

ANNOTATIE

Artikel 7:628a BW ontwaakt?!

F.M. Dekker

1. Inleiding

Artikel 7:628a BW geeft de werknemer die minder dan drie uur heeft gewerkt in twee situaties aanspraak op het loon dat hij zou hebben verdiend wanneer hij drie uur had gewerkt. Deze twee situaties zijn:

er is een arbeidsduur van minder dan vijftien uur per week overeengekomen én de tijdstippen waarop gewerkt moet worden zijn niet vastgesteld;

de arbeidsduur is niet of niet eenduidig vastgelegd.

Deze minimumloongarantie, die haar intrede deed met de Wet flexibiliteit en zekerheid, dient blijkens de wetsgeschiedenis een tweeledig doel. In de eerste plaats moet zij bevorderen dat de werkgever de arbeid zodanig organiseert dat diensten of perioden van minder dan drie uur waarin arbeid moet worden verricht, en waarbij onduidelijkheid bestaat over de tijdstippen waarop gewerkt moet worden of over de arbeidsduur, zo min mogelijk voorkomen. In de tweede plaats biedt de minimumloongarantie – kennelijk: voor het geval de eerste doelstelling niet wordt bereikt – de werknemer een compensatie voor de onzekerheid over de arbeidsduur en de daaruit voortvloeiende inkomsten of over de tijden waarop deze arbeid moet worden verricht. Artikel 7:628a BW dwingt partijen aldus tot het maken van duidelijke afspraken (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 23).

Tot op heden leidt artikel 7:628a BW een sluimerend bestaan. In *Sdu Commentaar Arbeidsrecht* is de bepaling zelfs in het geheel niet opgenomen. Het aantal uitspraken dat op artikel 7:628a BW betrekking heeft, is voorts op de vingers van één hand te tellen. Zwemmer schrijft dit laatste (mede) toe aan de helderheid van de bepaling (zie zijn noot onder Hof Leeuwarden 19 juli 2011, *JAR* 2011/227). Ik waag dat evenwel te betwijfelen. Uit de tweede evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid blijkt immers dat slechts 27% van de ondervraagde oproepkrachten altijd minimaal drie uur loon per oproep ontvangt (R. Knecht e.a., *Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid*, Amsterdam: HSI/TNO 2007, p. 57). De geringe hoeveelheid jurisprudentie lijkt derhalve in ieder geval toch deels te zijn ingegeven door de lage bereidheid van oproepkrachten hun werkgever in rechte te betrekken of door de geringe kennis van het bestaan van artikel 7:628a BW. Het hierna te annoteren arrest zou hier echter weleens verandering in kunnen brengen (HR 3 mei 2013, AR 2013-0363 (X/Wolters)).

2. X/Wolters

2.1 Casus

X is vanaf januari 2002 tot 1 maart 2007 als taxichauffeur bij Wolters in dienst geweest. In de eerste arbeidsovereenkomst was opgenomen dat X als oproepkracht in dienst zou treden voor nul uren per week. In latere overeenkomsten was niet opgenomen dat X als oproepkracht zou werken. Wel werd daarin de arbeidsomvang vermeld, maar zonder werktijden. Laatstelijk bedroeg de overeengekomen arbeidsomvang twaalf uur per week.

Bij aanvang van ieder schooljaar verdeelde Wolters het schoolvervoer over de chauffeurs. Ook aan X was voor het schooljaar 2006/2007 een schoolroute toebedeeld voor het dagelijks brengen naar en halen van school van kinderen uit de gemeente Tytsjerksteradiel. Hiermee was ongeveer één uur per rit gemoeid. Daarnaast werd X op wisselende tijdstippen opgeroepen voor (andere) taxiriten. Deze ritten werden ofwel, in geval van aan de eerste schoolrit voorafgaande ritten ('verlengde schoolritten'), de dag ervoor via een rooster kenbaar gemaakt, ofwel op de dag zelf telefonisch aan haar opgedragen ('overige ritten').

X hield rittenstaten bij waarop zij begin- en eindtijdstippen van de ritten vermeldde. Daarbij noteerde zij ritten die elkaar opvolgden met een onderbreking van minder dan vijftien minuten als één aaneengesloten periode. Indien het totaal aantal gereden uren in een maand hoger was dan twaalf per week, betaalde Wolters de meeruren uit. Was het aantal uren minder dan twaalf per week, dan werd op basis van twaalf uur per week afgerekend; de minderuren werden als verlofuren aangemerkt. X was het met deze wijze van verloning niet eens en vorderde in deze procedure achterstallig loon met vakantietoeslag en achterstallige vakantie-uren. Zij baseerde deze vordering op artikel 7:628a BW en is er bij de berekening van haar vordering van uitgegaan dat Wolters op grond van dit artikel voor iedere aaneengesloten periode waarin zij heeft gereden ten minste drie uur loon verschuldigd is.

2.2 Oordeel Hof Leeuwarden

Het hof heeft, in cassatie onbestreden, geoordeeld dat Wolters mocht volstaan met betaling van de schoolritten op basis van de werkelijke rittijden, ook al duurden deze korter dan drie uur, en dat Wolters voor een verlengde schoolrit die korter heeft geduurd dan drie uur, toch drie uur loon dient te betalen.

Ten aanzien van de overige ritten vernietigde het hof het oordeel van de kantonrechter dat alle rittijden van ritten op één dag, niet zijnde (verlengde) schoolritten, bij elkaar opgeteld moeten worden en dat, voor zover die optelsom leidt tot een tijdsbeslag van minder dan drie uur, het daarvoor verschuldigde loon berekend moet worden over drie uur, en anders over de werkelijk gereden tijd. Met deze wijze van optelling wordt volgens het hof ten onrechte geen rekening gehouden met de tussen de ritten gelegen tijd, hetgeen niet strookt met de bedoeling van artikel 7:628a BW. Een redelijke uitleg van dit artikel brengt in 's hofs visie echter ook niet mee dat op één dag voor iedere rit, niet zijnde een (verlengde) schoolrit, onafhankelijk van de tussen de ritten gelegen tijd steeds drie uur moet worden uitbetaald, zoals X heeft betoogd.

Ter illustratie van de door het hof voorgestane berekeningsmethode, neemt het de ritten van X op 1 augustus 2006 als voorbeeld. Op die dag reed X geen (verlengde) schoolritten. Zij noteerde de volgende rittijden:

Van 7:50 tot 10:20 = 2:30 uren

Van 10:35 tot 11:05 = 0:30 uren

Van 11:35 tot 12:05 = 0:30 uren

Van 14:05 tot 14:50 = 0:45 uren

Van 15:45 tot 17:50 = 2:05 uren

Van 19:15 tot 20:25 = 1:10 uren

Voor de uitleg van de berekening laat ik het hof aan het woord:

‘De benadering van de werkneemster leidt tot de ongerijmde consequentie dat de werkgever 18 uur zou moeten uitbetalen, waarmee voor bepaalde delen van de dag dubbel betaald zou moeten worden. Naar het oordeel van het hof kan dat niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest.

Een redelijke wetsuitleg brengt naar het oordeel van het hof in een geval als dit het volgende mee. Voor de eerste rit diende de werkgever tot 10.50 uur door te betalen. Op dat moment reed de werkneemster haar tweede rit, die om 11.05 uur eindigde. Voor deze ritten samen heeft zij dan een loonaanspraak van 3 uur en 15 minuten. Voor de overlap tussen 10.35 uur en 10.50 uur behoeft de werkgever niet dubbel te betalen.

Om 11.35 startte een nieuwe rit, die korter duurde dan 3 uur en waarvoor zij derhalve een loonaanspraak voor 3 uur heeft tot 14.35 uur. Op dat moment reed zij rit 4, die duurde tot 14.50 uur. Die rit meegerekend heeft zij dan recht op loon over nogmaals 3 uur en 15 minuten. De vijfde en zesde rit geven vervolgens elk aanspraak op 3 uur loon.’

2.3 Oordeel Hoge Raad

In cassatie stond enkel het oordeel van het hof ten aanzien van de overige ritten ter discussie. De Hoge Raad laat van dit oordeel weinig heel. Hij overweegt kort en krachtig:

‘3.5 Gelet op de tekst en de strekking van art. 7:628a BW brengt die bepaling mee dat de werknemer wiens arbeidsvoorwaarden voldoen aan de in art. 7:628a BW genoemde voorwaarden en die meerdere malen per dag wordt opgeroepen werk te verrichten, over elke afzonderlijke periode van arbeid recht heeft op loon voor een periode van minimaal drie uur.’

Deze benadering strookt in de visie van de Hoge Raad met de bedoeling van de wetgever om de situatie na een werkonderbreking die niet bestaat in een reguliere werkpaauze, aan te merken als een nieuwe periode van arbeid die aanspraak geeft op de door artikel 7:628a BW gegarandeerde beloning (*Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 9). Het feit dat aldus de

mogelijkheid ontstaat dat bepaalde tijdvakken ‘dubbel’ worden beloond, maakt dit naar het oordeel van de Hoge Raad niet anders. Niet alleen verzet de tekst van artikel 7:628a BW zich volgens ons hoogste rechtscollege niet tegen een zodanige ‘dubbele’ beloning, het strookt tevens met het beschermende karakter van die bepaling, doordat de werkgever wordt gedwongen het werk anders te organiseren, dan wel, ingeval hij dat niet doet, de werknemer wordt gecompenseerd voor de daaruit voortvloeiende onzekerheid. Bovendien ligt in de gekozen systematiek van een forfaitaire vergoeding van drie uur voor een periode waarin minder dan drie uur is gewerkt, reeds besloten dat de wetgever de gedachte heeft aanvaard dat in die situaties de werknemer meer loon ontvangt dan de (duur van) de arbeidsprestatie rechtvaardigt.

3. Een karige motivering voor een soms onrechtvaardig uitwerkende legistische interpretatie

Het oordeel van de Hoge Raad is rechttoe rechtaan. Hij legt artikel 7:628a BW precies zo uit zoals het er staat: elke periode van minder dan drie uur waarin arbeid is verricht, doet een loonaanspraak van drie uur ontstaan. Je kunt je evenwel afvragen of een dergelijk legistische benadering wel wenselijk is. In sommige gevallen kan deze namelijk bepaald onredelijk uitpakken. Voor Wolters leidt het er in ieder geval toe dat zij X voor de werkzaamheden op 1 augustus 2006 18 uur moet uitbetalen, terwijl ‘slechts’ 7,5 uur arbeid is verricht. En het kost niet veel moeite om meer situaties te verzinnen waarin de uitleg van de Hoge Raad tot onrechtvaardige uitkomsten leidt. Neem bijvoorbeeld het geval van een taxichauffeur die binnen enkele minuten nadat hij zijn klant op de plaats van bestemming heeft afgezet een nieuwe oproep ontvangt. In de visie van de Hoge Raad moeten beide ritten, hoewel zij vrijwel op elkaar aansluiten en de werknemer op het moment van de tweede oproep nog niet eens thuis is aangekomen, als afzonderlijke werkperiodes worden beschouwd, met als gevolg dat tweemaal aanspraak ontstaat op drie uur loon (ervan uitgaande dat beide ritten korter duren dan drie uur). En wat te denken van het geval waarin binnen een tijdvak van drie uur drie korte ritten van een kwartier worden gemaakt, elke rit op afzonderlijke oproep? Rechtvaardigt het enkele feit dat de werkgever de werknemer niet direct voor drie uur heeft opgeroepen nu dat hij de werknemer voor negen uur moet verlonen? De verhouding tussen het loon en de arbeidsprestatie is in de benadering van de Hoge Raad verder volledig zoek. In zijn uitleg is het zelfs mogelijk dat een werknemer meer uren uitbetaald krijgt dan er in een dag zitten. Dit doet zich al voor bij acht of meer kortdurende oproepen op een dag.

De Hoge Raad motiveert zijn oordeel onder meer met een verwijzing naar de opmerking van de regering tijdens het parlementaire debat over de Wet Flexibiliteit en zekerheid dat een onderbreking van de arbeid door een ‘reguliere werkpauze’ niet leidt tot de aanvang van een nieuwe werkperiode. De regering maakte deze opmerking in reactie op een artikel van Verhulp (E. Verhulp, ‘17 wandeltochten zonder wegwijzers’, *SR* 1998/2, p. 40-48). In dat artikel vroeg Verhulp zich af hoe moet worden omgegaan met pauzes, nu uit de memorie van toelichting volgt dat het moet gaan om een ‘aaneengesloten’ periode van minder dan drie uren en gedurende de pauze ingevolge de Arbeidstijdenwet 1996 geen recht op loon bestaat (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 23). De regering antwoordde (bijlage bij

Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132b, p. 9, te kennen uit S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Parlementaire geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 374):

‘Naar onze mening dient de voorgestelde bepaling redelijkerwijs zo te worden uitgelegd, dat een onderbreking van de werkperiode van de oproepwerknemer door een reguliere werkpauze, t.w. een pauze die ook geldt voor de overige werknemers, bijv. een koffie- of lunchpauze, niet moet worden gezien als een onderbreking en beëindiging van de werkperiode en na afloop van de pauze, als het begin van een volgende werkperiode waarover weer afzonderlijk de minimumaanspraak op loon bestaat. Indien de oproepwerknemer op een dag zowel ’s morgens een paar uur en ’s middags een paar uur wordt opgeroepen om arbeid te verrichten, waartussen een onderbreking ligt die voor betrokkenen niet als een reguliere werkpauze kan worden aangemerkt, dan bestaat de bedoelde minimumaanspraak wel.’

Onder referte aan deze passage stelt de Hoge Raad dat zijn uitleg van artikel 7:628a BW ‘strookt (...) met de bedoeling van de wetgever om de situatie na een werkonderbreking die niet bestaat in een reguliere werkpauze, aan te merken als een nieuwe periode van arbeid die aanspraak geeft op de door art. 7:628a BW gegarandeerde beloning’. De Hoge Raad leidt uit het antwoord van de regering kennelijk af dat het haar bedoeling is geweest met alle andersoortige werkonderbrekingen wél een nieuwe werkperiode te laten ingaan. Ons hoogste rechtscollege bedient zich daarmee van een *a contrario*-redenering en dergelijke redeneringen zijn altijd gevaarlijk. Zeker in dit geval, waarin het er alle schijn van heeft, zoals ook A-G Timmerman opmerkt in onderdeel 6.4 van zijn conclusie, dat de wetgever de mogelijkheid van elkaar snel opvolgende oproepen niet onder ogen heeft gezien. Uitgangspunt van het parlementaire debat over de invoering van artikel 7:628a BW lijkt immers te zijn geweest dat de werknemer ofwel één keer per dag, dan wel op ver uit elkaar gelegen momenten op de dag wordt opgeroepen om te werken. Daar komt bij dat het feit dat een onderbreking van de arbeid die als een ‘reguliere werkpauze’ valt te kwalificeren de teller niet weer op nul zet, niet volgt uit de tekst van artikel 7:628a BW. De regering ging bij de beantwoording van Verhulps vraag dan ook uit van een redelijke wetsuitleg. Een zo legistische wetsuitleg als de Hoge Raad hanteert, was dus niet nodig geweest. Hij had zich evengoed van een redelijke wetsuitleg kunnen bedienen.

Volgens de Hoge Raad strookt zijn uitleg van artikel 7:628a BW voorts met de beschermende strekking van die bepaling, omdat daarmee de werknemer wordt gecompenseerd voor de onzekerheid over de arbeidsduur en de daaruit voortvloeiende inkomsten of over de tijden waarop deze arbeid moet worden verricht. Ik ben het daar niet helemaal mee eens. Deze onzekerheid bestaat immers ‘slechts’ een bepaalde tijd. De werknemer moet zich doorgaans namelijk gedurende gezette tijden voor oproepen van de werkgever beschikbaar houden. In de uitleg van de Hoge Raad bestaat de mogelijkheid dat het loon waarop de werknemer aanspraak kan maken de duur van deze beschikbaarheidsperiode overschrijdt. Daarmee wordt de onzekerheid in mijn ogen overgecompenseerd; er wordt loon toegekend over een langere periode dan de werknemer in onzekerheid verkeerde. Een redelijke uitleg van artikel 7:628a BW brengt naar mijn mening mee dat de loonaanspraak van de werknemer niet hoger kan zijn dan het loon dat hij zou hebben ontvangen wanneer hij de volledige beschikbaarheidsperiode zou hebben gewerkt. Ik illustreer dit met een voorbeeld. Stel, de werknemer moet zich van

07:00 uur tot 19:00 uur, derhalve gedurende twaalf uur, beschikbaar houden voor oproepen van zijn werkgever. Indien de werknemer drie keer wordt opgeroepen, heeft hij recht op negen uur loon. Bij vijf oproepen dient zijn loonaanspraak echter niet vijftien uur te zijn, maar 'slechts' twaalf uur. De werknemer had in het voor hem meest gunstige geval van één oproep gedurende de volledige werktijd immers ook 'slechts' dit bedrag ontvangen. Zijn verwachtingen kunnen redelijkerwijs dan ook niet hoger gespannen zijn geweest.

Het valt op dat de Hoge Raad zijn oordeel bijna alleen maar motiveert met het argument dat zijn uitleg 'strookt met ...'. Dergelijke argumenten hebben echter slechts een aanvullend karakter en kunnen niet zelfstandig een bepaalde conclusie dragen. Dat iets ergens mee strookt, sluit andere benaderingen die tot eenzelfde uitkomst leiden immers niet uit. Behalve voor de hiervoor reeds besproken overwegingen, geldt dit voor de overweging van ons hoogste rechtscollege dat zijn uitleg van artikel 7:628a BW strookt 'met de beschermende strekking van die bepaling, omdat aldus wordt bevorderd dat de werkgever het werk zodanig inricht dat de werknemer niet meerdere malen per dag voor telkens een korte periode wordt opgeroepen'. Dit is onmiskenbaar waar. Van het oordeel van de Hoge Raad zal voor werkgevers zeker een sterke prikkel uitgaan om kortdurende oproepen zo veel mogelijk te voorkomen. Dat wil echter niet zeggen dat deze prikkel niet eveneens uitgaat van andere interpretaties van artikel 7:628a BW. In zoverre leidt dit argument dus niet dwingend tot de door de Hoge Raad voorgestane uitleg. Dezelfde kritiek geldt voor het argument van de Hoge Raad dat de tekst van artikel 7:628a BW 'zich niet tegen zijn oordeel verzet'. Deze motivering ontbeert eveneens zelfstandige argumentatieve kracht.

De sterk legistische interpretatie van de Hoge Raad verbaast mij in het licht van enkele recente andere arresten (zie ook de noot van Zwemmer bij het onderhavige arrest: HR 3 mei 2013, *JAR* 2013/140). In het kort voor *X/Wolters* gewezen *Albron*-arrest stelde de Hoge Raad namelijk nog dat de 'formulering van de wet (...) immers niet steeds beslissend [is, FMD] voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is' (HR 5 april 2013, AR 2013-0276 m.nt. J.H. Even). Hij verwees hierbij naar een arrest uit december 2011 over de uitleg van artikel 7:2 BW (HR 9 december 2011, LJN BU7412). In dat arrest stelde de Hoge Raad hetzelfde voorop – 'De formulering van de wet is echter niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als deze wet van recente datum is.' – om vervolgens een geheel eigen uitleg aan artikel 7:2 BW te geven. Van een letterlijke interpretatie wilde de Hoge Raad niet weten vanwege de onaanvaardbare gevolgen daarvan. Een dergelijke redenering had in *X/Wolters* ook niet misstaan.

Een mogelijke andere uitleg van artikel 7:628a BW was geweest dat een werkperiode die binnen een bepaalde tijdspanne – bijvoorbeeld 30 minuten – volgt op een daaraan voorafgaande werkperiode, niet als een afzonderlijke werkperiode moet worden gezien maar als een voortzetting van die eerdere werkperiode (waarbij de tijd tussen de twee werkperiodes dan eveneens als werktijd moet worden aangemerkt). De te kiezen tijdspanne is dan echter arbitrair. Een betere oplossing vind ik daarom die van Hof Leeuwarden, omdat deze meer aansluit bij de drie-uursperiode uit artikel 7:628a BW. De uitleg van Hof Leeuwarden stimuleert werkgevers eveneens om het werk zodanig in te richten dat werkperiodes van

minder dan drie uur zo min mogelijk voorkomen. Bij een kortdurende oproep moet de werkgever immers drie uur loon uitbetalen. Ook is in de benadering van Hof Leeuwarden voldaan aan het doel van onzekerheidscompensatie. De werknemer ontvangt bij korte oproepen immers meer loon dan zijn arbeidsprestatie rechtvaardigt. De verhouding tussen deze twee loopt echter minder ver uiteen dan in de uitleg van de Hoge Raad, waardoor wanverhoudingen als aan het begin van deze paragraaf besproken niet voorkomen. Daarnaast ligt in de uitleg van Hof Leeuwarden besloten dat de loonaanspraak van de werknemer is gemaximeerd op het loon over de periode dat hij zich voor arbeid beschikbaar heeft gehouden. Deze benadering is daarom minder verstrekkend voor werkgevers dan die van de Hoge Raad, terwijl de prikkel om het werk anders te organiseren blijft bestaan. Dit acht ik rechtvaardiger, mede omdat het voor sommige bedrijven niet goed mogelijk zal zijn om oproepen van minder dan drie uur te voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan de werkzaamheden van de mortuariummedewerkster uit het arrest van Hof Arnhem eind vorig jaar (Hof Arnhem 6 november 2012, LJN BY2304) of aan dragers van de kist tijdens een uitvaart. Dergelijke dragers werken ook vaak op oproepbasis (zie CGB 28 april 2011, oordeel 2011-67). In zekere mate geldt dit ook voor taxibedrijven, zeker wanneer zij slechts een klein aantal werknemers hebben. Een té sterke prikkel acht ik in dit verband overigens ook contraproductief. Dat zal er weliswaar toe leiden dat de werkgever zijn organisatie anders inricht, maar niet in de door de wetgever gewenste zin. In plaats van te komen tot een andere werkverdeling, zal vermoedelijk gebruik gemaakt gaan worden van zzp'ers. In de taxibusiness gebeurt dat nu al veel.

4. Gevolgen voor de rechtspraktijk

In de praktijk zal het arrest van de Hoge Raad ertoe leiden dat werkgevers oproepkrachten steeds voor een periode van minstens drie uur zullen oproepen, ook als het werk waarvoor wordt opgeroepen vermoedelijk korter zal duren. Alleen zo kan de werkgever immers voorkomen dat, indien binnen de drie-uursperiode meer werk opkomt, hij de oproepkracht een tweede keer moet oproepen, met een afzonderlijke loonaanspraak van drie uur tot gevolg. Na het uitvoeren van de eerste werkopdracht zal de werknemer dan op het kantoor van de werkgever of thuis moeten duimendraaien, in afwachting van een werkopdracht die misschien niet komt. Ditmaal geldt deze 'wachttijd', dankzij de oproep van de werkgever, evenwel als arbeidstijd en niet als beschikbaarheidstijd, waardoor een volgende werkopdracht geen nieuwe loonaanspraak van drie uur doet ontstaan. Een andere mogelijkheid is, zoals gezegd, dat de werkgever zich van zzp'ers gaat bedienen in plaats van van oproepkrachten.

A-G Timmerman noemt aan het slot van zijn conclusie een tweede manier waarop werkgevers cumulatieve aanspraken op de minimumloongarantie kunnen voorkomen: het werken met vaste beschikbaarheidsvergoedingen voor tevoren afgesproken periodes, in aanvulling waarop vervolgens voor daadwerkelijk verrichte arbeid loon wordt betaald. Hij ontleent deze constructie aan de al genoemde zaak van de mortuariummedewerkster. Zij verrichte werkzaamheden op basis van een tevoren opgesteld rooster, waarin de beschikbaarheid in een repeterend patroon van zeven dagen dagdienst, zeven dagen nachtdienst en zeven dagen vrij was vastgelegd. De werknemer ontving een vaste brutovergoeding per maand voor haar beschikbaarheid en daarnaast een brutovergoeding per

verrichte handeling.

Deze constructie biedt enkel een oplossing indien de (wekelijkse) arbeidsduur helder is vastgelegd en het enkele beschikbaar zijn als arbeid valt aan te merken. Dit laatste is nodig omdat alleen dan kan worden volgehouden dat de tijdstippen waarop gewerkt moet worden zijn vastgesteld. Alsdan is aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van artikel 7:628a BW niet voldaan. Gevolg hiervan is echter wel dat de werkgever de werknemer voor de beschikbaarheidsperiode het wettelijk minimumloon zal moeten uitbetalen. Daarmee ontvalt voor de werkgever vermoedelijk de zin aan de constructie (dit wilde hij immers juist voorkomen). Een werkelijke oplossing biedt de door de A-G geopperde constructie naar mijn mening dan ook niet. Zou het enkele beschikbaar zijn overigens niet als het verrichten van arbeid kunnen worden aangemerkt, valt niet in te zien waarom een oproep om arbeid te verrichten niet een loonaanspraak van in ieder geval drie uur in het leven zou roepen.

5. Wanneer zijn de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht vastgelegd?

Zoals vermeld, is artikel 7:628a BW in een tweetal situaties van toepassing. Een daarvan is dat de overeengekomen arbeidsomvang minder dan vijftien uur per week omvat én de tijdstippen waarop gewerkt moet worden niet zijn vastgesteld. Dit laatste is uiteraard niet aan de orde als sprake is van vaste werktijden. Maar ook in geval van bij rooster vastgestelde wisselende werktijden kan blijkens de parlementaire geschiedenis sprake zijn van een situatie waarin artikel 7:628a BW niet van toepassing is. Op Kamervragen antwoordde de regering namelijk dat zekerheid over de tijdstippen waarop arbeid wordt verricht moet worden aangenomen 'wanneer de tijdstippen waarop arbeid wordt verricht tevoren zijn vastgesteld op dezelfde wijze dan wel even lang van tevoren als in de onderneming ook voor de overige (voltijd)werknemers gebruikelijk is' (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 7). De vraag rijst met wie de werknemer die zich op artikel 7:628a BW beroept moet worden vergeleken. Kantonrechter Utrecht vergeleek een rondleidster in een museum, van wie de werkzaamheden ten minste twee weken tevoren werden ingeroosterd, met 'het overige personeel van het museum' (Ktr. Utrecht 8 juni 2011, *JAR* 2011/181). Hoewel de kantonrechter dit niet uitwerkt, heb ik de indruk dat hij hieronder *al* het overige personeel begreep, dus tevens bijvoorbeeld het secretariaat. Dergelijk ondersteunend personeel zal doorgaans niet op roosterbasis werkzaam zijn. Er worden daarmee twee naar mijn mening onvergelykbare groepen vergeleken, waarbij de uitkomst steeds zal zijn dat de werktijden van de roosterwerknemers op andere wijze worden vastgesteld. Dat zou er de facto op neerkomen dat op roosterbasis werkzame oproepkrachten altijd onder de toepassing van artikel 7:628a BW vallen. Binnen elke onderneming zijn immers wel werknemers in dienst die op vaste werktijden werken. In mijn optiek moet dan ook vergeleken worden met andere werknemers die vergelijkbare arbeid verrichten. Dan dient zich evenwel de vraag aan wat rechtens is als, zoals in de casus van de museumrondleidster, alle werknemers met vergelijkbare arbeid op dezelfde wijze worden ingeroosterd. Het mag niet zo zijn dat de werkgever toepasselijkheid van artikel 7:628a BW kan voorkomen door eenvoudigweg voor alle werknemers binnen een bepaalde functiegroep de werktijden op dezelfde korte termijn vast te stellen.

Verder vraag ik mij af hoe moet worden omgegaan met een werknemer met vaste werktijden die wordt gevraagd in te vallen voor een collega op een van die werktijden afwijkend moment. In de schoonmaaksector komt dit regelmatig voor. Een schoonmaker die dagelijks van 17:00 uur tot 19:00 uur een bepaald kantoorpand schoonmaakt, kan zich niet op artikel 7:628a BW beroepen. Weliswaar is zijn wekelijkse arbeidsduur minder dan vijftien uur per week (namelijk tien uur), maar zijn werktijden zijn tevoren vastgelegd. Maar wat als deze schoonmaker wordt gevraagd eenmalig in te vallen voor een afwezige collega van 07:00 uur tot 09:00 uur? Voor deze werkzaamheden zijn de werktijden niet tevoren vastgesteld, maar pas bij de oproep. Volgens een strikte interpretatie van artikel 7:628a BW – en die hangt de Hoge Raad blijkens *X/Wolters* aan – kan de schoonmaker uit het voorbeeld voor de invalwerkzaamheden aanspraak maken op loon over drie uur. Ik kan mij echter niet voorstellen dat de wetgever dit heeft gewild. In de praktijk zal het er ook toe leiden dat de werkgever voortaan alleen schoonmakers met een eenduidig vastgelegde arbeidsduur van vijftien of meer uur zal vragen in te vallen.

6. Conclusie

Artikel 7:628a BW leidt tot op heden een slapend bestaan. Het arrest *X/Wolters* kan hierin echter weleens verandering brengen. De legistische uitleg die de Hoge Raad aan artikel 7:628a BW heeft gegeven is voor werknemers namelijk zeer aantrekkelijk. Naar mijn mening leidt deze uitleg in bepaalde situaties evenwel tot onredelijke uitkomsten. Een andere interpretatie had ik daarom gewenst gevonden en was in mijn optiek ook mogelijk geweest. Nu ik niet verwacht dat de Hoge Raad snel op zijn oordeel zal terugkomen, koester ik de – onrealistische – hoop dat de wetgever ingrijpt. De A-G heeft hiervoor in onderdeel 6.6 van zijn conclusie een voorzet gedaan. Aan artikel 7:628a BW moet de zinsnede worden toegevoegd ‘tenzij het voorgaande tot een dubbele uitbetaling van loon leidt’. En als de wetgever dan toch bezig is, hoop ik dat hij tevens van de gelegenheid gebruikmaakt om te verduidelijken wanneer de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht zijn vastgesteld in de zin van artikel 7:628a BW.