

191. De oproepkracht: alle onzekerheid verdwenen?

MR. A. OLSTHOORN EN MR. D. SCHURMAN

Met de invoering van de rechtsvermoedens van art. 7:610a BW en art. 7:610b BW en de loongarantieregeling van art. 7:628a lid 1 BW in 1999, is beoogd de oproepkracht meer (processuele) zekerheid te bieden. In deze bijdrage wordt op basis van de in de periode 2009 tot 2020 gewezen gepubliceerde rechtspraak onderzocht of deze doelstelling anno 2020 wordt gehaald.¹ Deze bijdrage sluit daarmee aan op het rechtspraakonderzoek van Houweling e.a. in 2009 dat zich toespitste op de periode 1999 tot 2009.² Tevens gaan wij kort in op de vraag of de rechtspositie met de Wet arbeidsmarkt in balans wordt versterkt en naar de noodzaak van deze wet.

Inleiding

De rechtspositie van de oproepkracht is de afgelopen twee decennia in Nederland en Europa veelvuldig onderwerp van discussie geweest.³ Dit heeft uiteindelijk tot drie grote wetgevingsprojecten geleid. De wetgever heeft met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999, de Wet Werk en Zekerheid in 2015 en de Wet arbeidsmarkt in balans in 2020 de rechtspositie van oproepkrachten willen versterken.

Het eerste grote wetgevingsproject, de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, is het gevolg van grote veranderingen op de Nederlandse arbeidsmarkt aan het einde van de twintigste eeuw.⁴ Met deze wet, die op 1 januari 1999 in werking is getreden, beoogde de wetgever een nieuw evenwicht tussen partijen op de arbeidsmarkt te bewerkstelligen waarbij flexibiliteit en zekerheid – de twee hoofdpijlers uit deze wet – hand in hand zouden gaan.

Om dit doel te bereiken, voorzag deze wet in een groot aantal wijzigingen. In dit artikel bespreken wij een drietal wijzigingen:

1. het rechtsvermoeden bestaan van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610a BW;

2. het rechtsvermoeden arbeidsomvang ex art. 7:610b BW;

3. de loongarantieregeling ex art. 7:628a lid 1 BW.

Deze bepalingen beogen de oproepkracht meer (processuele) zekerheid te bieden. Door Houweling e.a. is in 2009 op basis van de in de periode 1999 tot 2009 gewezen rechtspraak onderzocht of de hiervoor genoemde bepalingen de door de wetgever beoogde werking hadden. In deze bijdrage onderzoeken wij op basis van de in de periode 2009 tot 2020 gewezen gepubliceerde rechtspraak of de rechtsvermoedens en loongarantieregeling de oproepkracht meer (processuele) zekerheid bieden. Tevens bezien wij of de maatregelen van de Wet arbeidsmarkt in balans tot een versterking van de rechtspositie van oproepkrachten leiden en of deze wet, tegen de achtergrond van de onderzoeksresultaten uit deze bijdrage, noodzakelijk is.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Allereerst gaan wij inhoudelijk in op beide rechtsvermoedens en de loongarantieregeling. Vervolgens staan wij stil bij de resultaten uit het voornoemde onderzoek van Houweling e.a. Daarna volgt een weergave en analyse van onze onderzoeksresultaten en proberen wij hieruit enkele conclusies te trekken. Tot slot bezien wij of de maatregelen van de Wet arbeidsmarkt in balans noodzakelijk zijn.

Rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst (art. 7:610a BW)

De arbeidsovereenkomst vormt het entreebewijs tot Titel 7.10 BW met al zijn beschermende bepalingen. Dit maakt de vraag naar het bestaan van een arbeidsovereenkomst van groot belang. In de praktijk doet zich echter regelmatig de situatie voor waarin de werkverschaffer en werker over bepaalde elementen uit art. 7:610 lid 1 BW geen of onduidelijke afspraken maken of de feitelijke invulling afwijkt

1 Met dank aan D. de Blois, student-stagiair, en mr. E.A. van Hagen, juridisch medewerker, voor hun hulp bij de totstandkoming van dit artikel.
2 V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk & A.R. Houweling, 'Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje? Een analyse van tien jaar "flexrecht-spraak"', *TAP* 2009/3.
3 In deze bijdrage blijven de maatregelen vanuit Europa onbesproken. Voor een bespreking van de nieuwe informatierichtlijn kan worden verwezen naar L. Huisman, 'Transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie', *TAP* 2019/278.
4 Veranderingen die vandaag de dag ook nog altijd onderwerp van discussie zijn. Zie hiervoor bijvoorbeeld het recent verschenen rapport van de Commissie Borstlap. Zie Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk, d.d. 23 januari 2020.

van hetgeen contractueel is bedongen. Dergelijke situaties doen zich bij oproepkrachten regelmatig voor.

De rechtspositie van de oproepkracht is de afgelopen twee decennia in Nederland en Europa veelvuldig onderwerp van discussie geweest

Voor dergelijke gevallen waarin onduidelijkheid heerst over de aard van de relatie heeft de wetgever het *weerlegbare* rechtsvermoeden van art. 7:610a BW geïntroduceerd.⁵ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat met dit rechtsvermoeden wordt beoogd de processuele positie van de werknemer te versterken.⁶ Ook kan van de voorgestelde regeling een preventief effect worden verwacht in die zin dat de werkgever wordt gestimuleerd om onzekere elementen in de arbeidsverhouding te voorkomen. Verder heeft de wetgever de verwachting uitgesproken dat de rechtsvermoedens het gebruik van schijnconstructies verminderen en ertoe bijdragen dat geschillen over de arbeidsverhouding minnelijk worden geregeld.⁷

De werker zal voor een geslaagd beroep op het rechtsvermoeden krachtens art. 150 Rv moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen dat hij:

- gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand;
- ten behoeve van een ander arbeid heeft verricht;
- tegen beloning van die ander.

Slaagt de werker hierin dan wordt de gezagsverhouding verondersteld aanwezig te zijn en wordt de werker vermoed te werken op basis van een arbeidsovereenkomst.⁸ Het is vervolgens aan de werkverschaffer om dit vermoeden te weerleggen door het leveren van tegenbewijs.⁹ De werkverschaffer kan dit doen door erop te wijzen dat partijen geen arbeidsovereenkomst hebben beoogd en de feitelijke uitvoering eveneens op een andersoortige overeenkomst wijst.¹⁰ Daarbij geldt dat de enkele aanwezigheid van een schriftelijke overeenkomst waarin partijen nadrukkelijk overeenkomen geen arbeidsovereenkomst aan te gaan, in

het licht van de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht logischerwijs onvoldoende is.¹¹

Rechtsvermoeden arbeidsomvang (art. 7:610b BW)

Indien vaststaat dat sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW, kan vervolgens de vraag rijzen naar de omvang van de arbeidsovereenkomst. Voor situaties waarin onduidelijkheid bestaat over de arbeidsomvang is het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW in het leven geroepen. Meer in het bijzonder is dit rechtsvermoeden bedoeld voor de volgende twee situaties:

- De omvang van de arbeid is niet of niet eenduidig overeengekomen.
- De feitelijke omvang van de arbeid bevindt zich structureel op een hoger niveau dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur.¹²

Niet ter discussie staat dat een situatie waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen zich voordoet indien partijen een nulurencontract zijn overeengekomen.¹³ Onduidelijkheid bestond echter over de werking van het rechtsvermoeden bij min-max-overeenkomsten. In de rechtspraak werd de vraag of de arbeidsomvang niet of niet eenduidig is overeengekomen in een min-max-overeenkomst, regelmatig ontkenkend beantwoord.¹⁴ Deze opvatting lijkt echter op losse schroeven te staan. De wetgever heeft tijdens de parlementaire behandeling van de Wet arbeidsmarkt in balans immers herhaaldelijk het standpunt ingenomen dat de arbeidsomvang bij een min-max-contract niet ondubbelzinnig vaststaat en derhalve de arbeidsomvang niet eenduidig is vastgelegd.¹⁵

Het rechtsvermoeden arbeidsomvang gaat uit van het *weerlegbare* vermoeden dat de bedongen arbeid in enige maand een omvang heeft gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de drie voorafgaande maanden.¹⁶ Hiervoor zal de werknemer krachtens art. 150 Rv moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen dat hij:

- werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst;
- die ten minste drie maanden heeft geduurd.

Ook hier geldt dat de werkgever het rechtsvermoeden kan weerleggen. Dit kan bijvoorbeeld door het aanwijzen van een meer representatieve referentieperiode.¹⁷ Weerlegging van de referentieperiode brengt overigens niet per definitie mee dat de werknemer met een flexibel contract in het geheel geen

5 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 6, p. 5.*

6 Deze doelstellingen gelden onverkort voor het rechtsvermoeden arbeidsomvang ex art. 7:610b BW.

7 Zie hiervoor *Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 5.*

8 Tevens wordt aangenomen dat degene tegen behoeve van wie arbeid wordt verricht daartoe rechtens verplicht loon betaalt en dat, zo de arbeid incidenteel door een plaatsvervanger wordt verricht, zulks geschiedt met toestemming van degene ten behoeve van wie arbeid wordt verricht. Zie *Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 22.*

9 Zie voor een nadere toelichting van de bewijspositie van werkgever en werknemer H.J.W. Alt, *Stelplecht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht (MSR nr. 71)*, 5.2.7 en E. Cremers-Hartman & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer, D. 5.7.5.

10 A.R. Houweling e.a., *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2018, p. 162-163.

11 Zie *Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 6, p. 5.* Zie verder over de invloed van de door partijen gekozen contractvorm E. Verhulst, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', in: L. Holtus, *Deining (Liber Amicorum voor J.J.M. de Laat)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 255-258.

12 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 22, 23.*

13 Zie bijvoorbeeld het standpunt van de wetgever: *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 22* of een voorbeeld uit de rechtspraak Hof Den Haag 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2429.

14 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4424.

15 *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 22.*

16 Het initiatief voor een beroep op art. 7:610b BW ligt bij de werknemer.

17 *Kamerstukken II 1997/98, 25263, nr. 33, p. 3* en *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 33.*

aanspraak maakt op loon. Het loon zal echter, gelet op de nieuwe arbeidsomvang uit de referteperiode, lager zijn. Tot slot is van belang dat de Hoge Raad reeds in 2012 heeft bepaald dat een verzoek tot vaststelling van de arbeidsomvang op grond van het rechtsvermoeden óók kan worden toegewezen voor een periode die in het verleden ligt.¹⁸

Loongarantieregeling (art. 7:628a lid 1 BW)

De loongarantieregeling ex art. 7:628a lid 1 BW geeft de werknemer voor iedere periode van minder dan drie uur waarin hij arbeid heeft verricht, recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben gehad, indien hij drie uur arbeid zou hebben verricht.¹⁹

De ratio van de loongarantieregeling is tweeledig. Deze beoogt in de eerste plaats te bevorderen dat de werkgever de arbeid zodanig organiseert dat diensten of perioden van minder drie uur waarin moet worden gewerkt, en waar bij onduidelijkheid bestaat over de tijdstippen waarop gewerkt moet worden of over de arbeidsduur, zo min mogelijk voorkomen. Mocht dit de werkgever niet lukken, dan beoogt deze regeling – in de tweede plaats – de werknemer compensatie te bieden voor de onzekerheid over de omvang van de arbeid en de daaruit voortvloeiende inkomsten of over de tijden waarop deze arbeid moet worden verricht.²⁰ Voor toepassing van de loongarantieregeling gelden twee voorwaarden:

1. Tussen werkgever en werknemer bestaat een arbeidsovereenkomst.
2. Werkgever en werknemer zijn een arbeidsomvang van minder dan vijftien uur per week overeengekomen en de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht zijn niet vastgelegd of de arbeidsovereenkomst kwalificeert als oproepovereenkomst.

De loongarantieregeling mist derhalve toepassing indien partijen een voorovereenkomst hebben gesloten.²¹ Voor het eerste gevalstype geldt voorts dat een maandelijks of jaarlijkse arbeidsomvang niet aan toepassing in de weg hoeft te staan, mits de gemiddelde arbeidsomvang per week maar minder dan vijftien uur is en uiteraard de tijdstippen van arbeid niet zijn vastgelegd.²² Van zekerheid over de tijdstippen waarop arbeid moet worden verricht, is getuige de parlementaire geschiedenis sprake als deze van tevoren zijn vastgesteld op dezelfde wijze dan wel even lang van tevoren als in de onderneming voor de overige (voltijd)werk-

nemers gebruikelijk is.²³ Voor het tweede geval geldt dat sprake dient te zijn van een oproepovereenkomst in de zin van art. 7:628a lid 9 BW. De kwalificatie van de oproepovereenkomst komt later in dit artikel kort aan bod.

Is aan de voorwaarden van art. 7:628a BW voldaan, dan maakt de werknemer aanspraak op drie uur loon per oproep. De Hoge Raad heeft in 2013 bepaald dat dit eveneens geldt voor de situatie waarin de werknemer meermaals per dag wordt opgeroepen.²⁴

Flex-rechtspraak: 1999 tot 2009

In 2009 is door Houweling e.a. de rechtspraak over een groot aantal bepalingen voortvloeiende uit de Wet Flexibiliteit en Zekerheid onderzocht. Interessant is om te bezien in hoeverre de conclusies uit dit onderzoek vandaag de dag nog altijd opgaan. Wij beperken ons in dit artikel echter tot de uitspraken die zijn geweest over de drie hiervoor genoemde onderwerpen.

De centrale vraag in dit verband is in hoeverre deze bepalingen de oproepkracht meer (processuele) zekerheid bieden zoals nadrukkelijk is beoogd door de wetgever. Voordat wij aan een bespreking van de resultaten uit ons rechtspraakonderzoek toekomen, staan wij eerst stil bij het onderzoek uit 2009 van Houweling e.a.

Vorige onderzoek: tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje?

Rechtspraakonderzoeken met betrekking tot beide rechtsvermoedens en de loongarantieregeling zijn spaarzaam.²⁵ Het laatste omvattende onderzoek dateert van 2009 en is van de hand van Houweling e.a. In dat onderzoek is de flex-rechtspraak uit de periode 1 januari 1999 tot 1 januari 2009 onderzocht.²⁶

Hoe luiden de conclusies van Houweling e.a.? Uit hun onderzoek over beide rechtsvermoedens bleek het gewenste effect op dit punt vooralsnog uit te blijven. In 16 van de 35 uitspraken (45,71%) over art. 7:610a BW werd een beroep op dat artikel gehonoreerd en werd de overeenkomst aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. In de meerderheid van de zaken, zijnde 54,29%, werd het rechtsvermoeden dus succesvol door de werkverschaffer weerlegd. Opvallend was daarbij dat het rechtsvermoeden in 41,37% van de gevallen werd weerlegd vanwege het ontbreken van ‘loon’ in de zin van art. 7:610 BW en in – slechts – 27,59% van de gevallen vanwege het ontbreken van een gezagsverhouding ex art. 7:610 BW.

18 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0017. Zie voor een nadere bespreking van deze uitspraak E.C. van Fenema/Pieken en dalen. Over het toepassingsbereik van het rechtsvermoeden omvang arbeidsduur, *ArbeidsRecht* 2012/51.

19 Zie voor een nadere bespreking van de loongarantieregeling A.Olst-hoorn, ‘Oproepovereenkomst’, in: A.R. Houweling & P.G. Vestering & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2020, p. 386-390.

20 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, nr. 3, p. 23 en *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, nr. 6, p. 7.

21 Zie hierover bijvoorbeeld F.M. Dekker, ‘De minimumloongarantie van art. 7:628a BW’, *TAP* 2013/6.

22 Bijlage bij *Kamerstukken II 1997/98*, 25263, nr. 132b, p. 7, 8.

23 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, nr. 6, p. 7.

24 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907.

25 Verder kan worden gewezen op een bijdrage van Alt en Zwemmer. Zie H.J.W. Alt, ‘De wettelijke vermoedens van 7:610a en 7:610b tien jaar later’, *TAP* 2009/3 en J.P.H. Zwemmer, ‘Rechtsvermoeden omvang arbeidsduur, een updating’, *ArbeidsRecht* 2005/50.

26 V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk & A.R. Houweling, ‘Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje? Een analyse van tien jaar ‘flexrecht-spraak’, *TAP* 2009/3.

De resultaten over art. 7:610b BW waren niet veel rooskleuriger. In 14 van de 23 uitspraken (61%) werd de gestelde arbeidsomvang niet aangenomen. In 9 uitspraken (39%) werd de gestelde arbeidsomvang wel aangenomen. De belangrijkste grond voor weerlegging bleek te zijn het niet voldoen aan de referteperiode of het feit dat de gestelde referteperiode niet representatief werd geacht (41,2%). Uit de rechtspraak bleek dat in 55% van de gevallen waarin de rechter het beroep op art. 7:610b BW honoreerde werd aangesloten bij de referteperiode van drie maanden. In ruim 11% van de gevallen werd een referteperiode tussen de drie tot zes maanden aangenomen. Eveneens in 11% van de gevallen werd een referteperiode van meer dan zes maanden aangenomen.

Het percentage toewijzingen op grond van art. 7:610a BW is afgenomen, percentage toewijzingen op grond van art. 7:610b BW toegenomen

Tot slot de loongarantieregeling. In de onderzoeksperiode is slechts één uitspraak op dit punt geweest. Op basis daarvan konden geen conclusies worden getrokken.

Flex-rechtspraak 2009 tot 2020: onderzoeksmethode

Ruim tien jaar na het onderzoek van Houweling e.a. is het interessant om te bezien in hoeverre de voornoemde conclusies thans nog opgaan. De navolgende analyses zijn ontleend uit de gepubliceerde rechtspraak uit de periode 2 januari 2009 tot en met 31 december 2019. Hierbij zijn zowel de uitspraken van de rechtbanken, gerechtshoven als de Centrale Raad van Beroep betrokken. Uitspraken van de Hoge Raad zijn buiten beschouwing gelaten, omdat de Hoge Raad zich (in beginsel) weerhoudt van een feitelijke beoordeling.

Het betreft in totaal 217 uitspraken over beide rechtsvermoedens en de loongarantieregeling. In dit onderzoek is gebruikgemaakt van de volgende bronnen:

- Rechtspraak.nl;
- Ar-updates.nl;
- JAR;
- RAR.

Het onderzoek heeft zich in het bijzonder toegespitst op een drietal aspecten:

- aantal gepubliceerde uitspraken in de onderzoeksperiode;
- aantal toe- en afwijzingen alsmede het aantal niet-besliste zaken;
- weerleggingsgronden en referteperiode bij aangenomen arbeidsomvang.

In dit onderzoek is zoveel mogelijk aangesloten bij de uitgangspunten uit het onderzoek van Houweling e.a.

Rechtspraak: rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst

In de onderzoeksperiode zijn in totaal 60 uitspraken over art. 7:610a BW gepubliceerd. De uitkomsten hiervan zijn weergegeven in figuur 1. In 33 van de 60 zaken heeft de werker nul op rekest gekregen en kwam de rechter tot de slotsom dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Dit resulteert in een afwijzingspercentage van 55%. Daar staan 19 uitspraken (32%) tegenover waarin de rechter meeging met het betoog van de werker en derhalve oordeelde dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. In 8 zaken kwam de rechter niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van art. 7:610a BW, bijvoorbeeld omdat de rechter partijen een bewijsopdracht gaf of niet inhoudelijk inging op art. 7:610a BW. Aldus blijkt dat in meer dan de helft van de uitspraken waarin de werker onder verwijzing naar art. 7:610a BW stelt werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, dit de werker niet kan baten.

Figuur 1. Rechtsvermoeden bestaan arbeidsovereenkomst

Overzicht art. 7:610a BW	Aantal	Percentage
Aantal toewijzingen	19	32%
Aantal afwijzingen	33	55%
Aantal niet-beslist	8	13%
Totaal	60	100%

Het is vervolgens interessant om de uitspraken waarin de rechter geen arbeidsovereenkomst aanneemt, nader tegen het licht te houden. Zoals reeds aan bod is gekomen, dient een beroep op art. 7:610a BW in twee fasen te worden onderscheiden. In de eerste plaats de fase waarin de werker krachtens de hoofdregel van art. 150 Rv dient te stellen en te bewijzen dat aan de voorwaarden van het rechtsvermoeden is voldaan. Slaagt de werker daarin, dan komt men toe aan de tweede fase waarin het weerlegbare rechtsvermoeden wordt aangenomen en op de werkverschaffer de taak rust door het leveren van tegenbewijs het rechtsvermoeden te weerleggen. Uit figuur 2 blijkt dat in 11 van de 33 (33%) gevallen het beroep op art. 7:610a BW in de eerste fase strandt. Bijvoorbeeld omdat van een opeenvolgende periode van drie maanden nog geen sprake was of de werker geen arbeid ten behoeve van die ander heeft verricht.²⁷

Figuur 2. Verhouding niet voldaan aan voorwaarden/weerlegging

Niet voldaan aan voorwaarden/weerlegging	Aantal	Percentage
Niet voldaan aan voorwaarden	11	33%
Weerlegging	22	67%
Totaal	33	100%

²⁷ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2992 en Hof Den Haag 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2538.

Figuur 3 toont de weerleggingsgronden. Het aantal gronden voor weerleggingen is niet gelijk aan het aantal weerleggingen uit figuur 2. Reden daarvoor is dat in sommige uitspraken meerdere gronden aanleiding gaven tot weerlegging van het rechtsvermoeden. Veelal beoordeelde de rechter volgens een vast stramien of de werkgever was geslaagd in de weerlegging van het rechtsvermoeden. Het startpunt vormde veelal de partijbedoeling, of zoals de Hoge Raad het noemt in *Groen/Schoevers* ‘hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond’.²⁸ De partijbedoeling vormde – al dan niet in combinatie met een of meerdere andere gronden – in 10 uitspraken de grond voor weerlegging. Het gaat in dit kader om uitspraken waarin de rechter de partijbedoeling expliciet benoemt als weerleggingsgrond. Na de partijbedoeling werd veelal onderzocht of de feitelijke uitvoering van de overeenkomst (ook) in de richting van een andersoortige overeenkomst wees. In 8 uitspraken (24%) achtte de rechter het rechtsvermoeden bij gebreke van de voor de arbeidsovereenkomst vereiste gezagsverhouding weerlegd. Daarnaast vormde het ontbreken van loon zoals bedoeld in art. 7:610 BW in 7 uitspraken (mede) de grond voor weerlegging. Veelal betrof het in dit kader uitspraken waarin de wijze van beloning – maandelijks facturen, in rekening brengen van BTW en het naar de Belastingdienst toe presenteren als ondernemer – tot dat oordeel van de rechter noopte.²⁹ Tot slot vormde de omstandigheid dat de werker zich vrijwillig kon laten vervangen in 6 uitspraken mede de doorslag voor weerlegging.³⁰

Gronden weerlegging art. 7:610a BW	Aantal	Percentage (%)
Ontbreken loonbegrip ex art. 7:610 BW	7	21%
Ontbreken gezagsverhouding ex art. 7:610 BW	8	24%
Geen persoonlijke arbeid	6	18%
Bedoeling partijen	10	31%
Geen motivering	2	6%
Totaal	33	100%

Rechtspraak: rechtsvermoeden arbeidsomvang

In de onderzoeksperiode zijn in totaal 150 uitspraken gewezen over het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW. Beroep op art. 7:610b BW bleek in deze periode kansrijk. In 85 (57%) van de 150 gevallen honoreerde de rechter een

beroep op dit rechtsvermoeden. Het betrof hier uitspraken waarin de rechter het rechtsvermoeden aannam op basis van de drie voorafgaande maanden óf, al dan niet na voorafgaand verweer van de werkgever, op basis van een langere referteperiode. Daar tegenover staan 43 uitspraken waarin het beroep op art. 7:610b BW werd afgewezen. Dit komt neer op een percentage van 29%. Tot slot is de rechter in 22 uitspraken niet inhoudelijk ingegaan op het beroep van de werknemer. Bijvoorbeeld omdat de rechter een bewijsopdracht gaf of op andere gronden tot een toe- of afwijzing van de vordering van de werknemer kwam zonder daarbij stil te staan bij art. 7:610b BW.

Een klein uitstapje in dit verband is dat een geslaagd beroep op art. 7:610b BW niet per definitie een toewijzing van de loonvordering met zich bracht. Hoewel met ingang van 1 januari 2020 het adagium en uitgangspunt is gewijzigd van ‘geen arbeid, geen loon’ naar ‘geen arbeid, wel loon, tenzij’, kan de werkgever zich immers verweren door te betogen dat werknemer geen bereidheid heeft getoond om de bedongen arbeid te verrichten.³¹ Voorts kan ingevolge art. 7:628 lid 5 BW voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst bij schriftelijke overeenkomst de loondoorbetalingsverplichting worden uitgesloten. In de rechtspraak en literatuur bestaat discussie over de beantwoording van de vraag of art. 7:628 lid 5 BW aan een geslaagd beroep op het rechtsvermoeden in de weg staat. Wij menen dat deze vraag wettssystematisch bezien, en naar analogie van de situatie waarin bijvoorbeeld de bereidheid om de bedongen arbeid te verrichten ontbrak, bevestigend dient te worden beantwoord.³²

Overzicht art. 7:610b BW	Aantal	Percentage (%)
Aantal toewijzingen	85	57%
Aantal afwijzingen	43	29%
Aantal niet-beslist	22	14%
Totaal	150	100%

Voor art. 7:610b BW geldt evenals voor art. 7:610a BW dat twee fasen moeten worden onderscheiden. De fase waarin de werknemer moet stellen en bewijzen dat aan de voorwaarden van dit artikel is voldaan en de fase waarin de werkgever tracht het rechtsvermoeden te weerleggen. Uit de geanalyseerde rechtspraak blijkt dat in het overgrote deel van de uitspraken waarin het beroep op art. 7:610b BW niet slaagde, dit het gevolg was van weerlegging van het rechtsvermoeden door de werkgever. In 28 (65%) van

28 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.

29 Voor een voorbeeld waarin deze omstandigheden mede aanleiding gaven om het rechtsvermoeden als weerlegd te beschouwen, zie Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:318.

30 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU1428.

31 Zie over deze huidige wijziging E. Wies & D.R. Stolwijk, ‘Geen arbeid, toch loon: de gevolgen van de wijziging van art. 7:627 BW en art. 7:628 BW’, TAP 2020/4.

32 Zoals gezegd, bestaat hier discussie over in rechtspraak en literatuur. Zie bijvoorbeeld E. Cremers-Hartman & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer, 3.10.4.3; D.J.B. de Wolff & E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (Monografieën Sociaal Recht nr. 25), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 39; Ktr. Nijmegen 29 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR1691 en Ktr. Haarlem 13 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ6725, *Prg.* 2013/158.

de 43 gevallen lukte het de werkgever namelijk het rechtsvermoeden te weerleggen. In 15 van de 43 (35%) gevallen strandde het beroep van de werknemer al in de eerste fase.

Figuur 5. Verhouding niet voldaan aan voorwaarden/weerlegging		
Niet voldaan aan voorwaarden/weerlegging	Aantal	Percentage
Niet voldaan aan voorwaarden	15	35%
Weerlegging	28	65%
Totaal	43	100%

In figuur 6 zijn de belangrijkste weerleggingsgronden aangevoerd. Duidelijk is dat de omstandigheid dat geen onduidelijkheid over de arbeidsomvang bestaat met kop en schouders boven de overige weerleggingsgronden uitsteekt. In 13 (43%) van de 30 gevallen leidde deze omstandigheid tot een weerlegging van het rechtsvermoeden. Op gepaste afstand volgt de omstandigheid dat de feitelijke omvang niet structureel hoger is dan de bedongen omvang. Dit leidde in 7 (23%) van de 33 gevallen tot een weerlegging. Tot slot vormde de omstandigheid dat de door de werknemer aangewezen referentieperiode niet representatief werd geacht in 7 gevallen aanleiding om het beroep op art. 7:610b BW als weerlegd te beschouwen. Dit betrof uitspraken waarin de rechter geen aanleiding vond om een andere referentieperiode aan te wijzen.

Figuur 6. Weerlegging rechtsvermoeden		
Gronden weerlegging art. 7:610b BW	Aantal	Percentage (%)
Geen onduidelijkheid over arbeidsomvang	13	43%
Feitelijke omvang niet structureel hoger	7	23%
Niet representatief	5	17%
Overig	5	17%
Totaal	30	100%

Met betrekking tot de referentieperiode is het uitgangspunt dat overeenkomstig de wettekst wordt aangesloten bij de drie voorafgaande maanden. De werkgever kan echter het verweer voeren dat de drie voorafgaande maanden geen representatief beeld vormen en betogen dat dient te worden aangesloten bij een langere referentieperiode. In meer dan de helft van de uitspraken (55 waarin het beroep op art. 7:610b BW wordt gehonoreerd, sluit de rechter evenwel aan bij de door de wet voorgeschreven referentieperiode van drie maanden. In 27 van de 85 gevallen werd, in afwijking van de hoofdregel, aangesloten bij een referentieperiode van 6 tot 12 maanden (32%). In de meest zaken werd daarbij gekozen voor een referentieperiode van één jaar. Opvallend

is dat de situatie waarin wordt aangesloten bij een referentieperiode van langer dan één jaar of 4 of 5 maanden zich nauwelijks voordeed. Een referentieperiode van meer dan één jaar werd slechts 3 keer aangenomen en 4 of 5 maanden slechts één keer.

Figuur 7. Referentieperiode		
Maanden	Aantal	Percentage
3 maanden	47	55%
4-5 maanden	1	1%
6-12 maanden	27	32%
> 12 maanden	3	4%
Onbekend	7	8%
Totaal	85	100%

Rechtspraak: loongarantieregeling

Uit de analyse blijkt dat art. 7:628a lid 1 BW in rechte nauwelijks een rol speelt. In de onderzoeksperiode zijn immers slechts 7 uitspraken geweest. Opvallend is wel dat in 5 (72%) van de 7 uitspraken de vordering op grond van art. 7:628a lid 1 BW werd toegewezen. Daartegenover staat één afwijzing en één zaak waarin niet inhoudelijk is beslist.

Figuur 8. Loongarantieregeling		
Overzicht art. 7:628a lid 1 BW	Aantal	Percentage
Aantal toewijzingen	5	72%
Aantal afwijzingen	1	14%
Aantal niet-beslist	1	14%
Totaal	7	100%

Vergelijking

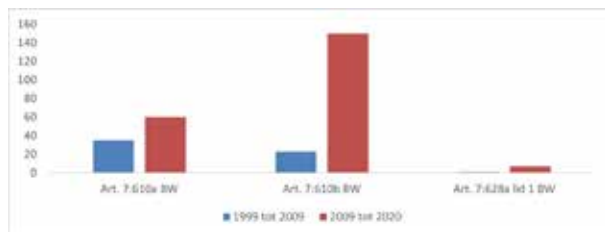
Worden de resultaten uit beide onderzoeken naast elkaar gelegd, dan kan een drietal conclusies worden getrokken.

In rechte wordt vaker een beroep gedaan op beide rechtsvermoedens en de loongarantieregeling³³

Werkers blijken, in verhouding tot de eerste tien jaar na inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, in rechte beduidend vaker een beroep te doen op de rechtsvermoedens. In het bijzonder springt daarbij het rechtsvermoeden arbeidsomvang in het oog met 150 uitspraken in de onderhavige onderzoeksperiode ten opzichte van 23 uitspraken in de eerste tien jaar. Een toename is eveneens waar te nemen ten aanzien van art. 7:610a BW. De eerste tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid was goed voor 35 uitspraken. In de onderzoeksperiode uit dit artikel waren dit er 60. Het hiervoor geschetste beeld geldt onverkort voor de loongarantieregeling. In de periode 1999 tot 2009 is

³³ Voorzichtigheid bij deze conclusie is wel geboden nu uitsluitend de gepubliceerde rechtspraak is onderzocht en wij geen inzicht hebben in de niet-gepubliceerde rechtspraak op dit vlak.

slechts één uitspraak geweest. In de periode 2009 tot 2020 waren dit er 7. Toch is dit nog een gering aantal. Hoewel het feit dat op dit punt sprake is van weinig rechtspraak in lijn is met de verwachtingen van de wetgever in 1999, vinden wij dit toch opmerkelijk.³⁴ Temeer nu is gebleken dat het aantal uitspraken met betrekking tot beide rechtsvermoedens vele malen hoger ligt. Mogelijk dat dit een gevolg is van een terughoudende houding van de oproepkracht uit angst om hun goede verhoudingen met de werkgever op het spel te zetten. Dit verklaart evenwel nog niet het verschil met de rechtsvermoedens. Een verklaring voor dit verschil is mogelijk dat het belang – lees: de hoogte van de loonvordering – groter is en oproepkrachten daardoor wel geneigd zijn de stap naar de rechter te zetten, temeer nu de Hoge Raad in 2012 heeft bepaald dat een verzoek tot vaststelling van de arbeidsomvang – en in aansluiting daarop: een loonvordering – over een periode in het verleden kan worden toegewezen. Wij merken echter tegelijkertijd op dat, voor zover ons bekend, geen onderzoek is gedaan naar een reden achter het beperkte aantal uitspraken over de loongarantieregeling en het verschil met de rechtsvermoedens. Een sluitende verklaring voor een toename van het aantal gepubliceerde uitspraken over beide rechtsvermoedens en de loongarantieregeling is lastig te geven. Een mogelijke verklaring zou kunnen dat het aantal oproepkrachten en andere flexibele arbeidsrelaties ten opzichte van 2003 fors is gestegen en nog altijd stijgende is.³⁵ Een andere verklaring kan eventueel zijn dat, mogelijk vanwege de toegenomen aandacht voor de rechtspositie van oproepkrachten, meer uitspraken worden gepubliceerd dan voorheen. In hoeverre dit echt zo is, blijft uiteraard gissen.

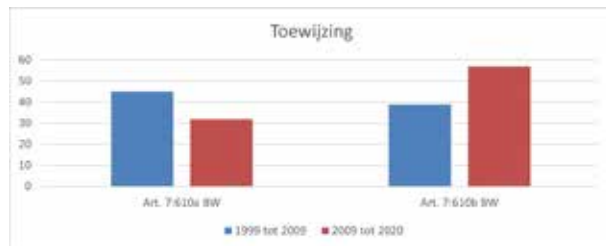


Figuur 9

Het percentage toewijzingen op grond van art. 7:610a BW is afgenomen, percentage toewijzingen op grond van art. 7:610b BW toegenomen

In de periode 2009 tot 2020 is het aantal toewijzingen op grond van art. 7:610a BW afgenomen. Werd in voornoemde periode nog in 32% van de uitspraken het bestaan

van een arbeidsovereenkomst aangenomen, in de periode 1999 tot 2009 was dit 45,71%.³⁶ Geheel tegenovergesteld is het beeld met betrekking tot het rechtsvermoeden arbeidsomvang. In 2009 tot 2020 werd in 57% van de uitspraken het beroep op art. 7:610b BW gehonoreerd ten opzichte van 39% over de periode 1999 tot 2009.



Figuur 10

Vaker aangesloten bij referterperiode van zes maanden of meer

Het percentage uitspraken waarin de rechter het rechtsvermoeden op basis van een referterperiode van drie maanden aanneemt, is in beide onderzoeksperioden 55% en daarmee onveranderd. Een verandering is wel waar te nemen in het aantal zaken waarin de rechter een referterperiode aanneemt van zes maanden of meer. Tussen 2009 en 2020 nam de rechter in 32% van de toegewezen zaken een referterperiode aan tussen de zes en twaalf maanden. In de periode 1999 tot 2009 was dit slechts 11%.

Tussenconclusie

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid blijkt dat aan de rechtsvermoedens een viertal doelstellingen is verbonden. Het meest in het oog springt de doelstelling van de wetgever om de *processuele* positie van de werknemer te versterken en de werknemer daarmee in zekere zin meer zekerheid te bieden. De vraag is of deze doelstelling anno 2020 wordt gehaald.

Met deze grondige wijziging probeert de wetgever nodeloze permanente beschikbaarheid en langdurige inkomensonzekerheid bij oproepkrachten te voorkomen en derhalve hun rechtspositie te versterken

Wij menen deze vraag op basis van de onderzochte rechtspraak met betrekking tot beide rechtsvermoedens bevestigend te kunnen beantwoorden. Hoewel het aantal toewijzingen op grond van art. 7:610a BW beperkt is, blijkt

34 De wetgever verwachtte dat de door de Wet Flexibiliteit en Zekerheid geïntroduceerde bepalingen niet tot meer rechtspraak zouden leiden, omdat deze bepalingen nu voldoende duidelijk zouden zijn. Zie hiervoor *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, nr. 3, p. 21.

35 Zie bijvoorbeeld <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/07/aantal-flexwerkers-in-15-jaar-met-drie-kwart-gegroeid>.

36 Kanttekening hierbij is wel dat onduidelijk is in hoeverre Houweling e.a. de niet-besliste uitspraken geheel buiten beschouwing hebben gelaten. Mocht dit het geval zijn, dan beïnvloedt dit vanzelfsprekend het percentage toe- en afwijzingen.

immers dat het gros van de afwijzingen het gevolg is van weerlegging door de werkverschaffer. Met andere woorden: hoewel het vermoeden vooreerst werd aangenomen door de rechter en daarmee de processuele positie van de werker versterkte, is de werkverschaffer erin geslaagd op basis van de bedoeling van partijen, al dan niet in combinatie met de feitelijke uitvoering, het vermoeden te ontzenuwen. Hoewel het beroep op art. 7:610a BW de werker dus in veel gevallen uiteindelijk niet kan baten, versterkt het de processuele positie van de werker wel en biedt het in zekere zin meer zekerheid. Voor het rechtsvermoeden arbeidsomvang geldt dat een verzoek op die grond in 57% van de gevallen werd toegewezen. Het biedt de werknemer, overeenkomstig de bedoeling van de wetgever, daarmee een helpende hand in situaties waarin onduidelijkheid bestaat over de arbeidsomvang of de feitelijke situatie afwijkt van hetgeen contractueel is bedongen.

Uit de gepubliceerd rechtspraak volgt dat de loongarantieregeling in rechte nauwelijks een rol speelt. Opvallend is wel dat in 72% van de gevallen een 628a-vordering wordt toegevoerd. Hier kan evenwel, gelet op het beperkte aantal uitspraken, geen grote betekenis aan worden toegekend waardoor ook niet kan worden gesteld dat de loongarantieregeling een werknemer meer zekerheid biedt.

Wet arbeidsmarkt in balans

Op 1 januari 2020 is de Wet arbeidsmarkt in balans in werking getreden. Een belangrijk onderdeel van deze wet is de grondige wijziging van art. 7:628a BW. Met deze grondige wijziging probeert de wetgever nodeloze permanente beschikbaarheid en langdurige inkomensonzekerheid bij oproepkrachten te voorkomen en derhalve hun rechtspositie te versterken.

De vraag is gerechtvaardigd of de wijzigingen tot een versterking van de rechtspositie van de oproepkracht leiden en of deze tegen de achtergrond van de onderzoeksresultaten van het rechtspraakonderzoek noodzakelijk zijn. Voor dat wij deze vragen beantwoorden, lichten wij eerst kort de wijzigingen toe.³⁷

Wijzigingen art. 7:628a BW

Art. 7:628a lid 9 BW voorziet in een wettelijke definitie van de oproepovereenkomst. De kwalificatie van de oproepovereenkomst is van belang, omdat dit het entreebewijs vormt voor de beschermende bepalingen uit lid 1 tot en met 3 en lid 5.³⁸ Het negende lid onderscheidt drie gevallen, die met elkaar gemeen hebben dat de oproepkracht geen duidelijkheid heeft over de arbeidsomvang, met onzeker-

heid over het inkomen en de uren waarop moet worden gewerkt tot gevolg.

Van een oproepovereenkomst is sprake als:

- De omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een maand.
- De omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een jaar én het recht op loon van de werknemer niet gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid.³⁹
- De werknemer geen recht op loon heeft, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht, omdat het recht op loon is uitgesloten in de zin van art. 7:628 lid 5 of lid 7 BW of art. 7:691 lid 7 BW.

Indien sprake is van een oproepovereenkomst, dan kan de oproepkracht een beroep doen op een aantal beschermende maatregelen. In de eerste plaats heeft de wetgever een oproeptermijn geïntroduceerd.⁴⁰ Krachtens het tweede lid van art. 7:628a BW is de werkgever verplicht de tijdstippen waarop moet worden gewerkt ten minste vier dagen van tevoren schriftelijk of elektronisch bekend te maken aan de werknemer. Laat de werkgever dit na, dan is de werknemer niet gehouden de oproep te accepteren.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat kort van tevoren de oproep van de oproepkracht wordt gewijzigd of ingetrokken. De oproepkracht heeft dan veelal niet meer de mogelijkheid ander werk te aanvaarden. In de tweede plaats heeft de wetgever in het derde lid daarom een loonaanspraakregeling geïntroduceerd. De oproepkracht heeft op grond van deze bepaling recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben, indien hij de arbeid overeenkomstig de oproep zou hebben verricht in de navolgende drie gevallen:

1. De werkgever trekt binnen vier dagen voor de aanvang van het tijdstip van de oproep om arbeid te verrichten de oproep ten dele in.
2. De werkgever trekt binnen vier dagen voor de aanvang van het tijdstip van de oproep om arbeid te verrichten de oproep volledig in.
3. De werkgever wijzigt binnen vier dagen voor de aanvang van het tijdstip van de oproep om arbeid te verrichten de tijdstippen.

De oproep om arbeid te verrichten moet schriftelijk of elektronisch worden ingetrokken of gewijzigd. Indien de werkgever de oproep weliswaar tijdig intrekt of wijzigt, maar dit mondeling doet, is geen sprake van een rechtsgeldige intrekking. Het gevolg is dat de werkgever gehouden is het loon te betalen over de tijdstippen waarover de werknemer is opgeroepen.

In de derde plaats heeft de wetgever voor de werkgever de verplichting geïntroduceerd om kort gezegd na twaalf

³⁷ Zie voor een uitvoerige bespreking van de wijzigingen A. Olsthoorn, 'Oproepovereenkomst', in: A.R. Houweling & P.G. Vestering & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2020, p. 391-398.

³⁸ Voor lid 1 geldt dat daar niet per definitie sprake moet zijn van een oproepovereenkomst getuigt het eerste door dat artikel genoemde lid.

³⁹ Zoals Cremers terecht opmerkt, dient in art. 7:629a lid 9 sub a onder 2 BW het woordje 'niet' te worden gelezen: E. Cremers-Hartman & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer, D. 3.6.2.

⁴⁰ Strikt genomen is niet zozeer sprake van een verplichting om oproepkrachten binnen de in het tweede lid gestelde termijn op te roepen, maar van het verbinden van een gevolg aan het niet tijdig oproepen.

maanden een vaste arbeidsomvang aan te bieden.⁴¹ Ook wel de vastklikregeling genoemd.⁴² Deze verplichting bestaat voor zover aan een tweetal voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de oproepkracht werkzaam zijn op basis een oproepovereenkomst. Ten tweede moet de *arbeidsovereenkomst* twaalf maanden hebben geduurd.

De wetgever heeft de niet-naleving van de verplichting tot het aanbieden van een vaste arbeidsomvang in lid 8 gesanc-tioneerd. Komt de werkgever de verplichtingen genoemd in het vijfde en zesde lid in het geheel niet na of niet in over-eenstemming met deze bepalingen, dan heeft de werknemer recht op loon over de gemiddelde arbeidsomvang van de voorafgaande twaalf maanden. De werknemer hoeft hier, in afwijking van de hoofdregel, niet aan te tonen dat hij zich beschikbaar heeft gehouden voor deze uren.⁴³

Over de verhouding tussen de vastklikregeling en het rechtsvermoeden arbeidsomvang is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat beide regelingen naast elkaar bestaan. Dit brengt onder meer mee dat een oproepkracht een aanbod van de werkgever na twaalf maanden kan weigeren, maar kort daarna diezelfde oproepkracht een beroep doet op het rechtsvermoeden.⁴⁴ Het is vervolgens de vraag of de eerdere afwijzing van het verplichte aanbod gewicht in de schaal legt in het kader van de vraag of de werkgever het rechtsvermoeden kan weerleggen. Aange-zien dit twee naast elkaar bestaande bepalingen zijn, ligt dit niet voor de hand. Bovendien zegt de afwijzing van het verplichte aanbod niets over de representativiteit van het rechtsvermoeden noch over de vraag of überhaupt aanlei-ding bestaat een beroep te doen op het rechtsvermoeden.

In de vierde plaats geldt krachtens art. 7:672 lid 5 BW voor werknemers wier arbeidsomvang niet is vastgelegd een opzegtermijn gelijk aan de oproeptermijn van de werkge-ver zoals bedoeld in art. 7:628a lid 2 BW. Uitgangspunt is dus een opzegtermijn van vier dagen. Indien en voor zover bij cao van de wettelijke oproeptermijn is afgeweken, geldt deze afwijking tevens voor de opzegtermijn.⁴⁵ Bovendien kunnen deze werknemers op ieder moment opzeggen en geldt derhalve niet de verplichting tegen het einde van de maand op te zeggen.

Versterking en noodzaak

De wetgever heeft met de wijzigingen van art. 7:628a BW de rechtspositie van de oproepkracht willen versterken. De vraag is of dit doel wordt bereikt. Hoewel de Wet arbeidsmarkt in balans pas enkele maanden geleden in werking

is getreden en harde conclusies op dit punt derhalve nog niet kunnen worden getrokken, lijken de maatregelen wel het beoogde effect te kunnen hebben. De wijzigingen leiden over het algemeen genomen tot een afname van de inkomensonzekeerheid. Oproepkrachten maken na twaalf maanden immers aanspraak op een vaste arbeidsomvang en (in de regel) op het daarbij horende loon. Verder neemt de inkomensonzekeerheid – weliswaar in beperkte mate – af door werkgevers te verplichten om het loon door te betalen bij een te late intrekking of wijziging van de oproep.

Over het voorkomen van permanente beschikbaarheid zijn wij sceptischer. Weliswaar is de werkgever verplicht de oproepkracht uiterlijk vier dagen van te voren op te roepen, maar dit betreft alsnog een zeer korte termijn waarbij het nog maar de vraag is of de oproepkracht in staat zal zijn ander werk te kunnen vinden. In die zin voorkomt de oproeptermijn geen permanente beschikbaarheid. De korte opzegtermijn voor oproepkrachten juichen wij wel toe. Het biedt de mogelijkheid voor deze groep werknemers op korte termijn over te stappen.

Verder merken wij op dat deze maatregelen een aanzienlijke verzwarening van de financiële en administratieve lasten voor werkgevers meebrengen. Wij vragen ons af of werkgevers bereid zullen zijn deze extra lasten te dragen of dat werkgevers (op) korte termijn nadrukkelijk een beroep gaan doen op andere vormen van flexibele arbeid. In dat geval verplaatst het probleem zich en heeft de Wet arbeidsmarkt in balans alsnog niet het nadrukkelijk beoogde effect.

Tot slot denken wij dat de Wet arbeidsmarkt in balans een noodzakelijke aanvulling vormt op het reeds bestaande instrumentarium van de oproepkracht

Tot slot denken wij dat de Wet arbeidsmarkt in balans een noodzakelijke aanvulling vormt op het reeds bestaande instrumentarium van de oproepkracht. In de eerste plaats reeds vanwege het feit dat het in deze bijdrage onderzochte instrumentarium, met uitzondering van de loongarantieregeling, vooral de processuele rechtspositie beoogt te versterken. De Wet arbeidsmarkt in balans gaat verder en beoogt de rechtspositie in materiële zin te versterken. In die zin vormt deze wet een welkome en tevens noodzakelijke aanvulling. In de tweede plaats betekent in het bijzonder de vastklikregeling een afname van de inkomensonzekeerheid van oproepkrachten. Het initiatief van de vaststelling van de feitelijke arbeidsomvang is immers verschoven naar de werkgever. Het is de werkgever die na twaalf maanden een vaste arbeidsomvang moet aanbieden, daar waar het voorheen de oproepkracht was die een beroep op het rechtsvermoeden arbeidsomvang moest doen. Hoewel een aanzienlijke toename is waar te nemen van de gepubliceerde rechtspraak op dit punt, betreft het verhoudingsgewijs nog altijd een beperkt aantal uitspraken op jaarbasis hetgeen mogelijkwerwijs een gevolg is van de kwetsbare positie van de oproepkracht.

41 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 27.

42 Minister Koolmees op 5 juni jl. het voornemen kenbaar gemaakt de vastklikregeling in die zin te verduidelijken dat de vaste arbeidsomvang een aanvang neemt op de eerste dag na de 14^e maand, tenzij partijen een eerder moment zijn overeengekomen. Dit naar aanleiding van onduidelijkheid over de ingangsdatum van de vaste arbeidsomvang. Zie hiervoor Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 5 juni 2020.

43 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. D, p. 34.

44 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. D, p. 29.

45 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 137.

Voorts verwachten wij dat met art. 7:628a BW het belang van art. 7:610b BW afneemt. Een werkgever heeft immers de plicht om de oproepkracht een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang en kan daarvoor worden gesanctioneerd indien dit wordt nagelaten. Het rechtsvermoeden is in dit verband nog wel van belang in de situatie waarin de oproepkracht een aanbod na twaalf maanden heeft geweigerd of waarin de arbeidsomvang, nadat het aanbod van de werkgever is aanvaard, structureel hoger wordt.

Tot slot zijn de wijzigingen van de Wet arbeidsmarkt in balans vermoedelijk niet van invloed op art. 7:610a BW en art. 7:628a lid 1 BW. De wijzigingen van deze wet zijn immers pas relevant als sprake is van een arbeidsovereenkomst. Voor de loongarantieregeling geldt dat de tekstuele wijziging van het eerste lid tot een verduidelijking heeft geleid, maar in onze optiek materieel niet van wezenlijke invloed gaat zijn.

Afronding

De rechtspositie van oproepkrachten is veelvuldig onderwerp van discussie geweest en heeft geleid tot grote wetgevingsprojecten. Voor de eerste maal op grote schaal in 1999 met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Met deze wet beoogde de wetgever de processuele positie van onder meer oproepkrachten te versterken. In deze bijdrage is op basis van de tussen 2009 tot 2020 gepubliceerde rechtspraak over art. 7:610a, art. 7:610b en art. 7:628a lid 1 BW onderzocht of deze doestelling is bereikt. Wij zouden deze vraag ten aanzien van de rechtsvermoedens in ieder geval positief willen beantwoorden. Zo blijkt dat de meeste verzoeken op grond van art. 7:610b BW tot een toewijzing leiden. Hoewel dit niet onverkort van art. 7:610a BW geldt, leidt deze bepaling wel degelijk tot een versterking van de processuele positie. De werkgever slaagt er evenwel vaak in het rechtsvermoeden te weerleggen. De loongarantieregeling speelt in rechte nauwelijks een rol en biedt de oproepkracht in die zin dus uitgaande van de rechtspraak nauwelijks meer zekerheid.

Met de Wet arbeidsmarkt in balans heeft de wetgever de rechtspositie van de oproepkrachten in materiële zin willen versterken. Hoewel de Wet arbeidsmarkt in balans pas enkele maanden geleden in werking is getreden, lijkt het erop dat de maatregelen van deze wet inderdaad de rechtspositie van oproepkracht kunnen versterken. De maatregelen, en in het bijzonder de vastklikregeling en de loonaanspraakregeling, leiden tot een afname van de inkomensonzekerheid. Ook vormt deze wet een welkome én noodzakelijke aanvulling op beide rechtsvermoedens en de loongarantieregeling. Daar waar de rechtsvermoedens de processuele positie beogen te versterken, beoogt de Wet arbeidsmarkt in balans de rechtspositie in materiële zin te versterken. Met de vastklikregeling, die bijdraagt aan de afname van de inkomensonzekerheid van oproepkrachten, verschuift het initiatief voor de vaststelling van de feitelijke arbeidsomvang van de oproepkracht naar de werkgever. Dit is in het licht van de kwetsbare positie van de oproepkracht een goede ontwikkeling.

Al met al biedt Titel 7.10 BW de oproepkracht anno 2020 een stevig pakket aan beschermende maatregelen. Voor de werkgever betekent dit een behoorlijke financiële en administratieve last. Het is dus interessant te bezien of werkgevers anno 2020 veel gebruik zullen blijven maken van oproepkrachten of dat zij teruggrijpen op andere vormen van flexibele arbeid. De tijd zal het leren.

Over de auteurs



Mr. A. Olsthoorn

Advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten.



Mr. D. Schuurman

Advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten.