

Uitgestelde prestatieplicht niet zo vrijblijvend

Veel werkgevers maken dankbaar gebruik van de verschillende flexcontracten die we kennen. In Loonzaken 2016, nummer 4 hebben we aan deze verschillende contractvormen reeds enige aandacht besteed. Een in bepaalde branches veel voorkomende contractvorm is het oproep-/nulurencontract ('oproepcontract'), juridisch vaak aangemerkt als een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht (MUP). Veel werkgevers zien het als iets eenvoudigs en vrijblijvends. De praktijk is echter complexer zoals blijkt uit een recente uitspraak van Hof Den Bosch.

In bepaalde branches (waaronder de horeca- en de taxibranche) worden vaak oproepcontracten aangeboden. Werkgevers stellen de vrijblijvendheid daarvan op prijs en werknemers genieten veelal ook elders inkomen, waardoor de flexibiliteit voor beide partijen voordelig is. Wanneer een dergelijk contract is gesloten, is de werkgever gehouden de werknemer op te roepen zodra er passend werk beschikbaar is. De werknemer is op zijn beurt in beginsel gehouden de oproep te accepteren, waardoor na enige tijd een min of meer regelmatig arbeidspatroon ontstaat. De werkgever betaalt de werknemer in beginsel alleen voor de gewerkte uren. De flexibiliteit van het oproepcontract brengt met zich, dat de werkgever kan besluiten de werknemer niet meer op te roepen. Dit zorgt er in beginsel voor dat de werknemer zich weliswaar beschikbaar houdt voor arbeid, maar geen loon meer krijgt omdat de oproepen vanuit de werkgever uitblijven. Misbruik van deze regeling door de werkgever is in zoverre mogelijk, dat op deze manier de ontslagbescherming kan worden omzeild en een eventuele WW-uitkering of transitievergoeding tot nul wordt gereduceerd.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat – indien de arbeidsomvang niet vaststaat – op basis van het rechtsvermoeden uit art. 7:610b BW een gemiddeld aantal gewerkte uren per week wordt vastgesteld (rechtsvermoeden). Voor het hanteren van dit rechtsvermoeden wordt een referteperiode van drie maanden gehanteerd.

Flexibiliteit van het oproepcontract ná deze referteperiode is dan ook schijn.

Hof Den Bosch

De problematiek ten aanzien van het niet meer oproepen van werknemers was onder meer aan de orde in een recente uitspraak van Hof Den Bosch. De casus betrof een taxionderneming die op 28 april 2012 met een werknemster een oproepcontract in de vorm van een MUP is overeengekomen. Dit contract is eerst aangegaan voor een duur van zes maanden, waarna het is verlengd met een jaar. Het oproepcontract is op 26 oktober 2013 van rechtswege geëindigd. De werknemster heeft zich na afloop van het laatste oproepcontract op het standpunt gesteld dat ze te weinig salaris heeft ontvangen. Primair neemt zij het standpunt in, dat zij veertig uur per week betaald had moeten krijgen. Subsidiair doet zij een beroep op art. 7:628a BW, waaruit een minimaanspraak van de werknemster per oproep volgt. Ter onderbouwing van haar primaire en subsidiaire vorderingen verwijst zij naar de volgende bepaling uit haar arbeidsovereenkomst: 'De werknemer is verplicht om, indien hij door de werkgever wordt opgeroepen, aan deze oproep gehoor te geven (...)' Bij de kantonrechter krijgt de werknemster nul op rekest. In hoger beroep onderbouwt zij haar standpunten meer uitvoerig. Zo blijkt volgens de werknemster uit de voornoemde bepaling uit het oproepcontract, dat zij zich te allen tijde voor het taxibedrijf beschikbaar moest houden. Ze had de contractuele verplichting om op iedere oproep te reageren, met als gevolg dat zij haar vrije tijd niet vrijelijk kon indelen. Omdat de werknemster veertig uur per week paraat heeft gestaan, stelt zij dat de werkgever overeenkomstig loon had moeten betalen. Daarnaast stelt zij dat – voor zover de primaire vordering niet kan slagen – de werkgever op basis van art. 7:628a BW gehouden is voor iedere periode waarin zij minder dan drie uren heeft gewerkt, het salaris te betalen waarop zij aanspraak zou hebben als zij wel drie uur zou hebben gewerkt.

Leg goed vast

Voor de praktijk is het van belang goed de intenties van partijen vast te leggen, waaronder de overeengekomen arbeidsduur, en ook overeenkomstig daarmee te handelen. Hiermee kan bijvoorbeeld een beroep op het rechtsvermoeden of de minimaanspraak worden voorkomen. En men komt dan naderhand niet voor verrassingen te staan, omdat de juridische positie al duidelijk is vastgelegd.



Foto: Shutterstock

Loon voor wachttijd?

Het hof stelt allereerst vast dat het hier gaat om een bijzondere overeenkomst, namelijk een oproepcontract in de vorm van een MUP. De kern van een dergelijke overeenkomst is, dat de prestaties pas moeten worden geleverd, nadat de werknemer daartoe door de werkgever is opgeroepen. Voor het verrichten van de werkzaamheden krijgt de werknemer vervolgens loon. Dit uitgangspunt maakt dat de primaire vordering van werkneemster direct al niet kan slagen. Vast staat namelijk, dat de werkneemster loon wil krijgen voor de periode dat zij thuis heeft gewacht op een oproep, wat indruist tegen de voornoemde kern van een oproepcontract. Daar komt bij, dat de genoemde veertigjarige werkweek op grond van de Europese Richtlijn 93/104/EG niet als betaalde arbeidstijd kan worden aangeduid. Volgens de richtlijn is arbeidstijd namelijk tijd waarin een werknemer (i) werkzaam is, (ii) ter beschikking staat van de werkgever en (iii) zijn eigen werkzaamheden of functie uitoefent.

In bepaalde situaties kan de werkgever toch gehouden zijn loon te betalen indien de werknemer zich beschikbaar houdt voor werk. Eén van die situaties heeft zich in het door het Hof van Justitie EU gewezen Simap-arrest voorgedaan. Indien een arts in het ziekenhuis wachtdiensten moet draaien, is er wel sprake van een loondoorbetalingsverplichting. Dit is anders zodra de arts thuis wachtdiensten moet draaien en dus 'alleen' permanent bereikbaar moet zijn. Dit laatste geval komt overeen met de situatie van de werkneemster. Zij heeft immers niet op locatie op een volgende oproep hoeven wachten.

Voor zover het voornoemde niet voldoende zou zijn om de primaire vordering af te wijzen, wijst het hof tot slot op de cao Taxivervoer, waaruit volgt dat 'het ter beschikking staan' in beginsel valt onder arbeidstijd, maar dat daaronder niet is begrepen: het op het woonadres op afroep ter beschikking staan. Opvallend hierbij is wel dat ingevolge art. 5.2 van de cao deze bepaling niet voor oproepcontracten (meer specifiek MUP-contracten) geldt. Zonder enige motivatie passeert het hof dit onderdeel door te stellen dat gelet op het bijzondere karakter van het oproepcontract, deze cao-bepaling ook daarvoor geldt.

Minimumaanspraak

De werkneemster beroept zich op art. 7:628a BW (minimumaanspraak per oproep). Het hof stelt dat op grond van deze wetsbepaling in slechts twee situaties extra loon verschuldigd is:

1. er is sprake van een overeengekomen arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week én de tijdstippen waarop de arbeid wordt verricht zijn niet vastgesteld; of
2. er is sprake van een arbeidsovereenkomst waarin de arbeidsomvang niet of niet eenduidig is vastgelegd.

Volgens het hof staat vast dat partijen bij aanvang van het dienstverband en na verlenging daarvan geen arbeidsomvang zijn overeengekomen. Dit maakt dat op basis van de tweede situatie de werkneemster recht heeft op extra loon. De secundaire vordering van de werkneemster slaagt hier dus, hoewel de argumenten van de werkneemster niet eenduidig waren. Zo stelde zij enerzijds dat zij voornamelijk vaste ritten op vaste tijdstippen verzorgde, maar dat weersprak zij anderzijds weer. Overigens waren de argumenten van de werkgever, zoals de onredelijkheid dat art. 7:628a BW tijdens crisistijd zou moeten worden toegepast, nog minder overtuigend.

Complex

De uitspraak van Hof Den Bosch toont eens te meer de complexiteit van het werken met oproepkrachten. Geregeld wordt een oproepovereenkomst door werkgevers gezien als iets volstrekt vrijblijvends. Ten onrechte, omdat titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek ook hier onverkort van toepassing is. De in de Nederlandse wetgeving verdisconteerde ongelijkheidscompensatie brengt met zich, dat werknemers óók ten aanzien van oproepcontracten veel bescherming genieten. Zo zou de taxionderneming in de hier besproken casus behoorlijk in de buidel hebben moeten tasten als de werkneemster op locatie op een volgende oproep had moeten wachten. De werkneemster is desondanks succesvol geweest door zich te beroepen op de in de praktijk vaak vergeten minimumaanspraak per oproep (art. 7:628a BW). Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2013 is de ratio daarachter te bevorderen dat de werkgever de arbeid zo organiseert dat diensten of perioden van minder dan drie uur waarin arbeid moet worden verricht, en waarbij onduidelijkheid bestaat over de tijdstippen waarop arbeid moet worden verricht, zo min mogelijk voorkomen. De Hoge Raad stelt vervolgens dat de aanspraak op loon kan worden beschouwd als een compensatie voor de onzekerheid van de arbeidsduur en de daaruit voortvloeiende inkomsten. De minimumaanspraak legt kortweg druk op partijen om tot duidelijke afspraken te komen.

Al met al moet geconcludeerd worden dat de veronderstelde vrijblijvendheid van de oproepovereenkomst ver is te zoeken. De maatschappelijke visie hierop is dan ook toe aan een juridische opfrisbeurt. ■

mr. J. Kokje, *De Clercq Advocaten en notariaat*,
www.declercq.com

Wet: art. 7:610b BW;
art. 7:628a BW

Jurisprudentie: HvJ EG 3-10-2000, C-303/98; Hof Den Bosch 24-01-2017, 200.173.994_01 (ECLI:NL:GHSHE:2017:218); HR 3-05-2013, 12/01670 (ECLI:NL:HR:2013:BZ2907); Rb. Rotterdam 5-12-2003, 03/1360 WW (ECLI:NL:RBROT:2003:A01611); Ktr. Heerenveen 20-05-2009, 268375 CV EXPL 08-6763 (ECLI:NL:RBLEE:2009:BI9259)

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl