

HR Rendement

Dit artikel wordt u aangeboden door HR Rendement

HR Rendement is de informatiebron voor HR-professionals die hun organisatie verder willen helpen. De insteek is: hoe kan een HR-adviseur, HR-medewerker of andere HR-specialist bijdragen aan een beter rendement van personeel en arbeid.

HR Rendement behandelt onderwerpen zoals wijzigingen in wet- en regelgeving, ontwikkelingen in het arbeidsrecht, fiscaal voordelige beloningsvormen, arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden, personeelssubsidies en de inzet van HR-instrumenten en personeelsdata.

De onafhankelijke en ervaren redactie van HR Rendement zit bovenop het nieuws en vertelt u als eerste wat deze ontwikkelingen zijn. Altijd in heldere taal en met een praktische insteek, zodat u de informatie direct kunt vertalen naar uw eigen werksituatie. HR Rendement is daarnaast multimediaal. De voor uw vakgebied relevante informatie verschijnt:

- dagelijks op het digitale platform Rendement Online, waar u onder meer het laatste nieuws, checklists, rekentools, maatwerkbrieven en verdiepingsartikelen tot uw beschikking heeft;
- wekelijks gebundeld in een e-mailnieuwsbrief;
- maandelijks in het vakblad HR Rendement, boordevol nieuws en achtergrondartikelen, digitaal en op de mat;
- tweemaandelijks in een handzaam themadossier: een pocketboekje dat iedere editie een complex onderwerp uitdiept.

Kijk voor meer informatie of een proefabonnement op www.rendement.nl/hrblad

Bescherming van oproepkracht door rechtsvermoeden van arbeidsomvang

Iedereen in vaste dienst nemen is voor veel werkgevers bedrijfsmatig (te) uitdagend en dus bestaat de behoefte aan flexibele arbeid. In sommige branches wordt veel gewerkt met zzp'ers. Andere branches zetten een deel van de werknemers in op basis van een nulurencontract. Bij dit oproepcontract kan het zogenoemde rechtsvermoeden van arbeidsomvang een belangrijke rol spelen. Wat houdt die regel precies in?

In artikel 7:610a en 7:610b van het Burgerlijk Wetboek (BW) zijn twee rechtsvermoedens opgenomen. Het eerste rechtsvermoeden gaat over het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst. Daar gaat dit artikel niet over. De focus zal liggen op het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang, dat in 1999 is ingevoerd via de Wet flexibiliteit en zekerheid. De arbeidsomvang is het aantal arbeidsuren waar de werknemer gemiddeld van mag uitgaan. U als werkgever moet loon betalen over deze uren en de werknemer bouwt er vakantierechten over op.

Inkomen

Het idee bij de invoering van dit rechtsvermoeden was dat met name werknemers die flexibel werken, bijvoorbeeld op basis van een nulurencontract of min-maxcontract, moeten worden beschermd. In artikel 7:610b BW is bepaald dat wanneer een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid per maand geacht wordt minstens overeen te komen met het gemiddelde aantal uren in de voorgaande drie maanden. Dit biedt de werknemer een vorm van bescherming, aangezien hij hierdoor eerder verzekerd is van een bepaald standaard inkomen.

De werknemer mag in principe zelf de zogenoemde referentieperiode voor dit rechtsvermoeden bepalen, zo volgt uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2012. De werknemer hoeft voor het vaststellen van de arbeidsomvang niet per se te kijken naar de drie meest recente maanden. Dit is ook logisch, aangezien het best kan voorkomen dat een invalkracht in de ene maand veel werkt, en in een andere maand juist een stuk minder. Zo'n verschil speelde bijvoorbeeld bij een kwestie binnen een luchtvaartmaatschappij, waarbij een invalkracht voor cabinepersoneel veel had gewerkt in vakantieperiodes, maar minder in het laagseizoen. Wat is dan een representatieve periode?

Representatief

Wat de representatieve periode is, hangt af van de omstandigheden. Vaak kiest eerst de werknemer een periode die hij representatief vindt. Het is vervolgens aan de werkgever om dit vermoeden te weerleggen. Dit doet u bijvoorbeeld door aan te tonen dat er een piek in drukte was in de periode die de werknemer wil hanteren. Een periode is representatief als deze de meest gebruikelijke situatie qua uren weergeeft. Als door de rechter een gemiddeld aantal uren per maand wordt vastgesteld, volgt daar niet per definitie voor u een verplichting uit om met terugwerkende kracht loon aan de werknemer te betalen. Leidend is of de werknemer ook over die periode met terugwerkende kracht beschikbaar was om arbeid te verrichten.

Ureanaanbod

Bij het rechtsvermoeden zijn ook de regels voor de loondoorbetalingsplicht voor

oproepwerk relevant. Die vindt u in artikel 7:628a BW. Uit lid 5 van dit artikel volgt dat u oproepkrachten jaarlijks een aanbod moet doen voor een vaste arbeidsomvang op basis van het gemiddelde aantal gewerkte uren in de daaraan voorafgaande 12 maanden. Doet u dit niet (op tijd), dan krijgt de werknemer recht op loon over een arbeidsomvang die gelijk is aan de gemiddelde arbeidsomvang in die afgelopen 12 maanden. De werknemer kan dan ook de bijbehorende vakantiedagen claimen.

Urenafwijzing

De kantonrechter heeft in 2020 uitspraak gedaan over de vraag of een werknemer zich kan beroepen op het rechtsvermoeden nadat hem een aanbod voor een vaste arbeidsomvang is gedaan. In deze zaak ging het om een oproepkracht die in een jaar gemiddeld 28 uur per week had gewerkt. De werkgever bood hem daarom een vaste arbeidsomvang van 28 uur per week. De oproepkracht wees dit aanbod af. Later verzocht de werknemer op basis van het rechtsvermoeden om een wekelijkse arbeidsomvang van 18 uur. Daarbij hanteerde hij de voorgaande 13 weken als referentieperiode. Ditmaal was het de werkgever die weigerde. De werkgever stelde dat de werknemer zich niet op het rechtsvermoeden kon beroepen, aangezien de werknemer het aanbod voor een vaste arbeidsomvang had afgewezen.

De rechter was het daar niet mee eens. Een afwijzing van een vaste omvang betekent niet dat een oproepkracht uitsluitend op basis van een nulurencontract wil werken. Zodoende kon de werknemer dus wél een beroep doen op het rechtsvermoeden.

Andere rechtspraak wijst wel uit dat een rechter een vordering mogelijk afwijst als een werknemer het rechtsvermoeden uitsluitend wil gebruiken om met terugwerkende kracht een hoger loon te krijgen, terwijl hij een aanbod voor een vaste urenomvang over die periode heeft geweigerd.

Naast elkaar

Maar al met al kunnen het rechtsvermoeden en het uren aanbod dus naast elkaar bestaan. Omdat bij de eerste het initiatief bij de werknemer ligt en bij de tweede de werkgever in actie moet komen, is volgens de wetgever duidelijk welk recht aan wie toekomt. De rechten zitten elkaar niet in de weg. Het rechtsvermoeden is te weerleggen, voor zover de periode niet representatief is. Wat resteert is de zekerheid voor de oproepkracht dat hij na elke 12 maanden recht heeft op het gemiddelde aantal gewerkte uren. Dit aanbod hoeft hij niet te accepteren als het rechtsvermoeden een voor hem betere arbeidsomvang met zich meebrengt. Uiteindelijk versterken beide regelingen de positie van de oproepkracht.

Balanceren

Kortom, het rechtsvermoeden draagt bij aan de doelstelling van de wetgever om oproepkrachten meer te beschermen. Een bepaalde urenomvang geeft inkomenszekerheid, zo is de gedachte. In de praktijk is ook terug te zien dat werkgevers nu minder snel gebruikmaken van nulurencontracten. Maar in branches zoals de schoonmaak, waar oproepcontracten nog populair zijn, komt een beroep op het rechtsvermoeden nauwelijks voor. Dat kan met onwetendheid te maken hebben, maar ook met de behoefte aan flexibiliteit. Het is aan de wetgever om de belangen te balanceren.

Joost Kokje, advocaat en junior partner bij Wieringa Advocaten, e-mail: kokje@wieringa.nl, www.wieringa-advocaten.nl

Pomphulp haalt niet het onderste uit de tank

Op 1 juli 2015 trad een vrouw in dienst als medewerkster bij een tankstation. Hierbij kwam zij met de werkgever in de arbeidsovereenkomst een gemiddelde arbeidsduur van 38 uur per week overeen. In sommige periodes werkte zij echter meer. Van december 2021 tot en met september 2022 maakte de werknemster gemiddeld 40 uur per week.

Tijd-voor-tijd

De werknemster besloot een zaak te starten. Ze vorderde een verklaring voor recht dat ze per 1 januari 2023 een arbeidsomvang van 40 uur per week had. Ze deed daarbij (onder meer) een beroep op het wettelijke rechtsvermoeden van de arbeidsomvang. De werkgever voerde hiertegen verweer en haalde een bepaling

aan uit de cao die op de arbeidsovereenkomst van toepassing was. Hierin stond dat wanneer een werknemer over een periode van 26 weken gemiddeld meer dan 38 uur per week had gewerkt, deze extra uren als tijd-voor-tijd moesten worden opgenomen.

De kantonrechter stelde vast dat de werknemster een flexibel aantal uren werkte, met een afgesproken gemiddeld aantal van 38 uur per week. Omdat de cao duidelijk uitlegde wat er moest gebeuren met (structurele) meeruren boven de 38 uur, namelijk opnemen als tijd-voor-tijd, slaagde een beroep op het rechtsvermoeden niet en werd het verzoek van de werknemster afgewezen.

Rechtbank Limburg, 19 juli 2023, ECLI (verkort): 4148

Tandartsassistente laat haar tanden zien

Een junior tandartsassistente ging per 1 mei 2022 aan de slag bij een tandheelkundig centrum op basis van een nulurencontract (met 30 april 2023 als einddatum). Op een gegeven moment vond er tijdens een behandeling een aanvaring plaats tussen de assistente en een tandarts. De assistente besprak dit met haar manager en de directrice, en ging vervolgens tot 11 januari 2023 op vakantie. Bij terugkomst ontving de werknemster een mail van de werkgever met daarin de melding dat haar arbeidsovereenkomst 'on hold' was gezet. Ze zou niet meer worden ingeroosterd. Dit leidde uiteindelijk tot een ziekmelding en een kort geding, waarin de assistente achterstallig salaris vorderde vanaf 11 januari 2023. Het salaris

stelde zij vast op basis van het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang.

Referteperiode

Dit beroep van de werknemster op artikel 7:610b BW slaagde. De rechter ging er ook in mee om een referentieperiode te hanteren van oktober tot en met december 2022. Januari 2023 werd buiten beschouwing gelaten, omdat de assistente toen met vakantie was en geschorst werd. De schorsing kwam voor risico van de werkgever. Slotsom was dat de werkgever het gemiddelde loon moest doorbetalen vanaf 11 januari tot het moment waarop de assistente zelf niet meer wilde werken. *Rechtbank Noord-Nederland, 11 april 2023, ECLI (verkort): 3120*