

Artikel 7:628a BW: letterlijk of redelijk? Tot hoe ver dient de werknemersbescherming te strekken?

Mr. drs. E.A.M. Heidstra, datum 14-11-2013

Vijftien jaar na de invoering van artikel 7:628a BW als onderdeel van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid wees de Hoge Raad op 3 mei 2013 zijn eerste arrest over dit artikel. In tegenstelling tot het hof overwoogde Hoge Raad dat artikel 7:628a BW naar de letter moet worden gelezen en dit artikel zich niet leende voor een redelijke toepassing. In deze bijdrage zal de parlementaire geschiedenis in herinnering worden gebracht, komt de zeldzame jurisprudentie over artikel 7:628a BW aan bod komt en zal ten slotte nader worden ingegaan op het voornoemde arrest.

Mr. drs. E.A.M. Heidstra^[1]

Parlementaire geschiedenis

Artikel 7:628a BW bepaalt het volgende:

1. Indien een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week is overeengekomen en de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet zijn vastgelegd, dan wel indien de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is vastgelegd, heeft de werknemer voor iedere periode van minder dan drie uur waarin hij arbeid heeft verricht, recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij drie uur arbeid zou hebben verricht.
2. Van dit artikel kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.”

Dit wetsartikel maakt onderdeel uit van het algehele pakket aan wetten dat op 1 januari 1999 onder de naam Wet Flexibiliteit en Zekerheid is ingevoerd.^[2] Deze wet was, zoals bekend, het resultaat van langdurige en intensieve discussies tussen overheid, werkgevers en werknemers over het arbeidsrecht c.q. ontslagrecht, waarbij men trachtte enerzijds de door werkgevers ervaren starheid en inflexibiliteit van de toenmalige wettelijke (ontslag)kaders te doorbreken zonder, anderzijds, afbreuk te doen aan de bescherming van flexibele werknemers en deze op punten te vergroten. Met artikel 7:628a BW wenste de regering de positie van werknemers die voornamelijk of louter werkzaam waren op basis van oproepcontracten te versterken:

“Voor de meeste werknemers zijn deze oproepsituaties incidenteel van aard en additioneel ten opzichte van het gebruikelijke, afgesproken arbeidspatroon. Voor een beperkte groep werknemers vormen de hier bedoelde oproepen echter een essentieel kenmerk van hun arbeidsrelatie. Het komt voor dat deze 'oproepkrachten' soms slechts worden opgeroepen om voor zeer korte duur arbeid te verrichten. Er kan dan een wanverhouding ontstaan tussen inkomsten uit arbeid en de, ten behoeve van de verwerving daarvan, te besteden tijd en de te verrichten arbeid. Dit feit kan zich voegen bij onzekerheid over de tijdstippen waarop gewerkt zal worden en de omvang van de arbeid en daarmee over het te verwerven inkomen.

De regering acht het niet passend binnen de context van het goed werkgeverschap dat werknemers worden geconfronteerd met minimale oproepen, als dat bovendien met onzekerheid over de omvang van de arbeid en de werktijden gepaard gaat, bijvoorbeeld als onduidelijke afspraken hieraan ten grondslag liggen. De balans tussen flexibiliteit en zekerheid is dan verstoord, ten nadele van de werknemer. In verband daarmee wordt voorgesteld om de werknemer een minimum aanspraak op loon voor drie uren per oproep toe te kennen ongeacht of er daadwerkelijk 3 uur is gewerkt.”^[3]

De regering beoogde hiermee minimale oproepen zo veel als mogelijk te voorkomen. Daarnaast hoopte zij dat de aanspraak op loon voor niet gewerkte uren partijen zou bewegen tot het maken van heldere afspraken. Enigszins arbitrair werd, indien de omvang van de arbeidsduur wel was vastgesteld maar de tijdstippen van de oproepen niet, de grens voor het aantal arbeidsuren waarboven geen compensatie voor onzekerheid nodig werd geacht bij 15 uur per week gelegd. Het werken in kleine deeltijdbanen waarbij duidelijk is dat een medewerker elke week op dezelfde tijd werkzaam zal zijn, leidt niet tot aanspraak op loon ex artikel 7:628a BW, ook niet wanneer er minder dan drie uur wordt gewerkt. In dat geval is voldoende zekerheid over het arbeidspatroon en het inkomen.

Kamervragen

Het wetsvoorstel leidde tot een groot aantal Kamervragen. Voor de bespreking van het recente arrest van de Hoge Raad is een tweetal vragen relevant. De GroenLinks-fractie vroeg wat de gang van zaken is, indien bijvoorbeeld is overeengekomen dat een werknemer ieder weekeinde op wisselende tijdstippen gedurende acht uur werkt.^[4] D66 vroeg zich af hoe precies de vastlegging van de uren moest zijn. Wat bijvoorbeeld indien iemand een contract heeft voor maximaal 10 uur per week tussen 8 en 11 uur in de ochtend en 5 en 8 uur in de avond?^[5] Het antwoord van de minister luidde op beide vragen gelijk.

In beide gevallen was het tijdstip waarop de arbeid diende te worden verricht niet eenduidig vastgelegd en bestond er onzekerheid over de tijdstippen waarop de arbeid diende te worden verricht. Daarmee vielen beide gevallen onder de werking van artikel 7:628a BW. Overigens hoeft niet per se sprake te zijn van steeds dezelfde vaste werktijden wil voldoende zekerheid over de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht bestaan. Ook bij rooster vastgestelde wisselende werktijden kunnen voldoende zekerheid bieden, mits deze voor de oproepkracht op dezelfde wijze dan wel even lang van tevoren als in de onderneming ook voor de overige (voltijd)werknemers gebruikelijk is worden vastgesteld.^[6] Een reguliere pauze die ook geldt voor overige werknemers, is geen onderbreking van de oproep en moet niet worden gezien als beëindiging daarvan die recht geeft op nieuwe minimumloonaanspraak indien de werknemer na die pauze zijn werkzaamheden weer hervat.^[7]

Lagere jurisprudentie

Na invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid heeft een aantal van de bij deze wet ingevoerde artikelen tot veel jurisprudentie geleid. Zo niet artikel 7:628a BW. Mogelijk is de redactie van het artikel zo helder dat eventuele conflicten zonder hulp van een rechter kunnen worden beslecht. Ook zou het zo kunnen zijn dat werkgevers, conform de bedoeling van de regering, hun oproepen zo zijn gaan organiseren dat geen loonaanspraken ex artikel 7:628a BW ontstonden. Meer 'cynische' oorzaken zouden kunnen zijn dat dat artikel 7:628a BW niet in een behoefte voorzag dan wel dat de positie van oproepkrachten nog altijd zodanig is dat zij eventuele misstanden niet aan de kaak durven stellen. Desalniettemin is een aantal uitspraken gepubliceerd waaronder de zaak over de museumrondleidster waarover de kantonrechter te Utrecht zich in 2011 boog^[8] en de kwestie betreffende de mortuariummedewerkster die in 2012 bij het Hof Arnhem terecht kwam^[9].

De museumrondleidster

De werkneemster verrichtte voor het Centraal Museum te Utrecht rondleidingen op basis van een oproepcontract. Over de omvang van de arbeidsovereenkomst was niets bepaald. Zij werkte gemiddeld minder dan 15 uren per week en werd per uur betaald, ook indien zij op een dag slechts voor een enkele rondleiding werd ingezet. De werkneemster maakte aanspraak op loon ex artikel 7:628a BW. Het museum verweerde zich met twee stellingen. Allereerst stelde het museum dat voldoende zekerheid bestond over de werktijden: de tijdstippen van de rondleidingen werden doorgaans ten minste twee weken van tevoren ingeroosterd waarmee de arbeidsomvang op voorhand eenduidig zou zijn overeengekomen. Als tweede verweer voerde het museum aan dat de regering met deze wetswijziging werkgevers had willen aansporen het werk zodanig in te richten dat minimale oproepen zo min mogelijk zouden voorkomen. Toepassing van artikel 7:628a BW zou in dit geval hier niet mee stroken omdat het museum voor haar vraag naar arbeid afhankelijk was van de wensen van bezoekers. De kantonrechter maakte korte metten met deze stellingen. Het museum kon onvoldoende hard maken dat sprake was van bij rooster vastgestelde tijden, daarbij had zij aan haar eigen stelling afbreuk gedaan door het bijzondere karakter van de planning van de werkzaamheden te benadrukken. Voor wat betreft het tweede verweer oordeelde de kantonrechter dat de wetgever met de minimumloonaanspraak niet uitsluitend werkgevers had willen aansporen tot het beperken van minimale oproepen. Volgens de kantonrechter beoogde de wetgever met het invoeren van de minimale loonaanspraak primair een bepaalde inkomenszekerheid te genereren.

"Ook indien een werkgever, gelet op de aard van het in zijn onderneming te verrichten flexwerk, niet in staat is oproepen van minder dan drie uur te vermijden, is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarom niet – zonder meer – onaanvaardbaar dat zijn flexibele arbeidskrachten zich op artikel 7:628a BW beroepen. Dat minimale oproepen niet altijd te vermijden zijn, dient voor rekening van de werkgever te komen." ^[10]

Uit de aanvulling 'zonder meer' maak ik overigens op dat de kantonrechter mogelijk bedoelde niet uit te sluiten dat een aanspraak op minimaal loon zou kunnen afstuiten op de redelijkheid en billijkheid.

De mortuariummedewerkster

De mortuariummedewerkster werkte, net als haar collega's, in een repeterend patroon 7 dagdiensten van 12 uur, 7 nachtdiensten van 12 uur. Vervolgens was zij 7 dagen vrij. Naast een maandelijkse beschikbaarheidstoelage ontving zij per handeling een vergoeding. De medewerkster maakte aanspraak op loon ex artikel 7:628a BW omdat de omvang van haar werkzaamheden niet of niet eenduidig was vastgelegd en zij regelmatig minder dan drie uur zou werken. Het Hof Arnhem wees, evenals eerder de kantonrechter, de vordering van de medewerkster af. Het hof oordeelde dat voldoende duidelijk was aan de hand van het rooster wanneer de medewerkster werkzaamheden diende te verrichten. Dat binnen deze tijd niet exact kon worden aangegeven wanneer de werkzaamheden diende plaats te vinden, vond het hof niet van belang. Het ging hier immers om werkzaamheden waarvan op voorhand niet kon worden gesteld wanneer deze dienen te worden verricht omdat zij afhankelijk zijn van het overlijden van een persoon. Van belang was wél dat deze werkwijze voor alle werknemers gold en daarnaast de medewerkster een beschikbaarheidstoelage ontving waarmee zij deels voor de onzekerheid in inkomen werd gecompenseerd. Evenmin was sprake van een wanverhouding tussen de aan de werkzaamheden bestede

tijd en de inkomsten. In hoeverre deze overwegingen van belang waren voor het oordeel van het hof blijkt niet, omdat het hof vervolgens oordeelde dat de medewerkster onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt dat zij inderdaad minder dan drie uur uitbetaald had gekregen voor drie uur werk. Zij had daarmee niet aan haar stelplicht voldaan.

Hoge Raad

De buschauffeur

Op 3 mei 2013 oordeelde de Hoge Raad^[11] voor het eerst over artikel 7:628a BW. De feiten waren als volgt. Van der Meulen was als taxichauffeur werkzaam, voor 12 uur per week en op basis van een oproepcontract. Op grond van een aan het begin van het schooljaar vastgelegd werkrooster reed Van der Meulen gedurende een aantal uren per week een schoolbus rond. Deze tijden lagen vast. Daarnaast werd Van der Meulen incidenteel opgeroepen. Deze oproepen werden hetzij een dag eerder, hetzij op de dag van de werkzaamheden zelf bekendgemaakt. Soms vonden deze ritten aansluitend aan de 'vaste' schoolritten plaats, soms niet. Als het aantal ritten per maand meer was dan 12 uur per week, betaalde de werkgever het meerdere uit. Na beëindiging van de arbeidsovereenkomst maakte Van der Meulen aanspraak op loon ex artikel 7:628a BW voor zowel de schoolritten (die minder dan drie uur tijd in beslag namen) als de aanvullend gewerkte uren. De kantonrechter^[12] oordeelde dat de werktijden van de schoolritten voldoende vaststonden en artikel 7:628a BW daarop niet van toepassing was. Voor wat betreft de losse ritten meende de kantonrechter dat deze per dag bij elkaar moesten worden opgeteld en, indien het totaal minder was dan drie uur, Van der Meulen recht had op uitbetaling van drie uur.

Hof Leeuwarden: redelijke wetsuitleg brengt mee dat geen recht op 'dubbel' loon bestaat

Het Hof Leeuwarden^[13] deelde wel dit eerste oordeel, maar niet het tweede. Door zo het recht op loon te bepalen hield de kantonrechter, in strijd met de bedoeling van de wetgever, geen rekening met de tussen de ritten gelegen tijden. Dat elke oproep kleiner dan drie uur, recht zou geven op drie uur loon zoals Van der Meulen betoogde, ging het hof in casu evenwel te ver. Het hof nam als voorbeeld 1 augustus 2006 (er was die dag geen schoolrit).

Van	Tot	Uren
7:50	10:20	2:30
10:35	11:05	0:30
11:35	12:05	0:30
14:05	14:50	0:45
15:45	17:50	2:05
19:15	20:25	1:10

Volgens Van der Meulen gaf dit werkschema recht op 18 uur uitbetaling omdat sprake was van 6 oproepen voor minder dan drie uur. Dit kon niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever, aldus het hof, omdat dan dubbel betaald zou moeten worden voor een deel van de uren. Een redelijke wetsuitleg bracht naar het oordeel van het hof met zich mee dat waar de theoretische minimale oproepen van drie uur elkaar overlappen, geen aanspraak op loon ex artikel 7:628a BW dient te bestaan. Ter verduidelijking: de eerste oproep geeft recht op drie uur salaris, en, aldus het hof, derhalve tot 10:50 uur. Op dat moment ontving Van der Meulen dus al salaris op grond van de tweede oproep die om 10:35 was gestart. De periode tussen 10:35 en 10:50 hoefde dan niet 'dubbel' te worden betaald.

Hoge Raad: wettekst verzet zich niet tegen dubbel loon, bescherming werknemer prevaleert

De Hoge Raad volgde het hof niet in deze redelijke wetsuitleg. De Hoge Raad benadrukte dat artikel 7:628a BW beoogt te bevorderen dat de werkgever het werk zo inricht dat de werknemer niet meerdere malen per dag voor telkens een korte periode wordt opgeroepen, en dat indien dit toch gebeurt, de werknemer recht heeft op de (wettelijke) compensatie voor de onzekerheid die hiervan uitgaat. Daarmee heeft, aldus de Hoge Raad, de wetgever de gedachte aanvaard dat een werknemer loon ontvangt voor niet gewerkte uren. Nu de wettekst een 'dubbele beloning' niet uitsluit, overwoog de Hoge Raad dat een en ander met zich meebrengt dat een werknemer aanspraak heeft op dubbele beloning indien minimale oproepen elkaar binnen drie uur opvolgen en sprake is van één van de in artikel 7:628a BW genoemde situaties. De Hoge Raad casseert, in navolging van de conclusie van de advocaat-generaal, en verwijst naar Hof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

Kanttekeningen

Uitlegging: teleologisch versus grammaticaal en wetshistorisch

Hof en Hoge Raad passen ieder een andere interpretatiewijze toe op de uitleg van de wet op dit concrete geval. Het Hof Leeuwarden interpreteert de wet teleologisch en vraagt zich af wat de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest indien hij zich had gerealiseerd dat onverkorte toepassing van artikel 7:628a BW tot een dubbele beloning zou kunnen leiden. De Hoge Raad stelt een grammaticale en wetshistorische uitlegging voorop door aan te geven dat artikel 7:628a BW een dubbele beloning niet uitsluit en deze wet een beschermend karakter heeft. De hiernavolgende kanttekeningen kunnen bij de benadering van de Hoge Raad worden gemaakt. Bij de parlementaire behandeling is onderhavige situatie niet aan de orde gekomen en men heeft de mogelijkheid van dubbele beloning niet voorzien. De advocaat-generaal stelde in zijn conclusie dat zeer waarschijnlijk de wetgever ook deze overlap als indicatie van slecht georganiseerde arbeid zou beschouwen die voor risico van de werkgever dient te komen. Wat hier verder ook van zij, daarmee staat nog niet vast dat de wetgever in voorkomende gevallen ook altijd een dubbele aanspraak op loon zou hebben willen toekennen. Dat de wetgever heeft aanvaard dat recht op loon kan bestaan voor niet gewerkte uren, zoals de Hoge Raad constateert, betekent evenmin dat daarmee ook aanvaardbaar is dat de aan de werknemer te betalen compensatie hoger uitvalt dan het garantieloon dat de wetgever redelijk achtte. Daarbij moet niet worden vergeten dat artikel 7:628a BW een uitwerking is van het beginsel van goed werkgeverschap. Juist hierom zou de feitenrechter de ruimte moeten worden gelaten om dit beginsel in de juridische weging tot uitdrukking te laten komen. Indien geen sprake blijkt te zijn van slecht georganiseerde arbeid of anderszins sprake is van slecht werkgeverschap, kan het beroep van een werknemer op 'dubbele betaling' in dat geval afstuiten op de derogerende werking van artikel 6:248 lid 2 BW. In gevallen waarin de aard van de werkzaamheden om welke reden ook een ander oproeppatroon niet mogelijk maakt, of in het geval dat de werkgever zich tot het uiterste inspant om minimale oproepen te vermijden, zou de loonaanspraak dan beperkt kunnen blijven tot de enkelvoudige betaling ex artikel 7:628a BW. De uitlegging van het hof maakt een dergelijke benadering mogelijk, de Hoge Raad heeft dit evenwel doorkruist. De Hoge Raad heeft helaas niet uiteengezet waarom hij in dit geval voor de strikte uitleg heeft gekozen, hetgeen voor de rechtspraak te prefereren was geweest.

Geen recht op garantieloon bij beschikbaarheidstoeslag

Het arrest roept daarnaast de vraag op of de stelling van Hof Leeuwarden in de zaak van de mortuariummedewerkster dat de beschikbaarheidstoeslag relevant was, nog wel juist is. Hetzelfde geldt voor de stelling van de A-G bij het arrest van 3 mei 2013 dat de werkgever aan cumulatie van loon kan ontkomen door te werken met een beschikbaarheidsvergoeding voor tevoren afgesproken periodes, in aanvulling waarop vervolgens voor daadwerkelijk verrichte arbeid loon wordt betaald. In de redenering van de Hoge Raad doet het recht op een beschikbaarheidstoeslag immers geen afbreuk aan het recht op uitbetaling van loon ex artikel 7:628a BW (of misschien zelf dubbel loon naast de beschikbaarheidstoeslag). Voor de rechtspraak is het jammer dat de Hoge Raad zich hier niet duidelijker over heeft uitgelaten.

Dubbel loon bij samenloop artikel 7:628 lid 1 en 628a BW

Ten derde kan worden opgemerkt dat naast deze samenloop van loon zich in praktijk nog een situatie kan voordoen waarin sprake zou kunnen zijn van 'dubbel' loon. Het betreft de situatie waarin de werkgever de werknemer minder oproept dan hij op grond van de arbeidsovereenkomst verplicht is en vervolgens de oproepen die wél plaatsvinden op zo'n manier organiseert dat aanspraak bestaat op het garantieloon. De werkgever is dan naast het garantieloon ook loon op grond van artikel 7:628 lid 1 BW verschuldigd. Indachtig het arrest van de Hoge Raad zal een redelijkheidsverweer deze werkgever niet (meer) baten.

Conclusie

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat artikel 7:628a BW met zich meebrengt dat een werknemer aanspraak heeft op 'dubbel loon' indien minimale oproepen elkaar binnen drie uur opvolgen en sprake is van één van de in artikel 7:628a BW genoemde situaties. De Hoge Raad heeft hiermee gekozen voor een letterlijke tekstuitleg waarbij hij stelde dat niet alleen de letterlijke tekst van artikel 7:628a BW zich tegen een andere uitleg verzet maar ook dat een andere uitleg niet strookt met de beschermende strekking van de bepaling.

Waar de Kantonrechter Utrecht nog enige ruimte liet, althans leek te laten, voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid, en het Hof Leeuwarden oordeelde dat een redelijke uitleg van artikel 7:628a BW de voorkeur verdient, distantieert de Hoge Raad zich hiervan. Dit is jammer, mede omdat het goed werkgeverschap hiermee aan relevantie inboet.

Of het mogelijk is om, zoals de A-G stelt, aan cumulatie van loon te ontkomen door te werken met een beschikbaarheidsvergoeding voor tevoren afgesproken periodes, in aanvulling waarop vervolgens voor daadwerkelijk verrichte arbeid loon te betalen, valt te betwijfelen. De strikte benadering van de Hoge Raad volgend doet betaling van een dergelijke vergoeding niet af aan het recht op loon ex artikel 7:628a BW.

Tot slot: het is de vraag of de werknemer die de Hoge Raad meent te moeten beschermen, wel altijd gebaat is bij dit arrest.

Zo zijn er veel oproepkrachten die geen bezwaar hebben tegen een meer gespreide wijze van oproepen. Zwemmer wees hier al op in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad waarbij hij onder meer wees op studenten, jongeren en anderen die niet afhankelijk zijn van de inkomsten uit de oproepen. Daarbij zullen in de praktijk suboptimale situaties kunnen ontstaan. Zo zal het museum in de hiervoor besproken zaak haar museumrondleidster, die geen bezwaar heeft tegen een op het laatste moment ingelaste oproep tussen twee al ingeplande rondleidingen in, niet oproepen voor deze rondleiding. De museumrondleidster kan immers geen afstand doen van haar recht op dubbele betaling waarmee voor het museum de baten van een extra rondleiding mogelijk niet meer opwegen tegen de kosten daarvan. Resultaat: de museumrondleidster loopt inkomen mis, het museum kan niet aan de vraag naar een rondleiding voldoen waarmee het eveneens additionele inkomsten mist en de museumbezoeker wordt slecht bediend. Een bijzondere uitkomst voor een wetgeving die ook flexibiliteit beoogde.

Voetnoten

[1]

Mr. drs. E.A.M. Heidstra is advocaat bij Vorstman Stibbe Heidstra Advocaten te Amsterdam.

[2]

Wet van 24 december 1998, Stb. 1998, 300 en Stb. 1998, 74.

[3]

MvT, Kamerstukken II 25 263, nr. 3, p. 5.

[4]

Verslag, Kamerstukken II 25 263, nr. 5, p. 9.

[5]

erslag, Kamerstukken II 25 263, nr. 5, p. 29.

[6]

NV II, Kamerstukken II 25 263, nr. 6, p. 7.

[7]

Kamerstukken I 25 263, nr. 132b, p. 9.

[8]

Ktr. Utrecht 8 juni 2011, *JAR* 2011/181.

[9]

Hof Arnhem 6 november 2012, *JAR* 2012/308.

[10]

Zie r.o. 4.7 van Ktr. Utrecht 8 juni 2011, *JAR* 2011/181.

[11]

HR 3 mei 2013, *JAR* 2013/140.

[12]

Niet gepubliceerd.

[13]

Hof Leeuwarden 19 juli 2011, *JAR* 2011/227.