 4.

¹³³ Schraffordt e.a. 2014, p. 91.

¹³⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 87.

¹³⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 88.

¹³⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 89.

¹³⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 19.

¹³⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 20.

het soort werk en niet om het type werknemer.¹³⁹ Hiermee wordt bedoeld dat er niet gekeken moet worden naar de status van een werknemer, zoals bijvoorbeeld studenten.

Er is door de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (hierna: VAAN) aan de minister de vraag gesteld om voorbeelden te geven van functies of werkzaamheden waarvoor lid zeven de verdere uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting mogelijk maakt. De regering heeft geen concreet voorbeeld gegeven, anders dan dat het moet gaan om situaties waarin invalkrachten (incidentele) piekwerkzaamheden verrichten welke geen vast patroon kennen.¹⁴⁰ Wat deze werkzaamheden precies moeten inhouden wordt overgelaten aan cao-partijen. Zij dienen er zorg voor te dragen dat deze werkzaamheden passen binnen de voorwaarden van lid zeven.¹⁴¹

Deze bepaling introduceert een nieuwe vorm van driekwart dwingend recht. Driekwart dwingend recht houdt in dat er door de wetgever een bevoegdheid voor cao-partijen wordt gecreëerd om af te kunnen wijken van een wet ten nadele van een werknemer.¹⁴² De gedachte achter het driekwartdwingend recht is dat het dwingende arbeidsrecht op bepaalde onderdelen flexibel kan worden ingevuld, zonder dat het beschermend karakter van de bepaling verloren gaat.¹⁴³ Deze bevoegdheid acht de wetgever bij bepaalde wettelijke normen in bepaalde bedrijfstakken wenselijk, waardoor de mogelijkheid wordt gecreëerd voor cao-partijen om maatwerk te leveren. De wetgever gaat er namelijk vanuit dat er tussen vakbonden en werkgever een machtsevenwicht bestaat. Met dien verstande dat vakbonden voldoende op zullen komen voor de belangen van de werknemers.

In deze nieuwe bepaling geeft de wetgever een inhoudelijke norm aan een driekwartdwingendrechtelijke bepaling. Cao-partijen dienen zich bij het maken van afspraken te houden aan deze inhoudelijke norm. Er wordt hier door de wetgever bepaald dat alleen mag worden afgeweken als het gaat om functies waarbij de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen. Wat er precies onder deze functies wordt verstaan dient door cao-partijen te worden ingevuld. Het is achteraf aan de rechter om inhoudelijk te beoordelen of de gemaakte afspraak door cao-partijen voldoet aan de voorwaarden van lid zeven. Dit heeft als gevolg dat de rechter zal moeten onderzoeken of een in de cao genoemde functie inderdaad werkzaamheden betreft die van incidentele aard zijn en geen vaste omvang kennen.¹⁴⁴ In de huidige rechtspraak stelt de rechter zich terughoudend op wanneer het gaat om interpretatie van cao-bepalingen en zal deze dan ook niet snel buiten toepassing verklaren.¹⁴⁵ De Hoge Raad gaat er namelijk vanuit dat een cao een afgewogen pakket is van arbeidsvoorwaarden en dat bij de totstandkoming van dat pakket de belangen van de werknemers in voldoende mate zijn behartigd. Aan deze nieuwe vorm van driekwartdwingend recht kleven mogelijke bezwaren, namelijk de rechtsonzekerheid dat een cao-afpraak deze toets niet doorstaat en dus achteraf door de rechter buiten toepassing wordt verklaard. De regering onderkent dit bezwaar maar is van mening dat dit cao-partijen dwingt om zorgvuldigheid te betrachten zodat deze situatie zich niet of niet snel voor zal doen.¹⁴⁶

2.3.3. Nieuwe lid acht

Naast het bovenstaande krijgt artikel 7:628 BW een belangrijke aanvulling. In het nieuwe achtste lid is namelijk de mogelijkheid opgenomen om uitsluiting van de

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 32

¹⁴⁰ *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 102.

¹⁴¹ De Groot 2014, p. 1.

¹⁴² Jacobs 2013, p. 192.

¹⁴³ Schraffordt e.a. 2014, p. 71.

¹⁴⁴ Schraffordt e.a. 2014, p. 92.

¹⁴⁵ HR 20 december 2002, *NJ* 2003/153 (Bollemeijer/TPG).

¹⁴⁶ *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 107.

loondoorbetalingsverplichting in zijn geheel te verbieden in bepaalde bedrijfstakken of onderdelen daarvan. Dit geldt dus ook voor de eerste zes maanden.¹⁴⁷ Dit kan worden gerealiseerd door een ministeriële regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Een dergelijke regeling kan worden opgesteld op verzoek van de StvdA.¹⁴⁸ Het gaat hierbij niet om het nader uitwerken van de in de wet opgenomen hoofdregel of om het stellen van nieuwe regels, maar om het aanwijzen van bepaalde bedrijfstakken of onderdelen daarvan wanneer de StvdA daarom verzoekt.¹⁴⁹

Omdat het gebruik van nulurencontracten in de zorg volgens de StvdA en de regering ongewenste vormen heeft aangenomen, is er bij Sociaal Akkoord van 11 april 2013¹⁵⁰ een dergelijke regeling aangekondigd voor deze sector.¹⁵¹ In de parlementaire geschiedenis was er ook een andere oplossing geopperd om het oneigenlijk gebruik van nulurencontracten in de sector zorg tegen te gaan.¹⁵² De oplossing hield in dat er bij wet zou worden geregeld dat een arbeidsovereenkomst die wordt aangegaan in de zorg altijd een minimale omvang dient te hebben. Hiervoor is niet gekozen omdat daarmee volgens de regering het probleem van ongewenst gebruik van nulurencontracten niet zou worden opgelost. Een minimale arbeidsomvang voorkomt volgens haar namelijk niet dat er ook wordt afgesproken dat een werknemer wel beschikbaar moet zijn om op oproepbasis meer uren te werken, een zogehete min-maxcontract. En daarnaast omdat dan de loondoorbetalingsverplichting alsnog kan worden uitgesloten. Een discussiepunt bij min-maxcontracten is de vraag of het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang hierbij een rol speelt (artikel 7:610b BW). Hier zal in het hoofdstuk drie verder op in worden gegaan.

De gedachte achter de nieuwe bevoegdheid van lid acht is om het onnodig gebruik van nulurencontracten tegen te gaan in bepaalde sectoren.¹⁵³ Het verbod op het gebruik van nulurencontracten kan volgens de regering worden gerealiseerd door een verbod op het uitsluiten van de loondoorbetalingsverplichting.¹⁵⁴ Hier bestaat echter discussie over. De Groot sluit zich aan bij de gedachtegang van de regering.¹⁵⁵ De regering en De Groot stellen dat over het algemeen wordt aangenomen dat een nulurencontract gebaseerd is op artikel 7:628 BW. De reden voor het kunnen uitsluiten van de loondoorbetalingsverplichting is enerzijds gelegen in het feit dat een werkgever werk voor handen heeft maar de werknemer niet oproept. De werknemer kan dan in beginsel aanspraak maken op loon.¹⁵⁶ Anderzijds is de reden voor het kunnen uitsluiten van de loondoorbetalingsverplichting gelegen in het feit dat er na drie maanden een rechtsvermoeden kan ontstaan dat de omvang van de arbeid gelijk is aan de gemiddelde omvang van de voorgaande drie maanden op grond van artikel 7:610b BW.¹⁵⁷ Indien de oorzaak van het niet verrichten van arbeid voor risico van de werkgever komt, is hij gehouden het loon door te betalen aan de werknemer. Wanneer de werkgever geen werk voor handen heeft, ligt dat in de risicosfeer van de werkgever en zal hij gehouden zijn het loon door te betalen.¹⁵⁸

De VAAN is echter van mening dat de door de regering gesuggereerde oplossing ondeugdelijk is en deelt de mening van de regering en De Groot niet.¹⁵⁹ De VAAN stelt namelijk dat de loondoorbetalingsverplichting uitsluitend ziet op de situatie dat de

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 89.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 20.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 127.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 566, nr. 15, p. 11.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 33.

¹⁵² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 33 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 19.

¹⁵³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 33.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 33.

¹⁵⁵ De Groot 2014, p. 1.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 32.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 32.

¹⁵⁸ *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. E, p. 16.

¹⁵⁹ *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. E, p. 15.

overeengekomen arbeid niet kan worden verricht, wat dus niet ziet op de situatie van een nulurencontract. Bij een nulurencontract is nu juist géén sprake van *overeengekomen arbeid*. Bij het aangaan van een nulurencontract is geen sprake van afwijking van artikel 7:628 lid 1 BW. Een verbod op de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting zal volgens de VAAN de nulurencontracten dan ook niet raken. Volgens de VAAN is het eerste lid van artikel 7:628 BW niet de juridische basis voor nulurencontracten.¹⁶⁰ De regering geeft als reactie hierop dat een nulurencontract inderdaad geen juridisch begrip is, maar in de praktijk wordt het gebruikt voor een tijdelijke of vaste arbeidsovereenkomst waarin is overeengekomen dat er geen loon wordt betaald wanneer er geen arbeid wordt verricht. Anders dan de VAAN, stelt de regering zich op het standpunt dat over het algemeen wordt aangenomen dat een nulurencontract gebaseerd is op artikel 7:628 BW. Op grond van dit artikel kan de loondoorbetalingsverplichting worden uitgesloten. De regering meent dan ook dat het uitsluiten van het gebruik van nulurencontracten gerealiseerd kan worden door een verbod op het uitsluiten van de loondoorbetalingsverplichting die de werkgever heeft als de arbeid niet verricht wordt.¹⁶¹

2.4. Grenzen uitsluiting loondoorbetalingsverplichting

De regering beoogt met de invoering van de WWZ om werknemers te beschermen tegen langdurige en onvrijwillige inzet op basis van onzekere flexibele contracten.¹⁶² Met het nieuwe artikel 7:628 BW wordt geen wijziging van de risicoverdeling aangebracht, maar een wijziging van de bewijslast. De bewijslast verschuift van de werknemer naar de werkgever. Hij zal stellen en bij betwisten aannemelijk moeten maken dat er geen bereidheid bestond bij de werknemer. Het zal echter niet eenvoudig zijn voor een werkgever om te bewijzen dat er geen bereidheid bestond bij de werknemer en dat de werknemer de arbeid niet heeft verricht op grond van een reden die in de risicosfeer van de werknemer ligt.¹⁶³ Dit kan ertoe leiden dat een werknemer sneller aanspraak op loon heeft.

Met dit nieuwe artikel wordt de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting aangescherpt. Voorheen kon deze verplichting de eerste zes maanden worden uitgesloten en indien de cao-partijen een akkoord bereikten kon deze verplichting ook ongeclausuleerd worden uitgesloten. Door de wetwijziging kan de loondoorbetalingsverplichting nog steeds de eerste zes maanden worden uitgesloten. Indien er na zes maanden sprake is van structurele werkzaamheden moet er na deze periode duidelijk zijn wat de omvang van de werkzaamheden is, en dient dit ook voorspelbaar te zijn voor de toekomst. Verdere uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting is daarom onwenselijk. Hiermee wordt volgens de regering de inkomenszekerheid van de werknemer bevorderd en wordt voor de werkgever flexibiliteit behouden zonder dat het risico geheel op de werknemer wordt afgewenteld.¹⁶⁴ Hierop is de uitzondering gemaakt dat de loondoorbetalingsverplichting nog langer kan uitgesloten worden indien de aan de functie verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen. De vraag is echter wat er dient te worden verstaan onder werkzaamheden die van *incidentele aard zijn* en *geen vaste omvang kennen*. De regering geeft hier ook geen duidelijk antwoord op in de parlementaire geschiedenis. Zij stelt dat deze bepaling door cao-partijen dient ingevuld te worden en dat het achteraf aan de rechter is om inhoudelijk te beoordelen of de gemaakte afspraken voldoen aan de bepaling van lid zeven.

Omdat de regering van mening is dat er in bepaalde bedrijfstakken onnodig veel gebruik wordt gemaakt van flexibele contracten heeft zij bepaald dat er voor bepaalde bedrijfstakken

¹⁶⁰ Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. E, p. 15.

¹⁶¹ Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. E, p. 16.

¹⁶² Knipschild en Ridder 2015, p. 4.

¹⁶³ Knipschild en Ridder 2015, p. 4.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 33.

of onderdelen daarvan in een ministeriële regeling kan worden bepaald dat de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting in zijn geheel niet meer mogelijk is. Hierdoor wordt volgens de regering een algeheel verbod op uitsluiten van de loondoorbetalingsverplichting gerealiseerd.

2.5. Deelconclusie

Flexibiliteit is een belangrijke factor binnen arbeidsverhoudingen. Voor werkgevers is het van belang om het arbeidsaanbod snel in overeenstemming te kunnen brengen met de productie of werkzaamheden. Voor werknemers is flexibiliteit van belang om werk goed te kunnen combineren met het privéleven. Flexibele contracten worden echter een probleem als werknemers langdurig in onzekerheid verkeren omtrent hun perspectief op de arbeidsmarkt.

Met het nieuwe artikel 7:628 BW heeft de wetgever beoogd om de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting verder aan te scherpen. Indien er na zes maanden sprake is van structurele werkzaamheden moet er na deze periode duidelijk zijn wat de omvang van de werkzaamheden is, en dient dit ook voorspelbaar te zijn voor de toekomst. Verdere uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting is daarom onwenselijk. Hiermee wordt volgens de regering de inkomenszekerheid van de werknemer bevorderd en behoudt de werkgever de flexibiliteit, zonder dat het risico geheel op de werknemer wordt afgewenteld. Hierop is de uitzondering gemaakt dat de loondoorbetalingsverplichting nog langer kan worden uitgesloten indien de aan de functie verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen. De vraag is echter wat er dient te worden verstaan onder werkzaamheden die van *incidentele aard zijn* en *geen vaste omvang kennen*.

Door de nieuwe bevoegdheid van de StvdA kan de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting voor bepaalde bedrijfstakken of onderdelen daarvan in zijn geheel worden verboden. De stichting had bij het Sociaal Akkoord al verzocht om een dergelijke regeling voor de sector zorg. Echter, de StvdA heeft bij brief van 5 december 2014 laten weten dat een ministeriële regeling op dit moment niet noodzakelijk is voor de sector Zorg. Hierop zal in de volgende hoofdstukken verder worden ingegaan.

Hoofdstuk 3

Oroepovereenkomsten in de sector Zorg

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt er specifiek ingegaan op de oproepovereenkomsten in de sector Zorg. Allereerst wordt kort uiteengezet wat een nulurencontract is. Daarna wordt ingegaan op doelstelling van de wetgever om nulurencontracten in de sector zorg terug te dringen. Vervolgens komt het min-maxcontract en het beroep op het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW aan bod. Tot slot worden de gevolgen voor de praktijk besproken.

3.2 Sector Zorg

Lange tijd was het uitgangspunt dat er per 1 januari 2015 een algeheel verbod op nulurencontracten in de sector zorg zou komen, dus ook voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst.¹⁶⁵ Dit verbod zou gerealiseerd worden in een ministeriële regeling op grond van artikel 7:628 lid 8 BW. Dit was bij Sociaal Akkoord op 11 april 2013 aangekondigd door StvdA.¹⁶⁶ Echter, bij brief van 5 december 2014 heeft de StvdA aan Minister Asscher laten weten dat een ministeriële regeling voorlopig niet nodig is.¹⁶⁷ Volgens haar zouden de sociale partners namelijk eerst de mogelijkheid dienen te krijgen om het verbod op nulurencontracten zelf bij collectieve arbeidsovereenkomsten te bewerkstelligen. Minister Asscher committeert zich aan het voorstel van de StvdA bij brief van 19 december 2014. Volgens de minister ligt de verantwoordelijkheid nu bij de sociale partners en dienen zij ervoor te zorgen dat het gebruik van nulurencontracten wordt teruggedrongen.¹⁶⁸ Het verbod op nulurencontracten dient dus geregeld te worden bij collectieve arbeidsovereenkomsten. Minister Asscher zal eind 2015 evalueren of via deze weg de doelstelling betreffende het terugdringen van onnodig gebruik van nulurencontracten wordt bereikt.¹⁶⁹ Als dit niet zo is, zal er alsnog een ministeriële regeling volgen. In bepaalde cao's, zoals bijvoorbeeld de VVT-cao, zijn al regels opgenomen om nulurencontracten terug te dringen. Hierop zal in hoofdstuk 4 verder worden ingegaan.

3.3. Nulurencontract

Zoals eerder in hoofdstuk één besproken is een nulurencontract geen juridisch begrip. Een nulurencontract is een oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht waarbij er tussen werkgever en werknemer geen afspraak wordt gemaakt over de arbeidsomvang. Hierdoor speelt het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW een grote rol bij een dergelijk contract. Er bestaat discussie of nulurencontracten hun basis vinden in artikel 7:628 BW. Mijns inziens houdt een nulurencontract wel degelijk verband met uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting. De ratio van de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting is gelegen in het feit dat wanneer de werkgever werk voorhanden heeft maar de werknemer niet oproept, hij toch geen loon verschuldigd is.¹⁷⁰ Wanneer de werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht, kan hij op grond van artikel 7:628 BW aanspraak maken op loon, indien het niet verrichten voor rekening van de

¹⁶⁵ Willems 2015, p. 1.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 566, nr. 15, p. 11.

¹⁶⁷ StvdA 2014.

¹⁶⁸ Asscher 2014.

¹⁶⁹ Asscher, 'Nulurencontracten in de zorg', 19 december 2014.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 32.

werkgever komt. Volgens het oude zevende lid van artikel 7:628 BW kon er bij cao onbeperkt ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Dit artikel vormt daarom de basis voor nulurencontracten, zoals ook in het vorige hoofdstuk besproken.¹⁷¹

3.4. Min-maxcontract

In de parlementaire geschiedenis van de WWZ wordt veel aandacht besteed aan de oproepovereenkomst. De wetgever wil voorkomen dat mensen langdurig en onvrijwillig ingeschakeld worden op basis van onzekere flexibele contracten.¹⁷² De wetgever noemt daarbij ook het min-maxcontract.¹⁷³ De wijziging van artikel 7:628 BW heeft ook gevolgen voor het min-maxcontract, namelijk voor de oproepen die boven de maximum overeengekomen uren uitkomen. Wanneer een werkgever iemand oproept voor meer dan maximaal overeengekomen en deze oproep vervolgens annuleert, is de werkgever verplicht om het loon door te betalen. Deze verplichting kan nog maar in beperkte gevallen uitgezonderd worden.¹⁷⁴

3.4.1. Definitie min-maxcontract

Een min-maxcontract is een overeenkomst waarbij zowel een minimum als een maximum aantal uren is overeengekomen tussen werknemer en werkgever. Dit betekent dat de werknemer altijd recht heeft op het loon over het minimum aantal uren. Dit worden ook wel de garantie-uren genoemd.¹⁷⁵ Wanneer een werknemer wordt opgeroepen voor uren boven deze garantie-uren is hij verplicht om aan die oproep gehoor te geven. Dit geldt niet voor uren boven het maximum aantal afgesproken uren. Dit betekent dat er sprake is van een deeltijdovereenkomst met een oproepclausule.¹⁷⁶ Het gedeelte van de overeenkomst dat ziet op het minimum aantal overeengekomen uren kan worden aangemerkt als een deeltijdovereenkomst. Het aantal uren boven deze garantie-uren kan worden gekwalificeerd als een oproepovereenkomst.

3.4.2. Rechtsvermoeden arbeidsomvang en min-maxcontract

Zoals in hoofdstuk één al is toegelicht is het rechtsvermoeden bedoeld om houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet duidelijk is vastgesteld, of in de situatie dat de arbeid feitelijk meer uren bedraagt dan oorspronkelijk overeengekomen.¹⁷⁷ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een beroep op rechtsvermoeden beoogt houvast te bieden in twee situaties¹⁷⁸:

1. de situatie waarin de omvang van de arbeid niet of niet duidelijk is overeengekomen;
2. de situatie waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur.

Dit rechtsvermoeden is voornamelijk van belang voor arbeidsovereenkomsten met een uitgestelde prestatieplicht. Het moet namelijk gaan om een oproepcontract waarbij er geen eenduidige afspraken zijn gemaakt betreffende de omvang van de arbeid.¹⁷⁹ Het recht om een beroep te kunnen doen op het rechtsvermoeden kan niet worden uitgesloten, noch bij

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 20.

¹⁷² Knipschild en Ridder 2015, p. 4.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 19-20.

¹⁷⁴ Noot Knipschild bij *JAR* 2014/269.

¹⁷⁵ Knipschild en Ridder 2015, p. 1.

¹⁷⁶ Knipschild 2009, p. 1.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 22-23.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 22 – 23 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 16 – 17.

¹⁷⁹ Cremers-Hartman en de Casparis 2010, D. 5 - 70.

individuele arbeidsovereenkomst noch bij collectieve arbeidsovereenkomst. Dit neemt niet weg dat in de individuele arbeidsovereenkomst of collectieve arbeidsovereenkomst feiten of omstandigheden kunnen worden vermeld die ertoe bijdragen dat het rechtsvermoeden kan worden weerlegd.¹⁸⁰ Wanneer een beroep op het rechtsvermoeden slaagt en de arbeidsomvang wordt vastgesteld dient de werkgever de werknemer in de gelegenheid te stellen om werk te verrichten of in ieder geval het loon door te betalen over deze uren.

Bij een min-maxcontract is er een omvang van de arbeidsduur overeengekomen, namelijk een minimale en maximale omvang. Deze kan variëren tussen het minimum en maximum aantal uren, maar de omvang is in principe duidelijk. Hierdoor is volgens de jurisprudentie niet voldaan aan de voorwaarde dat de omvang van de arbeid niet of niet duidelijk is vastgesteld. Er is immers een omvang van de arbeidsduur overeengekomen. Dit betekent dat er bij een min-maxcontract in beginsel dus geen beroep kan worden gedaan op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Zo oordeelde de kantonrechter Zutphen in 2006 dat bij een marge van 20 tot 32 uur per week, de arbeidsduur eenduidig was overeengekomen en een beroep op rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW niet werd gehonoreerd.¹⁸¹ Daarnaast zou een beroep op rechtsvermoeden bij een min-maxcontract wél kans van slagen hebben wanneer de arbeidsomvang structureel hoger is dan het maximum aantal overeengekomen arbeidsuren. In 2014 kwam de kantonrechter Zutphen wederom tot het oordeel dat er geen beroep op het rechtsvermoeden kon worden gedaan bij een gemiddelde arbeidsomvang van 35,2 uur per week in het geval van een min-maxcontract van 20 tot 40 uur per week.¹⁸² Het stond de werkgever vrij om het aantal uren wegens teruglopende omzet te verminderen. Er was geen sprake van structureel overschrijden van het maximum aantal uren waardoor er geen geslaagd beroep kon worden gedaan op het rechtsvermoeden. De kantonrechter Almere kwam in 2014 tot dezelfde conclusie.¹⁸³ In deze zaak was er sprake van een min-maxcontract van 29 tot 38 uur per week. De werknemers stelde dat zij gemiddeld 36,4 uur per week had gewerkt en dat het de werkgever niet vrij stond om haar minder in te roosteren. Volgens de kantonrechter stond het de werkgever vrij om de uren te verminderen wanneer er een terugloop in werkzaamheden was. Zolang de gewerkte uren binnen de bandbreedte bleven van de arbeidsovereenkomst konden de uren derhalve fluctueren. Dat was immers de afspraak die tussen partijen gold. Uit deze zaak volgde dat de contractuele regeling doorslaggevend was en dat de overeenkomst ongewijzigd in stand bleef.

Dit was anders wanneer het ging om een arbeidsomvang boven het maximum aantal uren. De Kantonrechter Groenlo oordeelde dat bij een gemiddelde structurele arbeidsomvang van 35 uur gedurende vijf jaar, terwijl er een min-maxcontract van 25-30 uur per week was afgesproken, terecht een beroep kon worden gedaan op het rechtsvermoeden.¹⁸⁴ Er was namelijk een overschrijding van het maximum aantal uren dat was overeengekomen, wat viel onder de situatie dat *de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur*.¹⁸⁵ Dit is de tweede situatie waarin de wetgever heeft beoogd bescherming te bieden door middel van het rechtsvermoeden. Hierbij moet dan wel sprake zijn van structurele arbeidsuren en dus niet van overwerkuren.¹⁸⁶

Daarnaast is het de vraag of een beroep op het rechtsvermoeden bij een min-maxcontract kan worden gedaan als de marge tussen het minimum en maximum erg ruim is.¹⁸⁷ Het Hof

¹⁸⁰ Hof Leeuwarden 28 mei 2008, JAR 2008/293 en Ktr. Amsterdam 12 mei 2014, JAR 2014/166.

¹⁸¹ Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, JAR 2006/257.

¹⁸² Ktr. Zutphen 24 september 2014, JAR 2014/269

¹⁸³ Ktr. Almere 3 december 2014, JAR 2015/3.

¹⁸⁴ Ktr. Groenlo 17 juni 1996, Prg. 1996, 4584.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 22 – 23 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 16 – 17.

¹⁸⁶ Ktr. Amsterdam 15 maart 1999, JAR 1999/80.

¹⁸⁷ Noot Knipschild bij JAR 2014/269 en Knipschild 2009, p. 2 – 3.

Den Haag oordeelde op 29 oktober 2013 dat artikel 7:611 BW een rol kan spelen in samenhang met het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW.¹⁸⁸ Hier ging het om een werknemer met een min-maxcontract van minimaal 5 en maximaal 40 uur per week. Deze werknemer beriep zich op het rechtsvermoeden, stellende dat hij steeds 40 uur per week had gewerkt en daarom recht op loon had. Het hof stelde zich hier op het standpunt dat de arbeidsomvang eenduidig was vastgesteld. Het enkele feit dat er een groot verschil bestond tussen het minimum en maximum aantal uren maakte dit niet anders. De vraag is hier echter of de arbeidsomvang eenduidig is. Zou dan een minimum aantal uren van 1 en maximum aantal uren van 40 ook eenduidig zijn? Mijns inziens is er hier geen sprake meer van een duidelijk overeengekomen arbeidsomvang. Er is dan weliswaar een arbeidsomvang overeengekomen, maar is niet duidelijk.

Vervolgens oordeelde het hof in dezelfde zaak dat de werkgever de werknemer voor een langere periode structureel meer had ingezet dan het minimum aantal uren, waardoor goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW met zich mee kon brengen in samenhang met het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW dat de overeengekomen minimale arbeidsomvang verhoogd kon worden. Bij deze vraag moest er rekening worden gehouden met de aard van de min-maxcontract. Volgens het hof kenmerkt een min-maxcontract zich door een gegarandeerd minimum aantal arbeidsuren met daarboven de mogelijkheid tot flexibele inzet van de werknemer. Het is dan ook niet de bedoeling om het minimum aantal uren te verhogen tot een gemiddeld gewerkte uren, omdat hiermee de beoogde flexibiliteit verloren zou gaan. Dit sluit volgens het hof niet aan bij de aard van het min-maxcontract. Het goed werkgeverschap kan wel met zich meebrengen dat het minimum aantal arbeidsuren naar realiteit wordt aangepast. Vóór de invoering van artikel 7:610b BW werden dergelijke vorderingen immers gebaseerd op artikel 7:611 BW, dus het ligt voor de hand dat artikel 7:611 BW nog steeds een rol kan spelen wanneer 7:610b BW niet van toepassing is.¹⁸⁹

3.4.3. Heersende leer

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat er alleen een beroep op het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang kan worden gedaan wanneer het gaat om de situatie waarin de omvang van de arbeid niet of niet duidelijk is overeengekomen. Daarnaast kan er ook een beroep op het rechtsvermoeden worden gedaan in de situatie waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur. Uit de hiervoor besproken uitspraken blijkt dat de lijn die gevolgd wordt in de jurisprudentie inhoudt dat een beroep op rechtsvermoeden van de arbeidsomvang alleen een rol speelt bij min-maxcontracten wanneer er sprake is van structurele overschrijding van het maximum aantal uren. Dit betekent dat de marge tussen het minimum en maximum aantal uren groot kan zijn, zonder dat er een geslaagd beroep kan worden gedaan op het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang. Waar het rechtsvermoeden geen oplossing biedt bij min-maxcontracten kan volgens het hof Den Haag het goedwerkgeverschap nog een rol spelen, namelijk dat het minimum aantal arbeidsuren aangepast kan worden naar de realiteit. Dit leerstuk bood namelijk voor de invoering van het rechtsvermoeden een oplossing bij dergelijke vorderingen, waardoor dit nog steeds een rol kan spelen wanneer er geen beroep kan worden gedaan op artikel 7:610b BW.

De jurisprudentie tot op heden laat zien dat er het rechtsvermoeden geen rol speelt bij min-maxcontracten. Mijns inziens kan worden bepleit dat wanneer een ruime marge is overeengekomen, er geen duidelijke arbeidsomvang is overeengekomen. Er wordt dan voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:610b BW, waardoor er een beroep op dit artikel

¹⁸⁸ Hof Den Haag 29 oktober 2013, *JAR* 2015/9.

¹⁸⁹ Knipschild en Ridder 2015, p. 3.

kan worden gedaan. Er is namelijk wel een arbeidsomvang overeengekomen, maar deze is bij bijvoorbeeld een marge van 5 tot 40 uur niet duidelijk. Mijs inziens is dan ook de vraag of het leerstuk betreffende goedwerkgeverschap wel nodig is.

3.5. Gevolgen voor de praktijk

Door de loondoorbetalingsverplichting volledig uit te sluiten voor de sector zorg, wordt de inkomensonzekerheid van de werknemer niet geheel weggenomen. Hierdoor bestaat wellicht de kans dat een werkgever arbeidsovereenkomsten sluit met een minimale omvang van één uur. Hierdoor wordt gehoor gegeven aan het terug dringen van nulurencontracten, maar dit neemt de inkomensonzekerheid niet weg. Wanneer de werkgever de werknemer niet oproept dan dient hij alleen het loon over dit uur te betalen. Echter, hier biedt het rechtsvermoeden de mogelijkheid de overeengekomen arbeidsomvang aan te passen naar de feitelijke arbeidsomvang. Het enige probleem wat dan op de loer ligt is dat niet elke werknemer bekend is met de wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst. Ook kan dit in de praktijk tot problemen leiden, omdat een werknemer zijn of haar baan niet kwijt wil. Door een procedure tegen de werkgever te starten kan de angst bestaan om de baan te verliezen, waardoor er een arbeidsconflict kan ontstaan. Gezien het feit dat de taak om het onnodig gebruik van nulurencontracten tegen te gaan nu bij de sociale partners ligt, dienen zij naar mijn mening hier rekening mee te houden.

Daarnaast bestaat er het gevaar dat er in plaats van nulurencontracten, gebruik zal worden gemaakt van min-maxcontracten met een ruime marge. Er kan namelijk in principe geen beroep worden gedaan op het rechtsvermoeden bij een min-maxcontract. Dit biedt de werkgever de mogelijkheid om toch de flexibiliteit te behouden en daardoor niet verplicht te zijn om loon over de uren boven de minimale arbeidsomvang door te betalen wanneer de werknemer hiervoor niet wordt ingezet. De lijn in de huidige jurisprudentie is dat de arbeidsomvang bij een min-maxcontract eenduidig is overeengekomen, namelijk een minimum en maximum. Hierdoor speelt een beroep op het rechtsvermoeden tot op heden bij een min-maxcontract geen rol, tenzij het gaat om structureel meer werken dan het maximum aantal uren dat is overeengekomen. Dit is volgens de recente jurisprudentie niet anders wanneer er een min-maxcontract is overeengekomen met een ruime marge. Hier kan volgens het hof Den Haag het leerstuk van goedwerkgeverschap nog een oplossing bieden. Echter, de parlementaire geschiedenis van artikel 7:610b BW laat zien dat er voor een beroep op het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang sprake moet zijn *niet duidelijk overeengekomen arbeid*. Mijs inziens is er bij een té ruime marge sprake van *niet duidelijk overeengekomen arbeid* en hoeft er niet toegekomen te worden aan het leerstuk betreffende het goed werkgeverschap.

3.6. Deelconclusie

Een nulurencontract is een oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht waarbij er tussen werkgever en werknemer geen afspraak wordt gemaakt over de arbeidsomvang. Hierdoor speelt het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW een grote rol. Een dergelijk contract is voor een werkgever een handig middel om het arbeidsaanbod snel in overeenstemming te brengen met de productie. Echter, er kleven nadelen aan nulurencontracten voor werknemers. Er is namelijk sprake van onzekerheid betreffende de omvang van de arbeid, de momenten waarop de arbeid moet worden verricht en inkomensonzekerheid. Deze nadelen worden groter wanneer het gaat om structurele en langdurige inzet middels een nulurencontract. De regering en de StvdA zijn van mening dat er in de sector zorg onnodig veel gebruik wordt gemaakt van nulurencontracten.

Door de loondoorbetalingsverplichting volledig uit te sluiten voor de sector zorg, wordt de inkomensonzekerheid van de werknemer niet geheel weggenomen. Er kan nog gebruik worden gemaakt van min-maxcontracten. Volgens de huidige jurisprudentie speelt het rechtsvermoeden hier geen rol, tenzij het gaat om structurele overschrijding. Volgens het Hof Den Haag kan het goedwerkgeverschap hier dan nog een rol kan spelen. Echter, mijns inziens is er bij een té ruime marge sprake van *niet duidelijk overeengekomen arbeid* en hoeft er niet eens toegekomen te worden aan het goedwerkgeverschap.

Dit kan dus betekenen dat er in plaats van nulurencontracten, gebruik zal worden gemaakt van min-maxcontracten met een ruime marge. Hierdoor wordt er gehoor gegeven aan het terugdringen van de nulurencontracten, maar wordt dezelfde flexibiliteit voor de werkgever behouden. Ook blijft de inkomensonzekerheid voor de werknemer hierdoor bestaan. De vraag is of cao-partijen zodanige afspraken kunnen maken waardoor hier geen gebruik van kan worden gemaakt. Hierop wordt in hoofdstuk vier verder ingegaan.

Hoofdstuk 4

Collectieve arbeidsovereenkomsten in de sector zorg

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt bekeken hoe momenteel in de praktijk wordt aangesloten bij de doelstelling van de regering om het oneigenlijk gebruik van nulurencontracten terug te dringen. Hierbij wordt kort ingegaan op de doelstelling en maatregelen van de regering. Vervolgens worden de collectieve arbeidsovereenkomsten van de sector zorg besproken. Hierna wordt er een overzicht worden gegeven van de collectieve arbeidsovereenkomsten. Ten slotte wordt er ingegaan op de vraag of het doel van de regering wordt bereikt door middel van deze bepalingen in de collectieve arbeidsovereenkomsten.

4.2. Doelstelling en maatregelen van de regering

In de parlementaire geschiedenis merkt de regering op dat zij geen tegenstander is van nulurencontracten in algemene zin, maar van het onnodig gebruik hiervan. Dit is omdat er hierdoor inkomensonzekerheid voor de werknemer ontstaat.¹⁹⁰ Om onnodig gebruik tegen te gaan, is de bepaling betreffende de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting aangescherpt, zoals eerder in hoofdstuk 2 aan bod is gekomen.

De verantwoordelijkheid voor het terugdringen van het oneigenlijk gebruik van nulurencontracten ligt nu bij de sociale partners. Zij dienen ervoor te zorgen dat de collectieve arbeidsovereenkomsten worden voorzien van bepalingen die werknemers bescherming bieden tegen het afsluiten van flexibele contracten. De StvdA committeert zich aan de afspraken die zijn gemaakt in het integraal akkoord in de sector VVT. Zij is van mening dat wanneer er vergelijkbare afspraken worden gemaakt in andere sectoren er geen ministeriële regeling nodig is om het gebruik van nulurencontracten in de zorg terug te dringen.

4.3. Collectieve arbeidsovereenkomsten in de zorg

Om te kijken of de doelstelling van de regering wordt behaald zonder het bewerkstelligen van een ministeriële regeling zal hieronder worden ingegaan op de bestaande collectieve arbeidsovereenkomsten binnen de sector zorg. Allereerst zal er worden ingegaan op de cao VVT, omdat de StvdA van mening is dat de afspraken die in deze cao zijn opgenomen, voldoen aan de doelstellingen van het Sociaal Akkoord. Daarna zullen de volgende cao's aan bod komen:

- cao Ziekenhuizen 2011-2014;
- cao Jeugdzorg 2014-2015;
- cao Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening 2014-2016;
- cao GGZ 2011-2013;
- cao Gehandicaptenzorg 2014-2015;
- cao Ambulancezorg 2013-2014.

¹⁹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 33.

4.3.1. Cao VVT 2014 - 2016

De cao VVT 2014-2016 kent een standaardkarakter. Dit betekent dat er niet kan worden afgeweken van de bepalingen in de cao, tenzij het in de betreffende bepaling van de cao anders is geregeld.¹⁹¹

4.3.1.1. Cao VVT 2013-2014

In de cao VVT van 2013-2014 was al rekening gehouden met het verbod op nulurencontracten. Hierin was opgenomen dat de werkgever vanaf 1 juli 2014 nulurencontracten alleen mocht gebruiken bij onvoorziene en onplanbare situaties.¹⁹² Hieronder werd verstaan onvoorziene en onplanbare cliëntvragen of onvoorziene en onplanbaar uitval van personeel, waarvan de opvang niet met of alleen door onevenredige aantasting van de geplande roosters of andere contracten mogelijk is.

Daarnaast was in artikel 4.3 tweede lid bepaald dat de werkgever de werknemer vanaf 1 juli 2014, maar uiterlijk 31 december 2014 een aanbod diende te doen voor een contract met een concrete arbeidsduur.¹⁹³

Ook was er in artikel 3.15 van de cao VVT 2013-2014 al rekening gehouden met het verbod op uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting. In dit artikel was namelijk de loondoorbetalingsverplichting uitgesloten, ook na verloop van de eerste zes maanden van een contract. In de aanhef van dit artikel was opgenomen dat dit artikel zou komen te vervallen na de inwerkingtreding van de WWZ.¹⁹⁴ Deze cao was dus al voorzien van een uitwerking van de nieuwe beperking van de loondoorbetalingsverplichting.

4.3.1.2. Cao VVT 2014-2016

In de cao VVT 2014-2016 is verdere aandacht besteed aan het gebruik van nulurencontracten en min-maxcontracten.¹⁹⁵ Deze cao is bij besluit van 26 februari 2015 algemeen verbindend verklaard en 2 maart 2015 in de Staatscourant geplaatst.¹⁹⁶ In deze cao is als eerste uitgangspunt opgenomen dat er een evenwicht dient te zijn tussen:

- *'de doelstellingen van de zorgaanbieder betreffende de kwaliteit en betrouwbaarheid, het rendement en doelmatigheid van de zorgverlening;*
- *de belangen van de medewerker zoals de behoefte aan inkomen en werkzekerheid en het kunnen combineren van arbeid en privé-/zorgtaken, studie of hobby's als ook het kunnen bijhouden van vaardigheden die voor een deskundige uitoefening van de functie noodzakelijk zijn.'*¹⁹⁷

Het tweede uitgangspunt in dit akkoord is dat het voor goede zorg belangrijk is dat er sprake is van een duurzame binding tussen een cliënt en werknemer. Hiermee wordt de kwaliteit, continuïteit en kenbaarheid van zorg- en dienstverlening naar cliënten toe bevorderd.¹⁹⁸

Met deze uitgangspunten als achtergrond is in het akkoord wat vooraf is gegaan aan deze cao, uitdrukkelijk afgesproken dat nulurencontracten uiterst worden beperkt, tenzij er sprake

¹⁹¹ Cao VVT 2014-2016, artikel 1.3, p.14.

¹⁹² Cao VVT 2013-2014, artikel 4.3. lid 1, p.22.

¹⁹³ Cao VVT 2013-2014, artikel 4.3. lid 2, p. 22.

¹⁹⁴ Cao VVT 2013-2014, artikel 3.15, p. 14.

¹⁹⁵ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2.

¹⁹⁶ *Stcrt.* 2015, 4815.

¹⁹⁷ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2. lid 1.

¹⁹⁸ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2. lid 1 sub b.

is van een uitzonderlijke situatie.¹⁹⁹ Met uitzonderlijke situaties wordt bedoeld 'opvang voor onvoorziene en onplanbare cliëntvragen of onplanbaar uitval van personeel, welke niet door in dienst zijnde medewerkers kan worden opgepakt'.²⁰⁰

Ook mag er geen gebruik meer worden gemaakt van voorovereenkomsten, omdat dergelijke overeenkomsten grote contractonzekerheid met zich meebrengen voor de werknemer.²⁰¹ Om het verbod op nulurencontracten en voorovereenkomsten te bewerkstelligen dient een werkgever de werknemer de gelegenheid te bieden om aan te geven of laatstgenoemde zijn contract wil omzetten naar een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur.²⁰² Deze gelegenheid dient de werkgever de werknemer jaarlijks te bieden.²⁰³ Werknemers die werkzaam waren op basis van een nulurencontract moesten uiterlijk 31 december 2014 een aanbod voor een contract met een concrete arbeidsduur ontvangen.²⁰⁴ Werknemers die werkzaam waren op basis van een min-maxcontract moesten zoveel als mogelijk en uiterlijk 1 maart 2015 een aanbod voor een contract met een concrete arbeidsduur ontvangen.²⁰⁵

Daarnaast dient er ten minste eenmaal per jaar overleg plaats te vinden tussen het medezeggenschapsorgaan en de werkgever omtrent het terugdringen van het gebruik van nulurencontracten en min-maxcontracten.²⁰⁶ Hierdoor kan een medezeggenschapsorgaan ook een oogje in het zeil houden of werkelijk wordt voldaan aan het terugdringen van nulurencontracten.

Vervolgens is voor min-maxcontracten opgenomen dat wanneer een werknemer van mening is dat de overeengekomen minimum arbeidsduur niet aansluit bij de feitelijk gewerkte uren, hij een beroep kan doen op het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW.²⁰⁷ Indien de feitelijke uren niet aansluiten op de overeengekomen arbeidsduur en de werkgever dit rechtsvermoeden niet kan weerleggen, dient de werkgever in overleg met de werknemer het minimum van het min-maxcontract te verhogen, gebaseerd op een representatieve referentieperiode. Bij een min-maxcontract kan de werknemer vervolgens bij de werkgever aangeven op welke dagen of tijden hij wel of niet inzetbaar is.²⁰⁸

Als laatste is er voor werknemers met een min-maxcontract een bepaling opgenomen, welke per 1 juli 2015 zal wijzigen. In het momenteel geldende artikel 4.2 lid 3 sub b is opgenomen dat de maximum arbeidsduur hooguit tweemaal (200%) de minimum arbeidsduur mag bedragen, tenzij de werknemer akkoord gaat met een ruimere marge.²⁰⁹ Wanneer een werknemer hiermee akkoord gaat, heeft hij alsnog het recht om jaarlijks de maximum arbeidsduur terug te brengen tot tweemaal de minimum arbeidsduur. Dit was ook al op deze manier opgenomen in de cao VVT 2013-2014. Per 1 juli 2015 wordt het percentage van lid 2 sub b vervangen. De maximale arbeidsduur mag hooguit anderhalf maal (150%) de minimumarbeidsduur bedragen.²¹⁰

¹⁹⁹ Onderhandelaarsakkoord CAO voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraamzorg en Jeugdgezondheidszorg 2014-2016, p. 2.

²⁰⁰ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2. lid 2 sub a.

²⁰¹ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 2 sub c en Onderhandelaarsakkoord CAO voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraamzorg en Jeugdgezondheidszorg 2014-2016, bijlage 2, p.10.

²⁰² Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 2 sub b.

²⁰³ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 2 sub b.

²⁰⁴ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 2 sub d.

²⁰⁵ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 3 sub e.

²⁰⁶ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 1 sub c.

²⁰⁷ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 3 sub c.

²⁰⁸ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 3 sub d.

²⁰⁹ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 3 sub b (*geldend tot 1 juli 2015*).

²¹⁰ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 3 sub b (*geldend vanaf 1 juli 2015*).

4.3.1.3 Kanttekeningen

Er kunnen kanttekeningen geplaatst worden bij de bepalingen zoals deze nu zijn opgenomen in de cao VVT 2014-2016. Op de volgende punten zal hieronder worden ingegaan:

1. bepalingen *onvoorziene en onplanbare cliëntvragen* of *uitval van personeel*;
2. rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW versus min-maxcontracten;
3. marge voor min-maxcontracten;
4. eventuele loonvordering.

Ad. 1 Bepalingen onvoorziene en onplanbare clientvragen of uitval van personeel

‘Je werkgever zal geen nulurencontracten gebruiken tenzij in uitzonderlijke situaties, waarbij sprake is van: opvang van onvoorziene en onplanbare cliëntvragen en/of opvang van onvoorziene en onplanbare uitval van personeel, die niet door je collega werknemers kan worden geleverd of alleen door onevenredige aantasting van geplande roosters van jouw of je collega’s mogelijk is.’²¹¹

Allereerst is niet duidelijk wat verstaan kan worden onder *opvang voor onvoorziene en onplanbare cliëntvragen of uitval van personeel*. Door dergelijke bepalingen kan er ruimte ontstaan voor discussie. De vraag is waarom in deze situaties de mogelijkheid dient te bestaan tot het sluiten van nulurencontracten. In de zorgsector zijn bijna alle clientvragen onplanbaar en onvoorzienbaar. Voor een werkgever in deze sector moet het mijns inziens in principe duidelijk zijn hoeveel cliëntvragen er gemiddeld per jaar binnen komen. Ook is *uitval van personeel* een erg gemakkelijke norm. Iedere onderneming heeft uitval van personeel. Dit hoort bij de normale gang van zaken in een onderneming. De werkgever dient rekening te houden met onvoorziene en onplanbare situaties. Dit is namelijk het risico wat een onderneming loopt en zeker wanneer er wordt gewerkt met zorgbehoeftigen. Het gaat hier om een ruim begrip waardoor de rechtszekerheid van de werknemer niet op voorhand toeneemt. Echter, het is van belang hier op te merken dat het aan de werkgever is om te bewijzen dat er sprake is van een dergelijke situatie. De werkgever krijgt door degelijke bepalingen dan wel de ruimte om hier zelf een invulling aan te geven, maar de vraag is of een rechter hem hierin zal volgen. De werkgever zal dan voldoende aannemelijk dienen te maken dat er sprake is van onvoorziene en onplanbare cliëntvragen of uitval van personeel welke niet kan worden opgevangen door de structurele formatie.

Ruime bepalingen kunnen voor problemen zorgen. De vraag is bijvoorbeeld hoe een rechter dient om te gaan met discussies over bepalingen uit de cao’s. De Hoge Raad gaat er namelijk vanuit dat een cao een afgewogen pakket is van arbeidsvoorwaarden en dat bij de totstandkoming van dat pakket de belangen van de werknemers in voldoende mate zijn behartigd.²¹² Hierdoor zal een rechter niet snel geneigd zijn om cao-bepalingen te toetsen dan wel buiten toepassing te verklaren. Deze cao kent een standaard karakter, wat betekent dat hier dus niet van afgeweken mag worden. Door ruime bepalingen te hanteren wordt ruimte gecreëerd om invulling hieraan te geven.

Ad. 2 Rechtsvermoeden en min-maxcontracten

‘Als je dit wenst, is je werkgever verplicht, aan de hand van het wettelijk rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW te beoordelen of de overeengekomen minimum arbeidsduur nog aansluit bij je feitelijk structureel gewerkte uren. Indien dat niet het geval is, dan moet je

²¹¹ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 2 sub a.

²¹² HR 20 december 2002, NJ 2003/153 (Bollemeijer/TPG).

*werkgever in overleg met jou de minimum arbeidsduur in de arbeidsovereenkomst verhogen, gebaseerd op een representatieve referentieperiode.*²¹³

Het is opmerkelijk dat in dit lid gesproken wordt over het wettelijk rechtsvermoeden terwijl dit lid ziet op een min-maxcontract. In hoofdstuk 3 kwam naar voren dat er in beginsel geen beroep op het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang kon worden gedaan wanneer er sprake was van een min-maxcontract. Artikel 4.2 lid 3 sub c Cao VVT 2014-2016 opent de weg voor werknemers werkzaam in de sector VVT met een min-maxcontract om toch een beroep te doen op het wettelijke rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW. De werknemer met een min-maxcontract wordt hierdoor beschermd wanneer de feitelijk structureel gewerkte uren niet overeenkomen met de overeengekomen minimum arbeidsduur. Deze bepaling zorgt ervoor dat de situatie zoals geschetst in hoofdstuk 3 zich niet voor kan doen. Er kan weldegelijk een beroep worden gedaan op het rechtsvermoeden op grond van deze bepaling.

Ad. 3 Marge voor min-maxcontracten

*'Als je een min/max contract bent overeengekomen dan bedraagt de maximum arbeidsduur hooguit anderhalf maal (150% van) de minimum arbeidsduur (Ingangsdatum: 1 juli 2015).*²¹⁴

Hier valt op dat de marge tussen de minimum en maximum arbeidsomvang vanaf 1 juli 2015 verder wordt beperkt. De maximumomvang mag hooguit anderhalf maal de minimumomvang bedragen. Dit komt de bescherming van de werknemer ten goede. Hierdoor wordt namelijk de werknemer met een min-maxcontract beschermd tegen het afsluiten van een min-maxcontract met een ruime marge.

Ad. 4 Eventuele loonvordering

*'Als je werkt op basis van een nulurencontract, dan ontvang je vanaf 1 juli 2014 maar uiterlijk 31 december 2014 van je werkgever een aanbod voor een contract met een concrete gemiddelde arbeidsduur.*²¹⁵

De werkgever dient de werknemer uiterlijk vóór 31 december 2014 een arbeidsovereenkomst met een concrete gemiddelde arbeidsduur te hebben aangeboden. Wanneer de werknemer ervoor heeft gekozen om het nulurencontract te behouden heeft hij jaarlijks de gelegenheid om aan te geven of hij het nulurencontract wil omzetten in een arbeidsovereenkomst met een concrete wekelijkse arbeidsomvang. Wanneer er vóór 31 december 2014 geen arbeidsovereenkomst met een concrete gemiddelde arbeidsduur is aangeboden is de vraag of de werkgever het risico loopt dat een werknemer een loonvordering in stelt. De werknemer kan namelijk jaarlijks aangeven of hij het nulurencontract wil omzetten in een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsomvang en de werkgever dient dit verzoek te honoreren. De werkgever dient de werknemer hiertoe ook in de gelegenheid te stellen. Wanneer een werkgever niet vóór 31 december 2014 de mogelijkheid heeft geboden, kan de werknemer aangeven dat hij al eerder recht had op een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur en dus een loonvordering instellen.

Kortom: deze bepalingen beschermen de werknemer met een nulurencontract of min-maxcontract verder tegen inkomensonzekerheid. Een nulurencontract mag alleen nog maar worden gebruikt indien het gaat om opvang van onvoorziene en onplanbare cliëntvragen en/of uitval van personeel die niet door andere werknemers kan worden geleverd of alleen door onevenredige aantasting van geplande roosters van de werknemer of collega's

²¹³ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 3 sub c.

²¹⁴ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 3 sub b (*geldend vanaf 1 juli 2015*).

²¹⁵ Cao VVT 2014-2016, artikel 4.2 lid 2 sub d.

mogelijk is. Dit is mijns inziens een ruim begrip, waardoor de rechtszekerheid van de werknemer niet op voorhand toeneemt. Echter, het is aan de werkgever om te bewijzen of er sprake is van een dergelijke onvoorziene en onplanbare situatie waardoor hij genoodzaakt was om gebruik te maken van een nulurencontract.

Vervolgens wordt aan de werknemer met een min-maxcontract de mogelijkheid geboden om, wanneer de feitelijk structureel gewerkte uren niet aansluiten bij de overeengekomen minimum arbeidsuur, een beroep te doen op het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW. De werkgever is dan verplicht om in overleg met de werknemer de minimumarbeidsduur in de arbeidsovereenkomst te verhogen. Ook wordt de marge van het min-maxcontract beperkt tot anderhalf maal de minimale arbeidsomvang. Deze regelingen geven de werknemer de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsomvang te krijgen, waardoor meer inkomenszekerheid wordt gegarandeerd. De werknemer heeft mijns inziens de mogelijkheid om een loonvordering in te stellen wanneer de werkgever niet aan zijn verplichting voldoet om een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur aan te bieden.

4.3.2. Cao Ziekenhuizen 2011 – 2014

De Cao Ziekenhuizen 2011-2014 kent ook een standaard karakter.²¹⁶ Dit betekent dat het de werkgever niet is toegestaan om af te wijken van deze cao of om andere afspraken betreffende arbeidsvoorwaarden met de werknemer te maken.

In de cao met de looptijd van 2011 tot 2014 is aandacht besteed aan oproepkrachten/nulurencontracten. De werkgever heeft op grond van deze cao de verplichting om de arbeidsuren van medewerkers op basis van een oproepcontract te beperken tot maximaal 4% van het totaal aantal arbeidsuren dat volgens de formatie in de instelling beschikbaar is.²¹⁷ Een soort gelijke regeling was ook terug te vinden in de cao GGZ zoals hiervoor besproken in paragraaf 4.3.4. Dit houdt in dat er niet onbeperkt gebruik kan worden gemaakt van flexibele contracten. Verder is in deze cao nog geen rekening gehouden met de nieuwe regels betreffende de flexibele werknemers.

4.3.2.1. Onderhandelaarsakkoord

Op 3 maart 2015 is er een onderhandelaarsakkoord gesloten tussen de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (hierna: NVZ) en de vakbonden. In dit onderhandelaarsakkoord is afgesproken dat het gebruik van nulurencontracten tot het uiterste dient te worden beperkt.²¹⁸ Er mag enkel gebruik worden gemaakt van dergelijke contracten wanneer het gaat om:

- opvang voor onvoorziene en ongeplande ziekenhuisactiviteit of;
- opvang van onvoorziene en ongeplande uitval van personeel die niet door werknemers met een arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd met een aantal overeengekomen werkuren per jaar kan worden geleverd of alleen door onevenredige aantasting van geplande roosters mogelijk is.²¹⁹

Daarnaast is in dit akkoord opgenomen dat werknemers die structureel werkzaam zijn op basis van een nulurencontract het recht hebben op een arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd met een aantal overeengekomen arbeidsuren per jaar. Werknemers die langer dan een jaar werkzaam zijn binnen een instelling, zoals bedoeld in deze cao, kunnen

²¹⁶ Cao Ziekenhuizen 2011-2014, artikel 2.2, p. 17.

²¹⁷ Cao Ziekenhuizen 2011-2014, artikel 3.2.9, p. 23.

²¹⁸ Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 3 maart 2015, p. 2.

²¹⁹ Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 3 maart 2015, p. 2.

vanaf 31 december 2014 de werkgever verzoeken om het nulurencontract om te zetten in een flexpoolcontract. De werkgever dient dit verzoek dan ook te honoreren, tenzij er sprake is van een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang dat zich hiertegen verzet.²²⁰ De omvang van deze arbeidsovereenkomst wordt vastgesteld op basis van het gemiddeld aantal gewerkte uren van het afgelopen kalenderjaar. Wanneer een nulurencontract wordt omgezet betekent dit wel dat een werknemer gehoor dient te geven aan een oproep van de werkgever.

De intentie van deze afspraken is om te voorkomen dat nulurencontracten de vastgestelde structurele formatie verdringen.²²¹ Met het oog hierop komt artikel 3.2.9 dan ook te vervallen.

4.3.2.2 Kanttekeningen

Ook kunnen er kanttekeningen worden geplaatst bij de bepalingen zoals deze zijn opgenomen in het onderhandelaarsakkoord. Op de volgende punten zal hieronder worden ingegaan:

1. onderhandelaarsakkoord versus aangemelde cao;
2. onderscheid tussen huidige werknemers en nieuwe werknemers;
3. onvoorziene en ongeplande ziekenhuisactiviteiten en uitval van personeel;
4. zwaarwegend bedrijfseconomisch belang;
5. flexpoolcontract/werknemer;
6. eventuele loonvordering.

Ad. 1 Onderhandelaarsakkoord versus aangemelde cao

Allereerst dient opgemerkt te worden dat het hier gaat om een onderhandelaarsakkoord en niet om een definitieve collectieve arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat nog niet duidelijk is hoe deze bepalingen worden verwoord in de cao en dat werkgevers en werknemers nog niet gebonden zijn aan deze cao. Echter, er kunnen al wel een paar kanttekeningen worden geplaatst bij de afspraken die zijn verwoord in dit akkoord met het oog op de doelstelling van de regering om nulurencontracten te verbieden.

Ad. 2 Onderscheid tussen huidige werknemers en nieuwe werknemers

‘Vanaf 31 december 2014 is voor werknemers met een nulurencontract die een jaar binnen de instelling werkzaam zijn afgesproken dat zij de werkgever kunnen verzoeken om het nulurencontract om te zetten in een contract als (flexpool)werknemer. De werkgever zal dit verzoek honoreren tenzij een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang zich daartegen verzet.’²²²

Voordat een verzoek tot converteren kan worden gehonoreerd dient de werknemer *minstens een jaar werkzaam* te zijn binnen de instelling. Door deze afspraken wordt er onderscheid gemaakt tussen werknemers die al op basis van een nulurencontract werkzaam waren en nieuwe werknemers. Bij een werknemer die al werkzaam was op basis van een nulurencontract wordt dit contract omgezet in een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur wanneer hij

²²⁰ Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 3 maart 2015, p. 3.

²²¹ Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 3 maart 2015, p. 3.

²²² Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 3 maart 2015, p. 3.

- *minstens een jaar werkzaam* is binnen de instelling en
- *er geen zwaarwegend bedrijfseconomisch belang* bestaat wat zich daartegen verzet.

Wanneer het gaat om nieuwe nulurencontracten, bestaan deze voorwaarden niet en geldt dus een verbod. Voor nieuwe werknemers geldt de uitzondering dat toch gebruik mag worden gemaakt van een nulurencontract wanneer sprake is van onvoorziene en ongeplande ziekenhuisactiviteiten of uitval van personeel. Mijs inziens dienen alle werknemers een aanbod te krijgen om het nulurencontract om te zetten in een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur, ongeacht de duur van het dienstverband.

Ad. 3 Onvoorziene en ongeplande ziekenhuisactiviteiten en uitval van personeel

'Partijen spreken af dat het gebruik van nulurencontracten tot het uiterste wordt beperkt door deze contracten alleen toe te passen in uitzonderlijke situaties. Het gaat daarbij om situaties waarbij sprake is van:

- *opvang van onvoorziene en ongeplande ziekenhuisactiviteiten of*
- *opvang van onvoorziene en ongeplande uitval van personeel*

*die niet door werknemers met een arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd met een aantal overeengekomen werkuren per jaar kan worden geleverd of alleen door onevenredige aantasting van geplande roosters mogelijk is.*²²³

Het is niet duidelijk wat verstaan kan worden onder *onvoorziene en ongeplande ziekenhuisactiviteiten* of *onvoorziene en ongeplande uitval van personeel*. Deze begrippen kunnen voor discussie zorgen. Zoals in paragraaf 4.3.1.2. besproken is het mijs inziens niet duidelijk waarom in deze situaties de mogelijkheid dient te bestaan tot het sluiten van nulurencontracten. De werkgever dient rekening te houden met onvoorziene en onplanbare situaties. Hierbij is van belang dat het aan de werkgever is om te bewijzen dat er sprake is van een dergelijke situatie. De werkgever zal dan voldoende aannemelijk dienen te maken dat er sprake is van onvoorziene en onplanbare ziekenhuisactiviteiten of uitval van personeel dat niet kan worden opgevangen door de structurele formatie.

Ad. 4 Zwaarwegend bedrijfseconomisch belang

*'De werkgever zal dit verzoek honoreren tenzij een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang zich daartegen verzet.*²²⁴

Een dergelijk verzoek om een nulurencontract te laten converteren in een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsomvang dient gehonoreerd te worden door de werkgever, *tenzij een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang zich daartegen verzet*. Dit begrip is o.a. terug te vinden bij eenzijdige wijziging (artikel 7:613 BW), bij vermindering en vermeerdereiding van de arbeidsduur (artikel 2 lid 8 Wet aanpassing arbeidsduur) en in het nieuwe concurrentiebeding (artikel 7:652 lid 2 BW). Deze norm wordt als een zware norm beschouwd. Hieronder wordt een korte beschrijving gegeven van de invulling van het zwaarwegend bedrijfseconomisch belang in deze artikelen.

Bij het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden is één van de toetsingscriteria dat er sprake moet zijn van een zwaarwegend belang.²²⁵ Hiermee wordt bedoeld zwaarwegende

²²³ Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 3 maart 2015, p. 2.

²²⁴ Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 3 maart 2015, p. 3.

bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden.²²⁶ Bij beoordeling van de zwaarwichtigheid dient terughoudendheid in acht te worden genomen. Hiervan is sprake wanneer er een werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert en daardoor bijvoorbeeld genoodzaakt is een reorganisatie door te voeren.²²⁷

Bij vermindering of vermeerdering van de arbeidsduur dient ook sprake te zijn van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang.²²⁸ Met de kwalificatie zwaarwegend wordt bedoeld dat niet ieder bedrijfsbelang kan leiden tot aanpassing van de arbeidsduur. Gezien de parlementaire geschiedenis van dit artikel dient gedacht te worden aan economische, technische of operationele belangen die ernstig zouden worden geschaad.

In het nieuwe artikel betreffende het concurrentiebeding is deze bepaling ook opgenomen.²²⁹ Een concurrentiebeding mag niet meer overeengekomen worden wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan tenzij het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Een werkgever dient in de arbeidsovereenkomst te motiveren wat de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zijn die een concurrentiebeding noodzakelijk maken.²³⁰ De werkgever dient een concrete afweging te maken, wat lichtvaardig gebruik van het concurrentiebeding bemoeilijkt wordt. Zonder een dergelijke motivering is het beding nietig. Een werknemer kan zich tot de rechter wenden indien hij van mening is dat er niet of niet meer sprake is van een zwaarwichtig bedrijfs- of dienstbelang.²³¹

Kortom: dit laat zien dat de beoordeling van een zwaarwegend belang een strenge toets is. Doordat het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang al is opgenomen in de hierboven genoemde artikelen, ligt het mijns inziens voor de hand dat deze invulling onverkort gehandhaafd zal blijven. Het is aan de werkgever om te bewijzen dat er sprake is van het bestaan van een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang. Rechters zullen naar mijn mening terughoudendheid in acht nemen. Wanneer er geen sprake is van grote financiële problemen zal niet snel een zwaarwichtig bedrijfseconomisch belang worden aangenomen.

Ad. 5 Flexpoolcontract/werknemer

‘Vanaf 31 december 2014 is voor werknemers met een nulurencontract die een jaar binnen de instelling werkzaam zijn afgesproken dat zij de werkgever kunnen verzoeken om het nulurencontract om te zetten in een contract als (flexpool)werknemer. (...) De arbeidsovereenkomst van deze (flexpool)werknemer heeft de omvang van het gemiddeld gewerkte aantal uren van het kalenderjaar waarin de werknemer werkzaam is geweest.’²³²

Vervolgens staat er in het onderhandelaarsakkoord dat een werknemer met een nulurencontract die minstens een jaar binnen een instelling werkzaam is het contract kan laten omzetten in een *flexpoolcontract*. Uit de tekst van het onderhandelaarsakkoord valt af te leiden dat een flexpoolcontract in ieder geval een arbeidsovereenkomst is met een concrete arbeidsomvang, welke gebaseerd is op het gemiddeld aantal gewerkte uren van het voorgaande kalenderjaar. Momenteel is niet duidelijk wat er onder een flexpoolcontract dient te worden verstaan. Gezien het feit dat het hier nog gaat om een onderhandelaarsakkoord dient af te worden gewacht hoe de cao-tekst eruit zal komen te zien.

²²⁵ Artikel 7:613 BW.

²²⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr.3, p. 24.

²²⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr.3, p. 24.

²²⁸ Artikel 2 lid 8 en 9 Wet aanpassing arbeidsduur.

²²⁹ Artikel 7:653 lid 2 BW (per 1 januari 2015).

²³⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 91.

²³¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr.3, p. 17.

²³² Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 3 maart 2015, p. 3.

Ad. 6 Eventuele loonvordering

De laatste kanttekening die kan worden gemaakt, is het risico dat een werknemer een loonvordering in stelt wanneer er geen sprake is van een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang. Het gevaar ligt op de loer dat wanneer de werknemer voldoende aannemelijk maakt dat er geen sprake was van een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang de werkgever loon dient te betalen over de periode dat de werknemer eigenlijk recht had op een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur.

Kortom: het is nog de vraag hoe deze afspraken uit het onderhandelaarsakkoord worden verwoord in de cao. Echter, de bepalingen zoals deze zijn verwoord in het akkoord beschermen de werknemer met een nulurencontract verder tegen inkomensonzekerheid. Een nulurencontract mag alleen nog maar worden gebruikt indien het gaat om onvoorziene en onplanbare ziekenhuisactiviteiten en/of uitval van personeel die niet door andere werknemers kan worden geleverd of alleen door onevenredige aantasting van geplande roosters van de werknemer of collega's mogelijk is. Dit is nog steeds een ruim begrip, waardoor de rechtszekerheid van de werknemer niet op voorhand toeneemt. Echter, het is aan de werkgever om te bewijzen dat er sprake is van een dergelijke onvoorziene en onplanbare situatie waardoor hij genoodzaakt was om gebruik te maken van een nulurencontract. In het onderhandelaarsakkoord is het begrip *zwaarwegend bedrijfseconomisch belang* opgenomen. Dit is een begrip wat o.a. al terug is te vinden in het Burgerlijk Wetboek en de Wet aanpassing arbeidsduur. De invulling van de al bestaande begrippen laat zien dit begrip een strenge norm is, waardoor er terughoudendheid in acht dient te worden genomen. Het ligt mijns inziens voor de hand dat deze invulling onverkort gehandhaafd zal blijven. Het is aan de werkgever om te bewijzen dat er sprake is van een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang. Rechters zullen naar mijn mening terughoudendheid in acht nemen en niet zomaar aannemen dat er sprake is van een dergelijk belang. Deze bepalingen geven de werknemer dus de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsomvang te krijgen, waardoor er meer inkomenszekerheid wordt gegarandeerd. De werknemer heeft mijns inziens dan ook de mogelijkheid om een loonvordering in te stellen wanneer de werkgever niet aan zijn verplichting voldoet om een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur aan te bieden.

4.3.3. Cao Jeugdzorg 2014 - 2015

De cao Jeugdzorg 2014-2015 kent ook een standaard karakter behoudens een aantal uitzonderingen.²³³ Wanneer het gaat om onderwerpen die niet zijn geregeld in de cao kunnen er regelingen worden getroffen, mits deze in overeenstemming zijn met de ondernemingsraad en niet in strijd zijn met de cao-bepalingen. Ook kan er voor werknemers in gunstige zin worden afgeweken in een sociaal plan.²³⁴

In de Cao Jeugdzorg van 2014-2015 wordt net als in de Cao GGZ gesproken over afroepcontractanten. Voor deze oproepkrachten in de sector Jeugdzorg is het zo geregeld dat ongeacht of en hoe vaak van de diensten van een dergelijke medewerkers gebruik wordt gemaakt, deze in ieder geval recht heeft op een vergoeding gelijk aan het salaris voor 30 uur per maand, voor iedere kalendermaand dat de afroeprelatie voortduurt.²³⁵ Dit laat zien dat er al een bepaalde mate van zekerheid in deze cao is ingebouwd voor oproepkrachten. Zij hebben in ieder geval recht op salaris op grond van 30 gewerkte uren. Verder is in de cao Jeugdzorg geen rekening gehouden met de nieuwe regels betreffende nulurencontracten.

²³³ Cao Jeugdzorg 2014-2015, artikel 4 sub a.

²³⁴ Cao Jeugdzorg 2014-2015, artikel 4 sub b.

²³⁵ Cao Jeugdzorg 2014-2015, artikel 8 lid 4 sub a.

4.3.4. Cao Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening 2014 - 2016

De cao Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening heeft een standaard karakter als het gaat om rechten en plichten die tot de kern van de arbeidsverhouding tussen de werkgever en de werknemer behoren. Dit betekent dat de werkgever niet kan afwijken van deze bepalingen.²³⁶ Ook zijn er bepalingen in deze cao die een minimum karakter kennen. Er kunnen op ondernemingsniveau eigen decentrale arbeidsvoorwaarden tot stand komen, mits deze voldoen aan de spelregels die in de cao worden gesteld.

In de cao Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening (hierna: cao W&MD) 2012-2013 was een bepaling opgenomen betreffende min-maxcontracten.²³⁷ In deze bepalingen was een definitie opgenomen en vervolgens werd er ook een uiterste marge aangegeven voor het minimum en maximum aantal uren, namelijk geen ruimere marge dan 10 uur per week. In de nieuwe cao W&MD welke een looptijd kent van 2014 tot 2016 is dit artikel komen te vervallen, met als toelichting dat dit in de Wet is geregeld.²³⁸ Verder is er in deze cao niets opgenomen betreffende nulurencontracten.

4.3.5. Cao GGZ 2011 - 2013

Sinds 1 januari 2013 is de cao voor de geestelijke gezondheidszorg (GGZ) geëindigd. Momenteel zijn de cao partijen in overleg met elkaar, maar hier is nog geen cao akkoord uit voortgevloeid. Om een volledig beeld te creëren zal hieronder worden ingegaan op de cao GGZ van 2011-2013. Deze cao kent een standaard karakter. Dit betekent dat er voor zover niet anders is bepaald, niet kan worden afgeweken van de bepalingen in deze cao, mits er sprake is van een uitzondering zoals opgenomen in de afwijkingsmogelijkheden in artikel 6 van hoofdstuk B Toepassing en Ontheffing.²³⁹

In deze cao wordt gesproken van afroepmedewerkers. Voor het inschakelen van afroepmedewerkers gelden een drietal regels. De eerste regel is dat de totale werktijd van de werknemers die incidenteel op afroep werkzaamheden verrichten per jaar maximaal 4% mag bedragen van het totaal aantal arbeidsuren dat volgens de formatie in de instelling beschikbaar is.²⁴⁰ Ten tweede mogen personen die incidenteel op afroep werkzaamheden verrichten, wekelijks gemiddeld maximaal 16 uren worden ingezet (gemeten op kwartaalbasis).²⁴¹ Ten slotte dient de werkgever de werknemer die deze gemiddelde aantal van 16 uur per week overschrijdt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd aan te bieden. De arbeidsduur dient in overleg te worden vastgesteld.²⁴² Doordat er sprake is van een standaard karakter kan hiervan niet worden afgeweken.

Door deze regeling wordt er een zekere bescherming geboden aan oproepkrachten die gemiddeld meer dan 16 uur per week werken. Echter, aan oproepkrachten die minder dan 16 uur per week werken wordt er geen bescherming geboden.

4.3.6. Cao Gehandicaptenzorg 2014 - 2015

De cao Gehandicaptenzorg 2014-2015 kent ook een standaard karakter.²⁴³ Dit betekent dat er voor zover er niet anders is bepaald, niet mag worden afgeweken van deze cao.

²³⁶ Cao W&MD 2014-2016, artikel 1.3.

²³⁷ Cao W&MD 2012-2013, artikel 2.4.

²³⁸ Cao W&MD 2014-2016, artikel 0.3 *transitietabel*.

²³⁹ Cao GGZ 2011-2013, p. 8.

²⁴⁰ Cao GGZ 2011-2013, artikel 3.3 sub a.

²⁴¹ Cao GGZ 2011-2013, artikel 3.3 sub b.

²⁴² Cao GGZ 2011-2013, artikel 3.3 sub c.

²⁴³ Cao Gehandicaptenzorg 2014-2015, artikel 1:3 lid 2.

Afwijkingen zijn dan ook nietig.²⁴⁴ Hierin is opgenomen dat deze cao als een overgangperiode dient te worden aangemerkt waarbinnen ruimte is om van huidige flexibele contractvormen over te gaan naar een invulling conform de WWZ.²⁴⁵

In deze cao is er al deels rekening gehouden met het verbod op nulurencontracten. In artikel 6:13 is namelijk opgenomen:

‘Op verzoek van de werknemer wordt zijn nulurencontract voor onbepaalde tijd, omgezet in een contract met vaste uren tenzij het bedrijfseconomisch belang dit in de weg staat.’²⁴⁶

Deze bepaling kent een standaard karakter waardoor er dus niet van mag worden afgeweken. Hier valt op dat een nulurencontract wordt omgezet in een contract met vaste uren indien het nulurencontract voor *onbepaalde tijd* is en het *bedrijfseconomisch belang* dit niet in de weg staat. Er worden criteria gegeven waardoor niet alle nulurencontracten hoeven omgezet te worden in een arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsomvang. De eerste kanttekening die hier kan worden gemaakt is dat wanneer er sprake is van een nulurencontracten voor bepaalde tijd er geen beroep kan worden gedaan op dit artikel. Hier wordt dus een onderscheid gemaakt tussen nulurencontracten voor bepaalde en onbepaalde tijd. De tweede opmerking is dat er geen sprake mag zijn van een bedrijfseconomisch belang. Zoals eerder aangegeven in paragraaf 4.3.2. betreffende de cao Ziekenhuizen is dit een strenge norm. Het is aan de werkgever om te bewijzen dat hier sprake van is. Rechters zullen terughoudendheid in acht nemen, omdat het moet gaan om grote financiële moeilijkheden. Mijns inziens zal niet zomaar worden aangenomen dat sprake is van dergelijke moeilijkheden waardoor de werkgever een verzoek om omzetting niet zou kunnen honoreren.

4.3.7. Cao Ambulancezorg 2013 - 2014

De cao Ambulancezorg 2013-2014 kent een standaard karakter. Dit houdt in dat er niet mag worden afgeweken van de cao-bepalingen, tenzij er in de betreffende bepaling anders is geregeld.²⁴⁷

In de Cao Ambulancezorg 2013-2014 is er nog geen rekening gehouden met het verbod op nulurencontracten. In deze cao is in bijlage twee een voorbeeld van een oproepovereenkomst opgenomen waaraan een oproepovereenkomst in de sector ambulance zorg moet voldoen.²⁴⁸ In deze voorbeeld oproepovereenkomst is opgenomen dat de werkgever niet verplicht is om een oproepkracht te werk te stellen en loon te betalen, indien er geen behoefte bestaat aan de inzet van de oproepkracht.²⁴⁹ Ook wordt in artikel 7 in deze voorbeeld oproepovereenkomst de loondoorbetalingsverplichting van artikel 7:628 BW uitdrukkelijk uitgesloten. Er bestaat geen recht op doorbetalingen van loon indien de werkgever, om wat voor reden dan ook, niet in staat is de oproepkracht werk aan te bieden.²⁵⁰ Dit sluit dus niet aan bij de nieuwe wettekst van artikel 7:628 BW en ook niet bij de doelstelling om nulurencontracten tegen te gaan.

De cao partijen (Ambulancezorg Nederland, FNV en CNV Zorg en Welzijn) zijn momenteel nog niet tot een cao akkoord gekomen. De Ambulancezorg Nederland heeft een voorstel gedaan voor 2015-2016 waar de vakbonden (nog) niet mee akkoord zijn gegaan.²⁵¹ Hierin is

²⁴⁴ Cao Gehandicaptenzorg 2014-2015, artikel 1:3 lid 2.

²⁴⁵ Cao Gehandicaptenzorg 2014-2015, *Sociaal akkoord*, p. 5.

²⁴⁶ Cao Gehandicaptenzorg 2014-2015, artikel 6:3.

²⁴⁷ Cao Ambulancezorg 2013-2014, artikel 1.4, p. 12

²⁴⁸ Cao Ambulancezorg 2013-2014, artikel 3.5, p. 23 jo. bijlage 2, p. 89.

²⁴⁹ Cao Ambulancezorg 2013-2014, bijlage 2, p. 91

²⁵⁰ Cao Ambulancezorg 2013-2014, bijlage 2, p. 92.

²⁵¹ Ambulancezorg Nederland 2014, p. 4.

opgenomen dat de inzet van nulurencontracten verminderd zal worden. Hierin is voorgesteld om de inzet van flexkrachten te verminderen door het inrichten van een flexpool en om interne flexibiliteit van de huidige werknemers te verhogen. Wat hieronder wordt verstaan is nog onduidelijk. Verder is er geen gelijke bepaling zoals in de cao VVT terug te vinden. Ook in de voorstelbrief van de vakbonden naar de Ambulancezorg Nederland is niks terug te vinden over bepalingen betreffende nulurencontracten of min-maxcontracten.²⁵²

²⁵² Vakbonden (FNV en CNV Zorg en Welzijn) 2014.

4.4. Overzicht

	Standaard/ minimum cao	Op welke manier is er momenteel rekening gehouden met nulurencontracten of min- maxcontracten	Rekening gehouden met Sociaal Akkoord & WWZ
Cao VVT	Standaard	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Verbod nulurencontracten</u> - <u>Uitzonderingen:</u> onvoorzienbare en onplanbare cliëntvragen of uitval van personeel - <u>Converteren</u> nulurencontract in arbeidsovereenkomst met concrete arbeidsomvang (jaarlijkse mogelijkheid) - beperkte marge voor min-maxcontracten - beroep op 7:610b bij min-maxcontracten 	Ja, maar: <ul style="list-style-type: none"> - <u>Ruime begrippen</u> zoals <i>onvoorzienbare of onplanbare cliëntvragen of uitval van personeel</i> - nog steeds nulurencontracten mogelijk wanneer werknemer geen verzoek doet tot converteren
Cao Ziekenhuizen <i>(Onderhandelaars-akkoord)</i>	Standaard	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Verbod nulurencontracten</u> - <u>Uitzonderingen:</u> onvoorzienbare en onplanbare ziekenhuisactiviteiten of uitval van personeel - <u>Converteren</u> bestaande nulurencontract in arbeidsovereenkomst met concrete arbeidsomvang <i>tenzij zwaarwegend bedrijfseconomisch belang</i> (zware norm) 	Ja, maar: <ul style="list-style-type: none"> - <u>Ruime begrippen</u> zoals <i>onvoorzienbare of onplanbare ziekenhuisactiviteit en of uitval van personeel</i> - Minimaal een jaar werkzaam zijn
Cao Jeugdzorg	Standaard	<ul style="list-style-type: none"> - Ongeacht het aantal oproepen, is er <u>recht op vergoeding voor 30 uur per maand</u> 	Nee
Cao W&MD	Standaard & minimum	Nee	Nee
Cao GGZ	Standaard	<ul style="list-style-type: none"> - maximaal voor <u>4% van de totale arbeidsduur</u> van de instelling mag een flexibel contract worden ingezet - maximaal <u>16 uur</u> per week - bij overschrijding: <u>converteren</u> naar arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd 	Nee
Cao Gehandicapten zorg	Standaard	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Converteren</u> nulurencontract voor <i>onbepaalde tijd</i> in arbeidsovereenkomst met concrete arbeidsomvang - <u>Uitzondering:</u> <i>bedrijfseconomisch belang</i> (zware norm) 	Deels, maar: <ul style="list-style-type: none"> - alleen voor <u>nulurencontracten voor onbepaalde tijd</u>

4.5 Sancties

Als laatste dient hier de vraag gesteld te worden wat de sanctie is op het niet naleven van de cao-bepalingen. In Nederland is ongeveer 20% van de werknemers lid van een vakbond. De overige werknemers zijn gebonden aan een cao door een incorporatiebeding. Een werkgever dient op grond van artikel 14 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: WCAO) de geldende cao ook toe te passen op ongebonden werknemers. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een ongeorganiseerde werknemer de werkgever niet met een beroep op de WCAO aan de bepalingen kan houden.²⁵³ Alleen een vakbond die cao-partij is kan de werkgever dwingen om de cao na te komen. Echter, dit probleem wordt opgelost doordat al deze cao's algemeen verbindend worden verklaard. Hierdoor wordt de cao van toepassing op de gehele bedrijfssector. De cao VVT 2014-2016 is per 26 februari 2015 al algemeen verbindend verklaard en geldt dus voor alle werknemers die binnen deze sector werken.

De sanctie die kan worden ingezet bij het niet nakomen van bepalingen is het vorderen van schadevergoeding. Dit is geregeld in artikel 15 WCAO. Een schadevergoeding kan alleen worden gevorderd door een vakbond die bij het sluiten van de cao betrokken was. In de sector VVT diende er uiterlijk voor 31 december 2014 een aanbod gedaan te worden aan werknemers met een nulurencontract om deze te laten converteren in een arbeidsovereenkomst met een concrete gemiddelde arbeidsomvang. De vraag is of alle werkgevers in deze sector deze verplichting zijn nagekomen. Wanneer zij hier niet aan hebben voldaan lopen zij, zoals eerder in dit hoofdstuk besproken, het risico dat een werknemer een loonvordering in stelt over de duur dat de werknemer eigenlijk recht had op een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur.

Er is aangegeven dat eind 2015 zal worden geëvalueerd of er alsnog een ministeriële regeling dient te volgen.²⁵⁴ In de cao VVT 2014-2016 is de afspraak gemaakt dat de werkgever jaarlijks met het medezeggenschapsorgaan dient te overleggen betreffende terugdringen van het gebruik van nulurencontracten en min-maxcontracten. Hierdoor heeft het medezeggenschapsorgaan invloed op het naleven van de cao-bepalingen.

Mijns inziens bieden deze afspraken voldoende houvast om werknemers te beschermen. Doordat de cao's algemeen verbindend worden verklaard dienen de bepalingen op iedere werknemer in de sector te worden toegepast.

4.6 Deelconclusie

De StvdA heeft zich gecommitteerd aan het integraal akkoord van de sector VVT. Dit laat zien dat de stichting het eens is met de afspraken zoals deze zijn gemaakt in de sector VVT en dus ook met de bepalingen zoals deze zijn opgenomen in de cao VVT. De stichting meent dat wanneer er in de andere sectoren in de zorg vergelijkbare afspraken worden gemaakt, kan worden voldaan aan de doelstelling van de regering en de sociale partners.²⁵⁵ Minister Asscher sluit zich aan bij het advies van de StvdA en dus bij de bepalingen zoals deze zijn opgenomen in de cao VVT 2014-2016.

Mijns inziens kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij deze bepalingen, namelijk of deze wel conform de afspraken van het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 zijn. In dit akkoord was namelijk afgesproken dat er een wettelijk verbod zou komen op het gebruik van nulurencontracten in de zorg.²⁵⁶ Door de bepalingen zoals opgenomen in de cao VVT en in het onderhandelaarsakkoord van de cao Ziekenhuizen neemt de rechtszekerheid van de

²⁵³ HR 7 juni 1957, NJ 1957/527 (Suk/Brittania).

²⁵⁴ Stichting van de Arbeid 2014, p. 2.

²⁵⁵ StvdA 2014, p. 1.

²⁵⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 33.

werknemer niet op voorhand toe. Er wordt namelijk gebruik gemaakt van ruime bepalingen zoals *onvoorziene of onplanbare cliëntvragen /ziekenhuisactiviteiten* en *uitval van personeel*. Door dergelijke bepalingen kan er discussie ontstaan. Voor een werkgever in deze sector moet het mijns inziens in principe duidelijk zijn hoeveel *cliëntvragen* er jaarlijks binnen komen en wanneer er ziekenhuisactiviteiten dienen plaats te vinden. Ook is de uitval van personeel een erg gemakkelijke norm. De werkgever dient rekening te houden met onvoorziene en onplanbare situaties. Dit is namelijk het risico wat een onderneming loopt en zeker wanneer er gewerkt wordt met zorgbehoefigen. Echter, hierbij is van belang dat het aan de werkgever is om aan te tonen dat sprake is van een onvoorziene of onplanbare situatie. Ruime bepalingen kunnen voor problemen zorgen. De vraag is bijvoorbeeld hoe een rechter om moet gaan met discussie een bepaling uit de cao. De Hoge Raad gaat er namelijk vanuit dat een cao een afgewogen pakket is van arbeidsvoorwaarden en dat bij de totstandkoming van dat pakket de belangen van de werknemers in voldoende mate zijn behartigd.²⁵⁷ Hierdoor zal een rechter niet snel geneigd zijn om cao-bepalingen te toetsen dan wel buiten toepassing te verklaren.

Vervolgens is er in de cao Gehandicaptenzorg en in het onderhandelaarsakkoord betreffende de cao Ziekenhuizen opgenomen dat er alleen gebruik mag worden gemaakt van nulurencontracten wanneer een zwaarwichtig bedrijfseconomisch belang zich tegen hiertegen verzet. Dit is een strenge norm. Er dient sprake te zijn van zwaarwichtige omstandigheden zoals grote financiële moeilijkheden, waardoor een werkgever genoodzaakt is om een reorganisatie door te voeren. Deze financiële moeilijkheden dienen dan ook door de werkgever aangetoond te worden. Wanneer een onderneming een redelijke omzet heeft zal er niet snel worden aangenomen dat sprake is van zwaarwegende bedrijfseconomische belangen die zich verzetten tegen converteren van een nulurencontract.

Kortom: veel collectieve arbeidsovereenkomsten hebben nog geen afspraken gemaakt betreffende nulurencontracten. Zij dienen hier vóór eind 2015 zorg voor te dragen. Wanneer zij dit niet doen zal er alsnog een ministeriële regeling volgen. In de cao VVT, cao Gehandicaptenzorg en in het onderhandelaarsakkoord betreffende de cao Ziekenhuizen zijn wel al afspraken gemaakt. Door deze bepalingen worden werknemers verder beschermd tegen inkomensonzekerheid. De bepalingen voldoen mijns inziens redelijk aan de doelstelling van de regering en de StvdA. Echter, er dienen kanttekeningen te worden geplaatst bij de ruime bepalingen. Uit het feit dat de StvdA en minister Asscher zich committeren aan de bepalingen zoals deze zijn opgenomen in de cao VVT, valt af te leiden dat er naar waarschijnlijkheid geen ministeriële regeling zal volgen wanneer er in andere cao's vergelijkbare afspraken worden gemaakt. Dit heeft als gevolg dat er geen algeheel verbod op nulurencontracten zal komen, noch middels ministeriële regeling noch middels collectieve arbeidsovereenkomsten.

²⁵⁷ HR 20 december 2002, NJ 2003/153 (Bollemeijer/TPG).

Conclusie

Flexibiliteit is een belangrijke factor binnen arbeidsverhoudingen. Voor werkgevers is het van belang om het arbeidsaanbod snel in overeenstemming te kunnen brengen met de productie of werkzaamheden. Voor werknemers is flexibiliteit van belang om werk goed te kunnen combineren met het privéleven en daarnaast kan een flexibel contract fungeren als overstap naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Flexibele contracten worden echter een probleem als werknemers langdurig in onzekerheid verkeren omtrent hun perspectief op de arbeidsmarkt.

Bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is er al een poging gedaan om de rechtsbescherming van flexibele werknemers te verbeteren. In artikel 7:628 lid 5 BW was de mogelijkheid om de loondoorbetalingsverplichting uit te sluiten beperkt tot de eerste zes maanden van een arbeidsovereenkomst, maar deze termijn kon worden opgerekt in de collectieve arbeidsovereenkomst ex 7:628 lid 7 BW. Door de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting hadden werknemers met een oproepcontract nog steeds een langdurige inkomensonzekerheid. Om deze ongewenste uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting tegen te gaan was er in deze wet de mogelijkheid gecreëerd voor werknemers om een beroep op de rechtsvermoedens van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsomvang te doen. Hierdoor werd de werknemer beschermd wanneer hij structureel werkzaamheden had verricht en opeens niet meer door de werkgever werd opgeroepen. De wettelijke rechtsvermoedens zijn bedoeld voor arbeidsrelaties waarin geen duidelijkheid bestaat over het bestaan van een arbeidsovereenkomst of over de omvang van de arbeidsduur. Gezien de praktijk is er door de komst van de wettelijke rechtsvermoedens meer zekerheid gecreëerd voor de flexibele werknemers met een nulurencontract. Een nulurencontract is namelijk een vorm van een oproepovereenkomst waarbij er tussen werkgever en werknemer geen afspraak wordt gemaakt over de arbeidsomvang. Hierdoor speelt het rechtsvermoeden ex artikel 7:610b BW een grote rol. De praktijk laat zien dat rechters een beroep op het rechtsvermoeden betreffende de arbeidsomvang vaak toewijzen. Hierbij was het van belang dat de reden voor het sluiten van een dergelijk contract erin was gelegen dat de werkgever zo min mogelijk risico wilde lopen betreffende de loondoorbetaling bij het niet voor handen hebben van arbeid. Echter, in de praktijk zal er niet altijd een beroep worden gedaan op het rechtsvermoeden, omdat een werknemer niet de kans wil lopen zijn baan te verliezen.

Wanneer het ging om een min-maxcontract ging een beroep op het rechtsvermoeden niet op. Rechters waren van mening dat een fluctuerende arbeidsomvang een kenmerk vormde voor een min-maxcontract. Volgens rechters was er bij een min-maxcontract een arbeidsduur overeengekomen, namelijk een minimale en maximale omvang. Deze kan variëren tussen het minimum en maximum aantal uren, maar de omvang was volgens hen duidelijk. Hierdoor werd er dus niet voldaan aan de voorwaarde dat de omvang van de arbeid niet of niet duidelijk was vastgesteld. De jurisprudentie laat zien dat bij een min-maxovereenkomst het rechtsvermoeden in beginsel dus geen rol speelt, tenzij het gaat om structurele overschrijding van het maximum aantal uren. Wanneer sprake was van een dermate grote marge paste de rechter de minimale arbeidsduur aan naar de realiteit op grond van het goed werkgeverschap. Mijns inziens kunnen hier vraagtekens bij gesteld worden. Is de arbeidsomvang namelijk duidelijk wanneer sprake is van een min-maxcontract met marge van 5 tot 40 uur? Naar mijn mening is er hier geen sprake van een duidelijke arbeidsomvang waardoor er een beroep kan worden gedaan op het rechtsvermoeden, zonder dat het leerstuk betreffende het goedwerkgeverschap hiervoor nodig is.

Met het nieuwe artikel 7:628 BW heeft de wetgever beoogd om de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting verder te beperken. Indien na zes maanden sprake is van structurele werkzaamheden moet er na deze periode duidelijk zijn wat de omvang van de werkzaamheden is. Ook dient dit voorspelbaar te zijn voor de toekomst. Verdere uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting is daarom onwenselijk. Hiermee wordt volgens de regering de inkomenszekerheid van de werknemer bevorderd en wordt voor de werkgever de flexibiliteit behouden zonder dat het risico geheel op de werknemer wordt afgewenteld. Hierop bestaat de verdere uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting nog steeds, maar deze is aangescherpt. De loondoorbetalingsverplichting kan namelijk nog langer worden uitgesloten indien de aan de functie verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen. De vraag is echter wat er dient te worden verstaan onder werkzaamheden die van *incidentele aard zijn en geen vaste omvang kennen*. Hierop geeft de minister in de parlementaire geschiedenis geen duidelijk antwoord. Daarnaast is er een nieuwe mogelijkheid opgenomen dat de StvdA kan verzoeken om de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting voor bepaalde bedrijfstakken of onderdelen daarvan in zijn geheel te verbieden. De stichting had bij Sociaal Akkoord al aangekondigd dat zij een dergelijke regeling wenselijk vond voor de sector zorg.

Lange tijd was het uitgangspunt dat er per 1 januari 2015 een algeheel verbod op nulurencontracten in de sector zorg zou komen op grond van een ministeriële regeling. Deze regeling zou ervoor zorgen dat het oneigenlijke gebruik van nulurencontracten zou worden tegengegaan. Echter, de StvdA heeft bij brief van 5 december 2014 laten weten dat er voorlopig geen ministeriële regeling nodig is, omdat sociale partners eerst de mogelijkheid dienen te krijgen om het verbod bij collectieve arbeidsovereenkomst te realiseren. De stichting committeert zich aan het integraal akkoord wat bereikt is in de sector VVT betreffende de afspraken die zijn gemaakt ten aanzien van nulurencontracten. Minister Asscher heeft zich aangesloten bij het advies van de StvdA bij brief van 19 december 2014. Hierdoor krijgen de sociale partners de mogelijkheid om het oneigenlijk gebruik van nulurencontracten in de zorg tegen te gaan door afspraken te maken in de collectieve arbeidsovereenkomsten. De minister geeft aan dat hij eind 2015 zal evalueren of via deze weg het doel om de nulurencontracten terug te dringen is bereikt.

Mijns inziens kunnen er kanttekeningen worden geplaatst bij deze bepalingen, namelijk of deze wel conform de afspraken van het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 zijn. In dit akkoord was namelijk afgesproken dat er een wettelijk verbod zou komen op het gebruik van nulurencontracten in de zorg. Door de bepalingen zoals opgenomen in de cao VVT en in het onderhandelaarsakkoord van de cao Ziekenhuizen neemt de rechtszekerheid van de werknemer niet op voorhand toe. Er wordt namelijk gebruik gemaakt van ruime normen zoals *onvoorziene of onplanbare cliëntvragen/ziekenhuisactiviteiten en uitval van personeel*. Door dergelijke bepalingen kan discussie ontstaan. Voor een werkgever in deze sector moet het mijns inziens in principe duidelijk zijn hoeveel cliëntvragen er jaarlijks binnen komen. Ook dient het duidelijk te zijn wanneer er ziekenhuisactiviteiten zullen plaatsvinden. Daarnaast is de onvoorzienbare of onplanbare uitval van personeel een open norm, omdat iedere onderneming uitval van personeel heeft wat in de meeste gevallen onvoorzienbaar en onplanbaar is. Dit hoort bij de normale gang van zaken in een onderneming. Aldus, de werkgever dient rekening te houden met onvoorziene en onplanbare situaties. Dit is namelijk een risico wat een onderneming loopt en zeker wanneer er gewerkt wordt met zorgbehoeftigen. Ruime bepalingen kunnen voor problemen zorgen. De vraag is bijvoorbeeld hoe een rechter om moet gaan met discussie over een bepaling uit de cao. De Hoge Raad gaat er namelijk vanuit dat een cao een afgewogen pakket is van arbeidsvoorwaarden en dat bij de totstandkoming van dat pakket de belangen van de werknemers in voldoende mate zijn behartigd. Hierdoor zal een rechter niet snel geneigd zijn om cao-bepalingen te toetsen danwel buiten toepassing te verklaren. Echter, hierbij is van belang om op te merken dat het aan de werkgever is om aan te tonen dat sprake is van

een dergelijke onvoorziene of onplanbare situatie. Dit zal voor een werkgever niet altijd gemakkelijk aan te tonen zijn. Hierdoor geniet de werknemer wel degelijk bescherming tegen het gebruik van nulurencontracten. Ook loopt de werkgever het risico dat een werknemer een loonvordering instelt over de duur dat de werknemer eigenlijk recht had op een arbeidsovereenkomst met een concrete arbeidsduur.

Vervolgens is er in de cao Gehandicaptenzorg en in het onderhandelaarsakkoord betreffende de cao Ziekenhuizen opgenomen dat er geen gebruik mag worden gemaakt van nulurencontracten wanneer een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang zich hiertegen verzet. Dit is een strenge norm. Om te spreken van zwaarwegende omstandigheden dient er sprake te zijn van grote financiële moeilijkheden, waardoor een werkgever bijvoorbeeld genoodzaakt is om een reorganisatie door te voeren. Deze financiële moeilijkheden dienen dan ook door de werkgever aangetoond te worden. Wanneer een onderneming een redelijke omzet heeft zal er niet snel aangenomen worden dat er sprake is van zwaarwegende bedrijfseconomische belangen die zich verzetten tegen converteren van een nulurencontract. Deze bepalingen zorgen dus voor een verdere bescherming van de werknemer.

Veel collectieve arbeidsovereenkomsten hebben nog geen afspraken gemaakt betreffende nulurencontracten. Zij dienen dit voor eind 2015 te doen. Wanneer zij dit niet doen zal er alsnog een ministeriële regeling volgen. In de cao VVT, cao Gehandicaptenzorg en in het onderhandelaarsakkoord betreffende de cao Ziekenhuizen zijn wel al afspraken gemaakt. Door middel van deze bepalingen worden werknemers verder beschermd tegen inkomensonzekerheid. De bepalingen zorgen niet voor een algeheel verbod op nulurencontracten, maar zijn mijns inziens wel afdoende om de werknemer verder te beschermen tegen inkomensonzekerheid (behoudens de kanttekeningen die eerder zijn besproken).

Uit het feit dat de StvdA en minister Asscher zich committeren aan de bepalingen zoals deze zijn opgenomen in de cao VVT, valt af te leiden dat er naar waarschijnlijkheid geen ministeriële regeling zal volgen wanneer er in andere cao's vergelijkbare afspraken worden gemaakt. Dit heeft als gevolg dat er geen algeheel verbod op nulurencontracten zal komen, noch middels ministeriële regeling noch middels collectieve arbeidsovereenkomsten.

Kortom: door de komst van het nieuwe artikel 7:628 BW worden flexibele werknemers verder beschermd tegen langdurige en onvrijwillige inzet op basis van onzekere flexibele contracten en tegen inkomensonzekerheid. De loondoorbetalingsverplichting kan niet ongeclausuleerd meer worden uitgesloten. Voor de sector zorg zijn er verdere beschermingsmaatregelen getroffen. De bepalingen zoals opgenomen in de cao VVT zorgen ervoor dat er in beginsel geen nulurencontracten meer kunnen worden gesloten, wat aansluit bij de doelstelling van de regering en de StvdA. Mijns inziens zijn de getroffen voorzieningen in de cao's dan ook afdoende om het onnodig gebruik van nulurencontracten terug te dringen. Aldus, we hoeven ons tot op heden geen zorgen te maken over de zorg!

Bronnenlijst

Literatuur

Alt 2009

H.J.W. Alt, '*De wettelijke vermoedens van 7:610a en 7:610b tien jaar later*', TAP special 3, december 2009.

Asser 1992

W.D.H. Asser, '*Bewijslastverdeling*', Deventer: Kluwer 1992.

Bergwerf e.a. 2009

V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk en A.R. Houweling, '*Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje?*', TAP 2009, special 3.

Bles 1908

A.E. Bles, '*De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13den juli 1907 (Staatsblad nr. 193) Deel III*', Den Haag: Belinfante 1908.

Boot 1997

G.C. Boot, '*Artikel 7:610a-610b rechtsvermoeden*', Sociaal Recht 1997-7/8.

Cremers-Hartman en de Casparis 2010

E. Cremers-Hartman en P. de Casparis e.a., '*Flexibele arbeidsrelaties, D. Oproepcontract*', Deventer: Kluwer 2010.

Dekker e.a. 2012

Ronald Dekker, Hester Houwing en Lian Kösters, '*Doorstroom van flexwerkers, in Economisch Statistische Berichten*', februari 2012.

Van Drongelen en Fase 2013

J. van Drongelen en W.J.P.M. Fase '*Individueel arbeidsrecht deel 1. De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*', Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

Van Genderen e.a. 2010

D.M. van Genderen, P.S. Fluit, M.E. Stefels en D.J.B. de Wolff, '*Arbeidsrecht in de praktijk*', Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Grijpstra e.a. 1999, p.34.

D.H. Grijpstra, D.J. Klein Hesselink, P.M. de Klaver en E.P. Miedema, '*Eerste ervaringen met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid*', Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Voorlichting, Bibliotheek en Documentatie 1999.

Van Grinsven e.a. 2011

P.M.H.J. van Grinsven en H.C. Geugjes, '*Arbeidsrecht begrepen*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

De Groot 2014

C.J.H. de Groot, '*De flexmaatregelen van de Wet werk en zekerheid*', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2014(6) 267.

Jacobs 2013

A.T.J.M. Jacobs, '*Sociaal Recht: Collectief arbeidsrecht*', Deventer: Kluwer 2013

Knipschild 2009

E. Knipschild, '*De voordelen en risico's van een min-/max-contract*', *Arbeidsrecht* 2009/55.

Knipschild en Ridder 2015

E. Knipschild en T. Ridder, '*De voordelen en risico's van een min-maxovereenkomst anno 2015*', *Arbeidsrecht* 2015/22.

De Laat 2006

J.J.M de Laat, '*De rechtsvermoedens van het bestaan en de omvang van de arbeidsovereenkomst*', SR 2006, 53.

Loonstra 2013

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, '*Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*', Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Loonstra en De Jong 2014

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, '*Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*', Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Loonstra en Zondag 2010

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, '*Arbeidsrechtelijke Themata*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Loonstra en Zondag 2014

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, '*Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*', Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Meijers 1972

E.M. Meijers, '*Ontwerp van een Nieuw Burgerlijk Wetboek*', 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en uitgeversbedrijf 1972.

Schraffordt e.a. 2014

I. Schraffordt, P.Th. Sick, A.T.J.M. Jacobs en W.G.M. Plessen, '*Arbeidsrechtelijke reflecties 2014: Driekwartdwingend recht in Wetsvoorstel Werk en Zekerheid*', Deventer: Kluwer 2014.

SEO 2013

SEO, '*De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers*', 2013.

Snijders e.a. 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, '*Nederlands Burgerlijke Procesrecht*', Deventer: Kluwer 2007.

Verhulp e.a. 2002

E. Verhulp, R.M. Beltzer, K. Boonstra, D. Christe en J. Riphagen, '*Flexibele arbeidsrelaties*', Deventer: Kluwer 2002.

Van der Wiel-Rammeloo 2008

D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, '*De dienstbetrekking in drievoud*', Deventer: Kluwer 2008.

Willems 2015

H. Willems, 'Verbod op nulurencontracten in de zorg, of toch niet?', 1 april 2015
Dirkzwagerabreidsrecht.nl.

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 7 juni 1957, *NJ* 1957/527 (Suk/Britannia).
- HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 60 (Meijer/De Schelde).
- HR 21 oktober 1973, *NJ* 1973, 142 (Beurtvaart-, Brand- en Zeeverzekering/Van Dijk).
- HR 7 mei 1976, *NJ* 1976, 55 (Wielemaker/De Schelde).
- HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 207.
- HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 282 (De Schelde/Wielemaker).
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).
- HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS-arrest).
- HR 17 november 1987, *NJ* 1979, 184 (De Raay/Stichting Rijn-Metaal).
- HR 14 november 1997, *JAR* 1997/17 (Groen/Schroevers).
- HR 21 mei 1999, *JAR* 1999/118.
- HR 20 december 2002, *NJ* 2003/153 (Bollemeijer/TPG).
- HR 10 december 2004, *NJ* 2005, 239 (Diosynth/Groot).
- HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119.
- HR 15 september 2006, *JAR* 2006/244.
- HR 11 februari 2011, *JAR* 2011/75.

Gerechtshof

- Hof 's-Gravenhage 2 juli 2004, *JAR* 2004/285.
- Hof 's-Gravenhage 20 januari 2006, *RAR* 2006/76.
- Hof Leeuwarden 19 april 2006, *RAR* 2006/89.
- Hof Arnhem 15 augustus 2006 *JAR* 2006/240.
- Hof Leeuwarden 28 mei 2008, *JAR* 2008/293.
- Hof Den Bosch 21 april 2009, *JAR* 2009/144.
- Hof Amsterdam 9 juni 2009, *JAR* 2009/180.
- Hof Leeuwarden 7 juli 2009, *LJN* BJ1925.
- Hof Arnhem 19 juli 2009, *JAR* 2010/68.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, *JAR* 2013/157.
- Hof Den Haag 29 oktober 2013, *JAR* 2015/9.

Kantonrechter

- Ktr. Zutphen 17 juni 1991, *Prg.* 1996, 4584.
- Ktr. Heerenveen 18 april 1995, *JAR* 1996/15.
- Ktr. Breda 17 april en 29 mei 1996, *Prg.* 1996, 4631.
- Ktr. Amsterdam 15 maart 1999, *JAR* 1999/80.
- Ktr. Zierikzee 17 december 1999, *JAR* 2000/23.

- Ktr. Utrecht 23 februari 2000, *JAR* 2000/57.
- Ktr. Amsterdam 16 juni 2000, *JAR* 2000/167
- Ktr. Rotterdam 14 augustus 2002, *JAR* 2002/217.
- Ktr. Nijmegen 12 november 2004, *JAR* 2005/20.
- Ktr. Alkmaar 4 mei 2005, *RAR* 2006/162.
- Ktr. Zwolle 4 oktober 2005, *JAR* 2005/244.
- Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, *JAR* 2006/257.
- Ktr. Groningen 15 februari 2007, *LJN* BA6745.
- Ktr. Nijmegen 7 september 2007, *Prg.* 2007/152.
- Ktr. Middelburg 27 oktober 2008, *RAR* 2010/59.
- Ktr. Utrecht 14 januari 2009, *LJN* BG9544.
- Ktr. Zaandam 12 februari 2009, *Prg.* 2009/51.
- Ktr. Wageningen 25 november 2009, *LJN* BK5474.
- Ktr. Groningen 15 december 2009, *JAR* 2010/27.
- Ktr. Haarlem 13 januari 2010, *LJN* BL0825.
- Ktr. Haarlem 15 juni 2010, *JAR* 2010/185.
- Ktr. Groningen 5 oktober 2011, *LJN* BU0326.
- Ktr. Arnhem 14 november 2011, *LJN* BU4371.
- Ktr. Haarlem 27 februari 2012, *LJN* BW1148.
- Ktr. Amsterdam 12 mei 2014, *JAR* 2014/166.
- Ktr. Zutphen 24 september 2014, *JAR* 2014/269.

Parlementaire stukken

- *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3.
- Nota Flexibiliteit en Zekerheid, 3 april 1996, Publikatienr. 2/96.
- *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr.3.
- *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6.
- *Stb.* 1997, 37.
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, nr. 132d.
- *Handelingen I* 1997/98, nr. 29.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 566, nr. 15.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. C.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. E.
- *Stcrt.* 2015, 4815.

Brieven

Stichting van de Arbeid 2014

Stichting van de Arbeid, '*Brief: Nulurencontracten in de zorg*', 5 december 2014.

Asscher 2014

Asscher, '*Nulurencontracten in de zorg*', 19 december 2014.

Ambulancezorg Nederland 2014

Voorstelbrief van Ambulancezorg Nederland naar de vakbonden, 16 oktober 2014.

Vakbonden (FNV en CNV Zorg en Welzijn) 2014

Voorstelbrief van vakbonden aan de Ambulancezorg Nederland, 16 oktober 2014.

Collectieve arbeidsovereenkomsten

- Cao Ambulancezorg 2013-2014.
- Cao Gehandicaptenzorg 2014-2015.
- Cao GGZ 2011-2013.
- Cao Jeugdzorg 2014-2015.
- Cao Kinderopvang 2012-2014.
- Cao Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening 2014-2016.
- Cao VVT 2013-2014.
- Cao VVT 2014-2016.
- Cao Ziekenhuizen 2011-2014.
- Onderhandelaarsakkoord cao voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraamzorg en Jeugdgezondheidszorg 2014-2016, 24 september 2014.
- Onderhandelaarsakkoord cao Ziekenhuizen 2014-2016, 3 maart 2015.

Hoe belangrijk is werk? Werk is een belangrijk element in het leven van mensen. Het zorgt voor een inkomen, maar daarnaast is werk ook goed voor zelfontplooiing, sociale contacten en zorgt werk voor ontwikkelen van identiteit en eigenwaarde.

Bij Sociaal Akkoord van 11 april 2013 hebben het kabinet en de centrale werkgevers- en werknemersorganisaties elkaar gevonden om tot een nieuw evenwicht te komen tussen flexwerk en vast werk. In bepaalde sectoren, zoals de sector zorg, wordt er veelvuldig gebruik gemaakt van flexibele contracten. Eén van de doelstellingen in dit Sociaal Akkoord is om nulurencontracten aan banden te leggen. Door de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting verder te beperken is de regering van mening dat het onnodig gebruik van nulurencontracten zal worden tegen gegaan.

De auteur onderzoekt in dit boek de achtergrond van het oude en nieuwe artikel 7:628 BW betreffende de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting waarbij specifiek wordt ingegaan op flexibele contracten in de sector zorg. Er wordt gekeken of het beoogde doel van de wetgever om een verbod op nulurencontracten te realiseren wordt bereikt. Tevens wordt gekeken of de door de zorgsector zelf getroffen voorzieningen afdoende zijn om werknemers in de sector zorg te beschermen tegen het onnodig gebruik van nulurencontracten.

