

Oproepkracht in 2020: Wab gebeurt er nu?

TRA 2020/4

De wetgever heeft aanleiding gezien om met de Wab de regeling van de oproepovereenkomst (art. 7:628a BW) aan te passen, onder meer door in de wet een definitie van de oproepovereenkomst op te nemen, de werkgever te verplichten een vaste arbeidsomvang aan te bieden en door een minimale oproeptermijn vast te stellen. Het overgangsrecht bij de Wab zorgt er bovendien voor dat de eerste gevolgen van de wijziging zich al in januari 2020 voordoen. De wijzigingen roepen een aantal belangrijke vragen op, die niet door de wetgever zijn beantwoord, maar voor de praktijk wel relevant zijn. Het eerste lid van artikel 7:628a BW zorgde al voor de verrassende rechtspraak over de omvang van de loonaanspraak bij oproeparbeid, de kans is groot dat ook de nieuwe leden 2 tot en met 11 tot de nodige rechtsvragen zullen leiden. En of de oproepkracht daar nou beter van wordt.

1. Inleiding

Door inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) per 1 januari 2020 worden de regels over oproepwerk ingrijpend gewijzigd. De toename van het aantal oproepkrachten vormt daarvoor de aanleiding.² De wetswijziging beoogt deze kwetsbare groep werknemers meer inkomenszekerheid te bieden en nodeloze beschikbaarheid ('oproepbaarheid') tegen te gaan. De wetswijziging heeft verstrekende gevolgen en roept (praktijk)vragen op die in de wetsgeschiedenis onbeantwoord bleven. In dit artikel bespreek ik de belangrijkste wijzigingen en ga ik in op die vragen.³

2. Barman Stijn

Stijn is per 1 januari 2019 begonnen als barman bij Café Flex voor minimaal 16 en maximaal 40 uur per week. In 2019 heeft hij best vaak veel meer gewerkt dan 16 uur per week, gemiddeld zo'n 28 uur per week. Omdat er geen sprake is van een structureel patroon, is het nog maar de vraag of Stijn zich kan beroepen op de bescherming van het rechts-

vermoeden van de arbeidsomvang, dat sinds 1999 in de wet is opgenomen (art. 7:610b BW).⁴

Dan breekt 2020 aan. Meteen al in de maand januari moet Café Flex aan Stijn een vaste arbeidsomvang van minstens 28 uur per week aanbieden. Als Café Flex dat - bewust of onbewust - nalaat, heeft Stijn vanaf 1 februari recht op loon over 28 uren per week. En dat is niet alles. Op 3 januari is Stijn ingeroosterd van 14:00 tot 18:00 uur. Op 2 januari stuurt Café Flex Stijn een appje:

'Kun je morgen ook 's avonds werken van 20 tot 24 i.p.v. 's middags?'

Prima, antwoordt Stijn. Het levert hem namelijk het recht op loon op over acht(!) uren. Wat is er gebeurd met dat flexibele min-maxcontract? Kort gezegd: van alles.

3. De werkingssfeer van de wijzigingen: de oproepovereenkomst gedefinieerd?

Art. 7:628a lid 9 BW introduceert een definitie van de oproepovereenkomst. Ik sta daarbij stil omdat de bescherming die met de wijziging van art. 7:628a BW is beoogd voor alle werknemers geldt die onder deze definitie vallen en ook omdat de werkgever de oproepkracht in de arbeidsovereenkomst en op de loonstrook moet informeren over het bestaan van de oproepovereenkomst.⁵ Een arbeidsovereenkomst waarbij de arbeidsomvang per tijdseenheid niet eenduidig is vastgelegd wordt aangemerkt als oproepovereenkomst.⁶ Een nulurencontract, waarbij in het geheel geen arbeidsduur is vastgelegd, en een min-maxcontract, waarbij meerdere arbeidsduren zijn overeengekomen, vallen allebei onder deze definitie.⁷ Is in een arbeidsovereenkomst de loonbetaling uitgesloten op grond van art. 7:628 lid 5 en 7 BW of art. 7:691 lid 7 BW (de uitzendovereenkomst), dan is ook sprake van een oproepovereenkomst. Dat geldt zelfs als er een eenduidige, vaste arbeidsomvang is overeengekomen. Dit betekent dat de wetswijziging leidt tot een toename van het aantal oproepcontacten. Neem een werknemer met een vaste arbeidsduur van bijvoorbeeld 20 uur per week, voor wie geen zekerheid bestaat over de tijdstippen waarop wordt gewerkt. Geldt in diens arbeidsovereenkomst een loonuitsluitingsbeding, dan komt hem vanaf 1 januari 2020 de minimumloonaanspraak over drie uur (art. 7:628a lid 1 BW) toe, en ook de hierna te bespreken loonaanspraak bij een onzijdige wijziging van de werktijden. Op basis van de tekst is niet helder of de arbeidsovereenkomst na het ver-

1 Peter Volk is advocaat bij Stadhouders Advocaten in Utrecht. De auteur bedankt Diana de Wolff voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

2 Uit onderzoek van het CBS blijkt dat in Nederland bijna 1,2 miljoen werknemers een dienstverband zonder vaste uren in hun eerste of een eventuele tweede werkkring hebben - *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, nr. 3, p. 19.

3 Zie over art. 7:628a BW ook P.J.B.M. Besselink, 'VAAN - VvA - Wab - Oproepovereenkomst', *TAP 2018/151*, E.W. de Groot & M.S. Houwerzijl, 'Rechtspositie van oproepkrachten (verder) versterkt?', *TRA 2018/74* en W.L. Roozendaal, 'Arbeidstijdregulering en oproeparbeid', *ArA 2019 (13) 1* en W.L. Roozendaal, 'De oproepovereenkomst en art. 7:628a BW', *TRA 2019/86*. Verkorting van de opzegtermijn van de werknemer met een nulurencontract, art. 7:672 lid 5 BW, laat ik onbesproken.

4 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:322, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3760, Hof Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3943.

5 Art. 7:655 lid 1 sub o BW respectievelijk art. 7:626 lid 2 BW.

6 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, 3, p. 22.

7 De definitie ziet niet op de voorovereenkomst, zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, 3, p. 17.

strijken van de loonuitsluitingsperiode het karakter van een oproepovereenkomst verliest. Ik meen dat dat het geval is, gelet op de ratio van art. 7:628a BW: het beperken van de onzekerheid over het loon en de arbeidsomvang. Zodra het loonuitsluitingsbeding niet meer geldt, bestaat er over het loon en de arbeidsomvang immers geen onzekerheid meer.⁸

Er is geen sprake van een oproepovereenkomst als bedoeld in art. 7:628a lid 9 BW als de arbeidsomvang eenduidig is vastgelegd, maar de tijdstippen waarop het werk moet worden verricht niet. Ook als in de arbeidsovereenkomst met een vaste omvang is bepaald dat overwerk kan worden opgedragen spreken we niet van een oproepovereenkomst. De vaste arbeidsomvang kan overigens ook over een langere periode dan de gebruikelijke week worden afgesproken, met een maximum van een jaar. In zo'n geval is geen sprake van een oproepovereenkomst wanneer de loonbetaling gelijkmatig over die periode van maximaal een jaar is gespreid. De werknemer heeft dan immers ook geen onzekerheid over loon of arbeidsomvang. Bij AMvB⁹ is ten slotte bepaald in welke gevallen consignatie-, bereikbaarheids- en aanwezigheidsdienst niet leiden tot het bestaan van een oproepovereenkomst: indien één vaste arbeidsduur is overeengekomen en daarnaast bereikbaarheidsdiensten in de zorg of consignatiediensten zijn overeengekomen waarbij vergoeding plaatsvindt in loon of compensatie in vrije tijd.¹⁰

4. Het verplichte aanbod na twaalf maanden

Zodra de oproepovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd, moet de werkgever aan de werknemer een aanbod doen voor een vaste arbeidsomvang. Een aanbod dat voorafgaand aan het verstrijken van de periode van twaalf maanden wordt gedaan, bijvoorbeeld bij de aanzegging op grond van art. 7:668 BW, geldt niet als aanbod in de zin van art. 7:628a BW. Van deze verplichting kan alleen bij cao worden afgeweken en slechts voor in die cao aangewezen functies die als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden gedurende een periode van hoogstens negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend. De verplichting geldt dus niet voor oproepovereenkomsten met een looptijd van niet meer dan 12 maanden, die niet (binnen 6 maanden) wordt verlengd.

De aan te bieden omvang is gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande periode van twaalf maanden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het gaat

om alle verloonde uren.¹¹ Uren waarover loon is betaald wegens ziekte, vakantie of verlof tellen dus mee bij de vaststelling van het gemiddeld aantal arbeidsuren. Dat geldt ook voor de uren waarover loon is betaald wegens de in de volgende paragraaf te bespreken ontijdige intrekking of wijziging van een oproep. Ook uren waarover loon is betaald op grond van de minimumloonbescherming van drie uur per oproep (art. 7:628a lid 1 BW) tellen mee voor de gemiddelde omvang. In het algemene deel van de memorie van toelichting staat:

'Deze ziekte-uren worden meegenomen in de arbeidsomvang, evenals uren waarop niet gewerkt wordt, maar wel recht bestaat op loon, zoals wettelijke en bovenwettelijke vakantie-uren. Deze uren behoren namelijk bij andere werknemers ook tot de arbeidsomvang.'¹²

In de artikelsgewijze toelichting staat echter:

'Bij de bepaling van de gemiddelde omvang gaat het om *alle* verloonde uren.'¹³ (cursivering toegevoegd JPV)¹³

Behoren uren waarover loon verschuldigd is op grond van art. 7:628a lid 1 BW bij andere werknemers ook tot de arbeidsomvang of heeft de wetgever zich niet gerealiseerd dat uren op grond van art. 7:628a lid 1 BW meetellen? Daarbij rijst de vraag of uren bij dubbele beloning ook dubbel tellen voor de arbeidsomvang?¹⁴ Gelet op de hiervoor geciteerde artikelsgewijze toelichting, sluit ik dat zeker niet uit. Café Flex uit onze casus moet dus gaan rekenen: Stijn werkte in 2019 gemiddeld 28 uur, maar zal ook nog wel vakantie-uren hebben opgenomen en zich misschien eens ziek hebben gemeld.

De werknemer heeft één maand de tijd om het aanbod te aanvaarden. Door aanvaarding is niet langer sprake van een oproepovereenkomst; de arbeidsomvang is dan immers eenduidig overeengekomen. Dit kan (onvoorziene) gevolgen hebben voor afspiegeling bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen, zie art. 7:671a lid 5 onder b BW. Een eventueel voortdurend loonuitsluitingsbeding verliest dan zijn werking.¹⁵ Mogelijk leiden het aanbod en de aanvaarding van een vaste omvang tot de noodzaak een arbeidsplaats te laten vervallen. Zodra de vaste omvang geldt, is de gewezen oproepkracht echter niet langer een werknemer als bedoeld in art. 7:671a lid 5 onder b BW, wiens arbeidsovereenkomst bij voorrang moet worden beëindigd. Dit kan (onvoorziene) gevolgen hebben voor afspiegeling bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen.

Wanneer de werknemer het aanbod *niet* aanvaardt, duurt de oproepsituatie voort, tenzij partijen iets anders overeengekomen. Een nieuwe verplichting tot het doen van een

8 Op grond van art. 7:628 lid 7 BW kan de loonbetalingsverplichting bij cao voor de gehele duur van de overeenkomst worden uitgesloten voor in de cao genoemde, specifieke functies waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben.

9 Besluit houdende nadere regels over oproepovereenkomsten, *Stb.* 2019, 233.

10 In zijn brief van 18 oktober 2019 heeft de minister het besluit in die zin gewijzigd dat van vergoeding of compensatie per uur geen sprake (meer) hoeft te zijn, *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, 72. Daardoor is compensatie per dienst mogelijk en wordt voorkomen dat de gehele arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt als oproepovereenkomst voor de WW-premie-differentiatie.

11 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, 3, p. 131.

12 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, 9, p. 106.

13 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, 3, p. 131.

14 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907, *TRA* 2013/69, m.nt. M.D. Ruizeveld (*Taxi Wolters*).

15 Dit is uitdrukkelijk uitgesloten in de tekst van art. 7:628a lid 5 BW.

aanbod ontstaat zodra de oproepovereenkomst opnieuw twaalf maanden heeft voortgeduurd. Dit volgt uit het woord 'steeds' in art. 7:628a lid 5 BW.

Doet de werkgever het aanbod niet, dan heeft de werknemer recht op het loon over de arbeidsomvang die de werkgever had moeten aanbieden (art. 7:628a lid 8 BW). Omdat de werkgever een maand de tijd heeft om een aanbod te doen, gaat deze sanctie direct in na ommekomst van die maand. Daarbij is het niet relevant of de werknemer beschikbaar is de werkzaamheden te verrichten.¹⁶ De werknemer kan bovendien aanspraak maken op de wettelijke verhoging (art. 7:625 BW) bij niet-tijdige voldoening. Wat geldt als de werkgever niet tijdig het vereiste aanbod doet, maar de werknemer wel blijft oproepen? Lid 8 bepaalt dat de werknemer dan recht heeft op loon over de arbeidsomvang die had moeten worden aangeboden. Die omvang bepaalt het minimaal verschuldigde loon. De prikkel tot het doen van een aanbod wordt daardoor wel minder sterk dan de wetgever wellicht beoogd heeft.

De verplichting tot het doen van een aanbod voor een vaste arbeidsomvang vormt een nieuwe figuur in het arbeidsrecht en een ingrijpende beperking van de contractsvrijheid. De verplichting gaat aanzienlijk verder dan het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang (art. 7:610b BW). Dat rechtsvermoeden kan de werkgever ontzenuwen. De werknemer moet dan bewijzen dat er voldoende werk beschikbaar is. Het streven naar het voorkomen van langdurige inkomensonzekerheid van de oproepkrachten rechtvaardigt een *beperkte* ingreep in de contractsvrijheid tussen partijen, aldus de regering.¹⁷ Ik meen dat deze ingreep in de contractsvrijheid tussen partijen minder beperkt is dan de wetgever doet voorkomen. De arbeidsomvang is, gegeven de relatie met het loon, één van de belangrijkste arbeidsvoorwaarden. Omdat het loon veelal is vastgelegd in collectieve regelingen, is de arbeidsomvang een 'knop' waaraan de werkgever kan draaien. Die knop doet het voortaan nog maar twaalf maanden.

4.1 Ingangsdatum

Onduidelijk is wat de ingangsdatum van het aanbod voor een vaste omvang moet zijn. Is dat

- meteen de eerste dag van de dertiende maand;
- de dag waarop het aanbod wordt gedaan;
- de eerste dag van de veertiende maand;
- de dag van aanvaarding door de werknemer; of
- de eerste dag van de vijftiende maand (twee maanden – een voor het aanbod en een voor de aanvaarding – na afloop van de referteperiode van twaalf maanden)?

Of zou de werkgever (optie f) het aanbod in de dertiende maand kunnen doen en daarbij zelfs kunnen bedingen dat de vaste omvang na pakweg zes maanden ingaat?

Gelet op het doel van de wetwijziging ligt het niet voor de hand aan te nemen dat de werkgever in het laatste geval een aanbod doet dat in overeenstemming is met de wet. Maar dan nog laten de eerdergenoemde vijf opties zien dat de praktijk met een onduidelijke regel wordt opgezadeld.

De achtergrond van de maatregel, het bieden van meer inkomenszekerheid aan de werknemer, pleit ertegen om aan te nemen dat de nieuwe omvang pas geruime tijd na ommekomst van de twaalf maanden ingaat. De wet geeft de werkgever een maand de tijd om het aanbod te doen en verplicht de werkgever niet het aanbod met terugwerkende kracht in te laten gaan. Het komt voor rekening en risico van de werknemer als hij talmt met de aanvaarding van het aanbod. Mijn inziens doet een werkgever er verstandig aan om in het aanbod op te nemen (a) met ingang van welke datum de vaste arbeidsomvang wordt aangeboden, waarbij de eerste dag van de 14^e maand een redelijk uitgangspunt lijkt, (b) dat de vaste omvang eerder ingaat als het aanbod eerder wordt aanvaard en (c) op welke manier de periode tussen aanbod en aanvaarding wordt ingevuld.

4.2 Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

Een oproepovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt van rechtswege, ook als deze op enig moment door aanvaarding van het verplichte aanbod een vaste arbeidsomvang heeft gekregen en daarmee geen oproepovereenkomst meer is. Wanneer partijen binnen zes maanden nadat einde van rechtswege opnieuw een arbeidsovereenkomst aangaan, is de werkgever verplicht dezelfde vaste omvang aan te bieden (art. 7:628a lid 6 BW). Natuurlijk staat het de werkgever vrij om *geen* voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden. Staat het de werkgever dan ook vrij om een arbeidsovereenkomst aan te bieden met een arbeidsomvang die *lager* is dan het gemiddelde aantal uren in de twaalf voorafgaande maanden? Wie het meerdere mag, mag toch ook het mindere? Dat is niet het geval. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt duidelijk dat een alles-of-niets-keuze beoogd is: hetzij een voortzetting met een arbeidsomvang die gelijk is aan het gemiddelde in de voorafgaande twaalf maanden, of geen voortzetting, dan wel pas na een tussenpoos van zes maanden.

De met deze ingreep in de contractsvrijheid beoogde bescherming kan nadelig uitwerken voor de werknemer. Stel dat Stijn een jaarcontract heeft bij Café Flex. De zaken gaan niet meer zo uitbundig. Zal het effect van de nieuwe maatregel dan niet eerder zijn dat zijn contract niet wordt verlengd en Stijn helemaal geen inkomen meer heeft? De verschuldigdheid van de transitievergoeding bij het eindigen van een arbeidsovereenkomst zou volgens de parlementaire toelichting een prikkel voor de werkgever zijn om in zo'n geval een weloverwogen afweging te maken. Werkgevers hebben ook belang bij behoud van goed en gemotiveerd personeel op de huidige krappe arbeidsmarkt.¹⁸ Maar wat als de arbeidsmarkt weer ruimer wordt? Dan zal de wet-

¹⁶ Kamerstukken I 2018/19, 35 074, D, p. 34.

¹⁷ Kamerstukken I 2018/19, 35 074, D, p. 33-34.

¹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, 9, p. 30.

telijke bescherming van flexibele krachten een werkgever wellicht uitnodigen tot een personeelsbeleid waarmee de oproepkrachten verder van huis zijn.

4.3 Toepassing bij opvolgende arbeidsovereenkomsten

Voor de berekening van de periode van twaalf maanden tellen ook eerdere arbeidsovereenkomsten die elkaar opvolgen met tussenpozen van niet meer dan zes maanden bij dezelfde werkgever mee, evenals arbeidsovereenkomsten bij andere werkgevers die, ten aanzien van de verrichte arbeid, geacht worden elkaars opvolger te zijn (art. 7:628a lid 7 BW).¹⁹ Eventuele tussenpozen van zes maanden of korter tellen niet mee voor de berekening van de periode van twaalf maanden. De duur van de tussenpoos kan, anders dan bij de ketenregeling van art. 7:668a BW, niet bij cao worden verkort (art. 7:628a lid 12 BW). Bij verkorting van de tussenpoos van art. 7:668a BW van zes naar drie maanden, kan daardoor sprake zijn van een reeks *tijdelijke* arbeidsovereenkomsten met een verplichte *vaste* arbeidsomvang.

4.4 Toepassing bij uitzendovereenkomsten

De loondoorbetalingsverplichting wordt in een uitzendovereenkomst gedurende de eerste 78 gewerkte weken uitgesloten, tenzij partijen anders overeenkomen.²⁰ Daarmee kwalificeert deze overeenkomst als oproepovereenkomst en geldt ook voor de uitzendwerkgever de verplichting om een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang, gelijk aan de gemiddelde arbeidsomvang in de twaalf voorafgaande maanden zodra de uitzendovereenkomst(en) twaalf maanden heeft (hebben) geduurd. Hoe verhouden deze twee termijnen zich tot elkaar? De uitzendkracht verkrijgt recht op loon over die vaste arbeidsomvang, maar die aanspraak is beperkt tot de looptijd van de arbeidsovereenkomst. Als de uitzendwerkgever de uitzendkracht slechts ter beschikking kan stellen aan een opdrachtgever in een kleiner aantal uren dan de vaste arbeidsomvang, dan heeft de uitzendkracht recht op meer loon dan de werkgever bij de opdrachtgever in rekening kan brengen.

De uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting gedurende de eerste 78 weken op grond van art. 7:691 lid 7 en 8 BW biedt geen soelaas meer. Uit de artikelsgewijze toelichting op art. 7:628a BW blijkt namelijk dat dit artikel een *lex specialis* vormt ten opzichte van art. 7:628 BW. De aanspraken op grond van art. 7:628a BW bestaan daarom ongeacht eventuele uitsluiting van de loonbetalingsverplichting op grond van art. 7:628 BW.²¹ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wab is dit gevolg voor de uitzendsector niet aan de orde geweest.²² Te voorzien is dat de kosten van uit-

zendarbeid toenemen. Een andere 'oplossing' is het beperken van de duur van de uitzendovereenkomst tot 12 maanden en het niet meer inhuren van dezelfde uitzendkracht in de periode van zes maanden daarna. Maar ook dan geldt dat de beoogde bescherming van de werknemer nadelig voor hem uitwerkt.

4.5 Overgangsrecht

Heeft een oproepovereenkomst op 1 januari 2020 langer dan twaalf maanden geduurd, dan moet de werkgever meteen *in de maand januari 2020* het aanbod doen voor de vaste arbeidsomvang (art. IX Wab). Opvallend is dat in het overgangsrecht niet is voorzien in de situatie van opvolgend werkgeverschap. Noch in de tekst van het overgangsrecht, noch in de (artikelsgewijze) toelichting komt de situatie van opvolgend werkgeverschap uitdrukkelijk aan de orde. Voor Café Flex is dus van belang of Stijn het hele jaar 2019 rechtstreeks in dienst was, of ook een tijdje via een uitzendbureau. In dat laatste geval kan het Café nog even wachten met het aanbod. Dit gevolg van het overgangsrecht lijkt niet in lijn te zijn met de beschermingsgedachte van de nieuwe regeling. Ik meen dat een ingreep in de contractsvrijheid een duidelijke wettelijke grondslag vereist. Waar die ontbreekt, gaat de rechtszekerheid mijns inziens voor op de impliciete bedoelingen van de wetgever.

5. Een oproeptermijn van vier dagen

De laatste belangrijke wijziging die ik hier bespreek betreft de invoering van een minimumoproeptermijn van vier kalenderdagen, waarbij de geplande werkdag niet meetelt. Deze termijn kan bij cao worden verkort naar 24 uren.²³ Wordt de oproep gedaan *binnen* de minimale oproeptermijn, dan is de oproepkracht niet verplicht om gehoor te geven aan de oproep. De oproep moet bovendien schriftelijk of elektronisch worden gedaan, waarbij de begin- en eindtijden van de oproep moeten worden vermeld.

Wanneer de oproep tijdig is gedaan, maar binnen de oproeptermijn wordt ingetrokken, heeft de werknemer aanspraak op het loon over de volledige uren van de oorspronkelijke oproep. Wordt de oproep tijdig gedaan, maar binnen de oproeptermijn gewijzigd, dan heeft de werknemer (a) geen verplichting om te werken op de uren die vallen buiten het bereik van de oorspronkelijke oproep en (b) recht op loon over de uren van de oorspronkelijke oproep, ook wanneer de werknemer werkt tijdens de gewijzigde uren. In de memorie van toelichting wordt het voorbeeld genoemd van een oproep van 9:00 uur tot 13:00 uur, die binnen de oproeptermijn wordt gewijzigd naar 10:00 uur tot 14:00 uur. In dat geval heeft de oproepkracht, wanneer hij werkt van 10:00 tot 14:00 uur, recht op loon over vijf uren; één uur we-

19 Het criterium gelijk aan dat in art. 7:668a lid 2 BW: 'ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer.'

20 Art. 22 jo. 10 cao voor uitzendkrachten.

21 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, 3, p. 133.

22 De vragen die (pas) in de Eerste Kamer werden gesteld over uitzendkrachten, zagen op het intrekken van de oproep door de opdrachtgever en de gevolgen daarvan voor het uitzendbureau, *Kamerstukken I*, 2018/19, 35 074, D, p. 24.

23 De sociale partners hebben verrassend genoeg geen aanleiding gezien om af te wijken van art. 7:628a BW in de cao voor uitzendkrachten die geldt vanaf 1 januari 2020, terwijl daarover een akkoord werd bereikt toen de Wab in de Eerste Kamer werd behandeld.

gens intrekking van de oproep over 09:00 tot 10:00 en vier uren wegens het werken van 10:00 uur tot 14:00 uur.

Denkbaar is ook een oproep voor twee uren, die te laat wordt ingetrokken. Heeft de oproepkracht dan recht op loon over twee of over drie uren? Uit de tekst van art. 7:628a lid 3 BW volgt het laatste. Als hij de arbeid overeenkomstig de oproep had verricht, had de oproepkracht op grond van art. 7:628a lid 1 BW immers ook recht op loon over drie uren gehad.

De gevolgen van deze maatregel doen zich voor wanneer (a) er zekerheid is over het bestaan van het werk, maar niet over de tijdstippen waarop het werk kan worden uitgevoerd en (b) wanneer niet zeker is óf het werk kan worden verricht. Twee voorbeelden ter illustratie: een taxichauffeur die een passagier van het vliegveld moet ophalen, wiens vlucht ernstige vertraging heeft opgelopen en een horecamedewerker die is ingeroosterd voor werkzaamheden op het terras, op een regenachtige dag. Bij dit soort werkzaamheden kan al snel sprake zijn van een noodzaak tot wijziging van de oorspronkelijke oproep of van intrekking daarvan, met alle financiële gevolgen van dien.

6. Cui bono?

Met de nieuwe regeling over oproepovereenkomsten beoogt de wetgever het probleem van inkomensonzekerheid en permanente beschikbaarheid van oproepkrachten weg te nemen. Voor werkgevers die van oproepkrachten gebruikmaken leiden de maatregelen tot hogere administratieve lasten en tot het risico van extra loonlasten, met name bij het ontijdig wijzigen of intrekken van een oproep, maar ook omdat het bereik van de minimumloonbescherming van drie uur per oproep wordt uitgebreid. In het bestek van dit artikel ontbrak mij de ruimte om in te gaan op de hogere WW-premielasten die werkgevers zullen gaan betalen bij flexwerk, inclusief oproepwerk, maar ook dat effect zal voelbaar zijn.²⁴

Het verplichte aanbod van een vaste arbeidsduur na twaalf maanden leidt bij aanvaarding ervan tot een afname van die extra lasten, maar uiteraard ook tot vermindering van de mogelijkheid werknemers flexibel in te zetten. Stijn zal waarschijnlijk blij zijn met het aanbod om 28 uur per week te werken, maar Café Flex vraagt zich nog even af of de arbeidsovereenkomst moet worden verlengd.

²⁴ Art. 27 Wet financiering sociale verzekeringen, zoals gewijzigd door art. III onderdeel D Wab.