

Rechtsvermoeden wordt waarheid

Werkgevers zijn op grond van de wet verplicht om in de arbeidsovereenkomst op te nemen wat de gebruikelijke arbeidsduur per dag of per week is. Er zijn echter varianten van de arbeidsovereenkomst waarbij dit niet altijd op voorhand duidelijk is, zoals oproepcontracten of min-/max-contracten. In die gevallen kan het wettelijke rechtsvermoeden partijen helpen om duidelijkheid te scheppen over de toepasselijke arbeidsduur.

Het wettelijke rechtsvermoeden zoals neergelegd in art. 7:610b BW is van toepassing op arbeidsverhoudingen die ten minste drie maanden hebben geduurd. Volgens deze bepaling wordt de bedongen arbeid in enige maand vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde maandelijks omvang in de drie voorafgaande maanden. Met dit rechtsvermoeden beoogt de wetgever houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen, alsmede in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijke overeengekomen arbeidsduur. Met andere woorden: als de omvang van de arbeidsverhouding duidelijk is, staat in principe geen beroep open op het rechtsvermoeden.

Beroep op het rechtsvermoeden

Er bestaat echter veel discussie in de rechtspraak over de vraag wanneer er voldoende duidelijke afspraken zijn gemaakt over de omvang van de arbeidsverhouding, zodat er voor de werknemer geen beroep openstaat op het rechtsvermoeden.

Die vraag kwam onder andere aan de orde in een zaak tussen een werknemer en een internationale school in Amsterdam. De werknemer had met ingang van 1 september 2011 een 'on-call' contract met de internationale school gesloten, waarin geen afspraken waren gemaakt over het aantal uur dat werknemer zou werken. Op enig moment ontstaat er discussie tussen partijen over de omvang van de arbeidsverhouding. De werknemer doet vervolgens bij de kantonrechter een succesvol beroep op het rechtsvermoeden, als gevolg waarvan de arbeidsduur tussen partijen wordt vastgesteld op 108 uur per maand. Tegen dit oordeel van de kantonrechter komt de werkgever in hoger beroep.

In hoger beroep voert de werkgever aan dat het rechtsvermoeden niet reeds kan worden ingeroepen indien partijen een arbeidsovereenkomst met een fluctuerende arbeidsomvang zijn overeengekomen, maar dat daarvoor meer nodig is, namelijk dat de afspraken onduidelijk zijn. De werkgever stelt dat indien iedere onzekerheid over het te werken aantal uren na drie maanden zou leiden tot toepassing van het rechtsvermoeden van

art. 7:610b BW, dat steeds zou leiden tot een arbeidsovereenkomst met een bepaalde vaste omvang waarmee de oproepovereenkomst feitelijk onmogelijk gemaakt zou worden, hetgeen volgens de werkgever niet de bedoeling is geweest van de wetgever.

De werkgever wijst er verder nog op dat een bepaling als art. 7:610b BW destijds is ingevoerd in het kader van flexibilisering van de arbeid. In dat kader stelt werkgever dat partijen een oproepovereenkomst hebben gesloten met de intentie om een hoge mate van flexibiliteit te betrachten, welke flexibiliteit zou worden doorbroken als na drie maanden ongevraagd een vaste arbeidsomvang ontstaat. Nu de werkgever duidelijke afspraken heeft gemaakt met werknemer over zijn flexibele inzet, die afspraken hem ook duidelijk waren en zo door partijen waren bedoeld, komt hem op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW geen beroep toe, aldus de werkgever.

Hof Amsterdam gaat echter niet mee in dit betoog van de werkgever. Dit betoog zou namelijk leiden tot het onaannemelijke resultaat dat de werknemer geen beroep op het rechtsvermoeden toekomt indien duidelijk overeengekomen wordt dat de arbeidsduur aan schommelingen onderhevig is. Naar het oordeel van het hof is de bedoeling van het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW om de werknemer na zekere tijd arbeid te hebben verricht, duidelijkheid te bieden over de omvang van zijn arbeidsovereenkomst, maar niet over de tijdstippen waarop hij die arbeid verricht.

Door het rechtsvermoeden op deze manier toe te passen wordt het gebruik van de oproepovereenkomst volgens het Hof Amsterdam dus ook niet onmogelijk: de werkgever kan de werknemer nog steeds oproepen voor de arbeid, maar dient dat te doen voor een aan de hand van art. 610b BW bepaald gemiddeld aantal uren over een tijdsperiode of althans over dat aantal uren het loon te betalen.

Deze uitspraak van het Hof Amsterdam geeft de tendens in de jurisprudentie weer dat werknemers – ook wanneer er duidelijke afspraken zijn over het feit dat er sprake is van flexibele uren, of als er bijvoorbeeld een gemiddeld aantal uur is overeengekomen – nog steeds

een beroep op het rechtsvermoeden toekomt.

Daarnaast geldt dat – ook wanneer de afspraken over de arbeidsomvang tussen partijen duidelijk is overeengekomen – werknemers nog steeds een beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden indien zij structureel meer werken dan de overeengekomen arbeidsduur.

Afwijking bij cao?

Het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW is van dwingend recht. Dit betekent dat hiervan niet kan worden afgeweken, in principe ook niet bij cao. In de cao kunnen wel afspraken worden gemaakt over de mogelijkheid voor werkgevers om een beroep van een werknemer op het rechtsvermoeden te weerleggen. Van die mogelijkheid is bijvoorbeeld gebruik gemaakt in de cao Particuliere Beveiliging. Daarin staat opgenomen dat indien een parttimer in een aaneengesloten periode van dertien weken, in een regelmatig arbeidspatroon, structureel meer uren heeft gewerkt dan de arbeidsduur, de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer vanaf de volgende loonperiode zal worden omgezet in de gemiddelde gewerkte uren van de afgelopen periode van dertien weken.

Voorts is in de cao (art. 13 lid 4) bepaald dat bij de telling van die dertien weken bepaalde loonperiodes (loonperiode 7, 8, 9 en 13) worden uitgesloten. Die bepaling in de cao kan de werkgever dus gebruiken om het beroep van een werknemer op het rechtsvermoeden te weerleggen, zodat bij de beoordeling van de gemiddelde arbeidsduur de hiervoor genoemde loonperiodes buiten beschouwing blijven.

Indien in een cao een duidelijke bepaling is opgenomen waaruit volgt dat de arbeidsuren – op verzoek van een werknemer – kunnen worden bijgesteld naarmate een werknemer structureel meer uren werkt dan afgesproken, is een beroep op het wettelijke rechtsvermoeden uitgesloten.

Referteperiode

Voor het vaststellen van de arbeidsduur die tussen partijen geldt, neemt de wet als uitgangspunt het aantal gewerkte uren in de drie voorafgaande maanden. Wanneer er sprake is van seizoensarbeid en er pieken en dalen zijn in het beschikbare werk, kan een periode van drie maanden een relatief hoog of juist relatief laag gemiddelde geven vergeleken met de rest van het jaar. Het is om die reden voor de werkgever mogelijk om het rechtsvermoeden dat in principe is gebaseerd op de arbeid verricht in de drie voorafgaande maanden, te weerleggen. De werkgever kan zich beroepen op een langere, meer representatieve periode zoals bijvoorbeeld het afgelopen jaar. Hiermee kan de werkgever proberen aan te tonen dat de gemiddelde arbeidsduur op een ander, lager niveau ligt dan de werknemer aanvoert. Echter, het enkele feit dat een andere referteperiode leidt tot een lager aantal gewerkte uren, is onvoldoende om het rechtsvermoeden te weerleggen. In een geschil tussen een taxiondernemer en werknemer over de hoogte van het door te betalen loon bij ziekte heeft Hof Arnhem-Leeuwarden in dat kader geoordeeld dat de werkgever



daarnaast moet onderbouwen waarom het beeld van de drie voorafgaande maanden niet maatgevend dan wel onredelijk is. De werkgever in deze zaak voerde daartoe aan dat de arbeidsduur op verzoek van de werknemer tijdelijk was verhoogd en er daarom geen sprake was van een representatieve referteperiode, maar kon deze stelling uiteindelijk niet bewijzen.

Peildatum

Het staat een werknemer die een beroep op het rechtsvermoeden wil doen vrij om te kiezen welke peildatum hij hierbij aanhoudt. Dit kan dus ook een datum in het verleden zijn, als gevolg waarvan de arbeidsomvang bij een geslaagd beroep op het rechtsvermoeden met terugwerkende kracht wordt bijgesteld. Wil de werknemer vervolgens loon vorderen op basis van zijn omhoog bijgestelde arbeidsomvang, dan zal hij wel moeten kunnen aantonen dat hij zich beschikbaar heeft gehouden voor de uren waarvoor hij loon vordert. Anders zal zijn vordering niet slagen.

Conclusie

Het wettelijke rechtsvermoeden beoogt duidelijkheid te scheppen in situaties waarin onduidelijkheid bestaat over het aantal uren dat een werknemer werkt, of als een werknemer structureel meer werkt dan de overeengekomen arbeidsomvang. Indien er wel duidelijke afspraken zijn gemaakt over de arbeidsomvang, staat geen beroep op het rechtsvermoeden open. Het rechtsvermoeden kan door de werkgever worden weerlegd, waarbij soms bepalingen in een cao zijn opgenomen die de werkgever helpen het rechtsvermoeden te weerleggen. Het rechtsvermoeden gaat uit van het gemiddeld aantal uren in de drie voorafgaande maanden, maar deze referteperiode kan ook langer zijn als dit representatiever is voor de daadwerkelijke arbeidsomvang. Tot slot kan een werknemer ook met terugwerkende kracht een beroep doen op het rechtsvermoeden. Voor het instellen van een loonvordering dient de werknemer dan wel te bewijzen dat hij zich ook al die tijd beschikbaar heeft gehouden voor arbeid. ■

mr. M. Maaijen, *Pallas Advocaten*, www.pallas.nl

Wet: art. 7:610b BW

Jurisprudentie: Hof Amsterdam 5-08-2014, nr. 200.132.019/01 (ECLI:NL:GHAMS:2014:3164); Rb. Amsterdam 12-07-2013, nr. 1375258 / CV EXPL 12-26447 (ECLI:NL:RBAMS:2013:4852); Hof Arnhem-Leeuwarden 28-05-2008, nr. 107001836/01 (ECLI:NL:GHEE:2008:BD2982)

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