

ANNOTATIE

Tijdelijke uitbreiding van uren: afzonderlijke arbeidsovereenkomst of niet?

J.P.M. van Zijl

Annotatie bij Rechtbank Gelderland, 20-10-2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5598 (AR-2022-0049)

In deze bestuursrechtelijke uitspraak van de rechtbank Gelderland is een problematiek aan de orde die gevolgen heeft voor zowel de werkgever als de werknemer. Tot de kern teruggebracht gaat het om de vraag hoe de overeenkomst tussen een werkgever en een werknemer moet worden uitgelegd, als een werknemer in een bestaande arbeidsovereenkomst tijdelijk meer uren gaat werken. Deze situatie doet zich in de praktijk nogal eens voor bij vervanging tijdens ziekte of zwangerschapsverlof van een collega. Moet de afspraak die partijen dan maken worden gezien als een tijdelijke uitbreiding van de bestaande arbeidsovereenkomst of als een afzonderlijke (tijdelijke) arbeidsovereenkomst bovenop, dan wel naast de bestaande arbeidsovereenkomst?

Deze vraag is op diverse manieren van belang.

Ketenregeling

Arbeidsrechtjuristen zullen direct het belang van deze vraag zien als de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst was aangegaan voor bepaalde tijd. De ketenregeling van artikel 7:668a BW staat immers drie overeenkomsten voor bepaalde tijd toe voordat van rechtswege een overeenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Is de tijdelijke urenuitbreiding een extra arbeidsovereenkomst in deze keten, mogelijk leidend tot het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

Kantonrechters hebben deze vraag tot nu toe merendeels in ontkennende zin beantwoord. De kantonrechter Apeldoorn[1] was van mening dat vier tijdelijke uitbreidingen van uren geen afzonderlijke arbeidsovereenkomsten opleverden. Ook de kantonrechter Heerlen,[2] de kantonrechter Utrecht[3] en de kantonrechter Maastricht[4] zagen in een tijdelijke uitbreiding van uren geen nieuwe arbeidsovereenkomst. Alleen de kantonrechter Zwolle zag in vier opeenvolgende uitbreidingen van de arbeidsomvang met tien uur per week boven op een

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 24 uur per week afzonderlijke arbeidsovereenkomsten, vanwege de beschermingsgedachte die aan de ketenregeling ten grondslag ligt: het zou voor een werkgever anders immers mogelijk zijn ‘een werknemer in dienst te nemen op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een geringe urenomvang en daarnaast steeds tijdelijke afspraken te maken, strekkende tot een verhoudingsgewijs omvangrijke urenuitbreiding, zonder dat zulks ooit zou leiden tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaald tijd mét die extra uren’.

Recht op Ziektewetuitkering?

In de casus waarover de rechtbank Gelderland moest oordelen ging het niet om de toepassing van de ketenregeling, maar om het recht op een ziekengeld van de werkneemster in kwestie, die aan het einde van de urenuitbreiding ziek was. Als de tijdelijke urenuitbreiding wordt gezien als een afzonderlijke arbeidsovereenkomst, heeft de werknemer die aan het einde van die arbeidsovereenkomst ziek is recht op ziekengeld.[5]

De vraag of de tijdelijke urenuitbreiding een afzonderlijke arbeidsovereenkomst is, is door de Centrale Raad van Beroep in 2016 beantwoord.[6] De Centrale Raad van Beroep kwam toen terug op eerdere jurisprudentie en oordeelde dat van twee afzonderlijke arbeidsovereenkomsten moet worden uitgegaan als partijen duidelijk kenbaar hadden gemaakt dat zij twee afzonderlijke arbeidsovereenkomsten wensden, waarbij voor elke arbeidsovereenkomst de rechtsgevolgen zouden gelden die in de betreffende overeenkomst waren geregeld. In dat geval hield het oordeel van de Centrale Raad van Beroep in dat uiteindelijk ziekengeld werd toegekend. In een tweede uitspraak over dit onderwerp, in 2021,[7] moest volgens de Centrale Raad van Beroep echter geen ziekengeld worden toegekend in een geval waarin was nagelaten om bij de tijdelijke uitbreiding van uren een tweede arbeidsovereenkomst op te stellen. De rechtbank Gelderland neemt op basis van deze uitspraken van de Centrale Raad van Beroep tot uitgangspunt dat van twee afzonderlijke arbeidsovereenkomsten geen sprake is als er geen wezenlijke verschillen zijn in de arbeid en de arbeidsvoorwaarden. Op dit uitgangspunt is volgens de rechtbank echter een uitzondering mogelijk als partijen door middel van afzonderlijke arbeidsovereenkomsten duidelijk kenbaar hebben gemaakt dat zij aan de verschillende arbeidsovereenkomsten verschillende (in die arbeidsovereenkomsten te beschrijven) rechtsgevolgen willen verbinden. Uit het feit dat de partijen hun afspraak vorm hadden gegeven door middel van een addendum op de bestaande arbeidsovereenkomst, had de rechtbank dan kunnen afleiden dat geen afzonderlijke arbeidsovereenkomst was ontstaan. In plaats daarvan oordeelt de rechtbank echter dat in dat addendum niet geregeld is wat het loon van de werkneemster zou zijn. Daarmee was volgens de rechtbank niet voldaan aan een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst. Dat argument lijkt mij echter niet sterk, aangezien de werkneemster toch wel loon zal hebben ontvangen. Het argument van de rechtbank dat geen sprake was van een wezenlijk verschil in arbeid en arbeidsvoorwaarden is in het licht van de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep veel begrijpelijker. De rechtbank gaat uiteindelijk uit van één arbeidsovereenkomst. Omdat die arbeidsovereenkomst doorloopt, is volgens de rechtbank niet voldaan aan de voorwaarden voor toekenning van ziekengeld.

De werknemster in deze zaak had zich overigens nog beroepen op het arrest van de Hoge Raad[8] waarin de Hoge Raad had geoordeeld dat de vraag of een arbeidsverhouding al dan niet de kenmerken van een arbeidsovereenkomst heeft, onafhankelijk is van de bedoeling die de partijen bij het aangaan van de arbeidsverhouding hebben gehad. De rechtbank is op dat argument echter niet ingegaan.

Recht op WW-uitkering?

Behalve bij de beoordeling van het recht op ziekengeld is de kwalificatie van de tijdelijke urenuitbreiding ook van belang voor de vraag of na het einde van die urenuitbreiding recht bestaat op een WW-uitkering. Als de tijdelijke urenuitbreiding wordt gezien als een zelfstandige arbeidsovereenkomst, bestaat bij het einde van die overeenkomst minder snel recht heeft op een WW-uitkering. Er is dan minder snel voldaan aan de eis dat de werknemer gedurende de laatste 36 weken in ten minste 26 weken gewerkt moet hebben.[9] Als geen sprake is van een zelfstandige arbeidsovereenkomst voldoet de werknemer eerder aan deze eis, omdat dan de weken in de oorspronkelijk bestaande arbeidsovereenkomst meegeteld worden.

Premiedifferentiatie WW

De uitspraak van de rechtbank Gelderland is ten slotte nog op een andere wijze van belang. Sinds de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans per 1 januari 2020 bestaat premiedifferentiatie bij de heffing van premie voor het Algemeen werkloosheidsfonds. Voor schriftelijke arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd die geen oproepovereenkomst[10] zijn, is de lage premie verschuldigd en voor alle andere arbeidsovereenkomsten een premie die vijf procentpunten hoger is.[11]

In het Kennisdocument Premiedifferentiatie WW[12] stelt het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zich op het standpunt dat de tijdelijke urenuitbreiding een afzonderlijke arbeidsovereenkomst is waarvoor, eventueel in afwijking van hetgeen het geval is bij de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst, de hoge premie verschuldigd is, vanwege het tijdelijke karakter van die arbeidsovereenkomst. Het standpunt dat sprake zou zijn van een afzonderlijke arbeidsovereenkomst werd daarbij verder niet gemotiveerd. Gelet op de bovengenoemde jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep, maar ook van de burgerlijke rechter, is voor dat standpunt ook geen steun te vinden.

In een brief aan de Tweede en Eerste Kamer[13] heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inmiddels erkend dat dit standpunt in strijd is met de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. De Staatssecretaris verbindt daaraan de conclusie dat de lage premie verschuldigd is en dat werkgevers die ten onrechte de hoge premie hebben toegepast, dat met terugwerkende kracht tot 2020 kunnen corrigeren. In het Kennisdocument zal worden aangegeven hoe werkgevers dat kunnen doen.

Tegelijkertijd vindt de staatssecretaris het onwenselijk dat werkgevers binnen de lage WW-premie een grote mate van flexibiliteit kunnen creëren door een kleine arbeidsovereenkomst

voor bepaalde tijd herhaald tijdelijk uit te breiden. De staatssecretaris onderzoekt daarom de mogelijkheid om in het Besluit Wfsv te regelen dat bij een tijdelijke urenuitbreiding de hoge premie verschuldigd is. Een voorstel daartoe zal voor internetconsultatie worden gepubliceerd. Deze wijziging zou dan op 1 januari 2023 in werking moeten treden.

Kennisdocument Premiedifferentiatie WW

Het hierboven genoemde Kennisdocument bevat overigens nog een andere stelling die volgens mij eveneens onjuist is. Het betreft situatie 3 op bladzijde 27 van het kennisdocument. Daar is de volgende situatie beschreven: 'Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met van januari tot en met maart 10 uur per week, van april tot en met september 40 uur per week, en van oktober tot en met december 20 uur per week.' De gevolgen van die situatie voor de premiedifferentiatie worden als volgt beschreven: 'De hoge WW-premie is van toepassing, want dit is een oproepovereenkomst. De arbeidsomvang is voor de duur van de arbeidsovereenkomst immers niet vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid, maar als verschillende arbeidsomvang.''

Van een oproepovereenkomst is op grond van de tekst van artikel 7:628a lid 9 BW sprake als de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van (1) ten hoogste een maand, of (2) ten hoogste een jaar en het recht op loon van de werknemer gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid (de zogenoemde overeenkomst met een jaarurennorm). Deze tekst eist in het geheel niet dat voor elke periode dezelfde vaste arbeidsomvang wordt overeengekomen. Ook uit de wetsgeschiedenis vloeit niet voort dat deze eis moet worden gesteld. Op diverse plaatsen in de wetsgeschiedenis blijkt dat de reden waarom de wetgever maatregelen treft om oproepovereenkomsten voor werkgevers minder interessant te maken, is gelegen in het feit dat de werknemer bij een oproepovereenkomst geen duidelijkheid heeft over de arbeidsomvang en dat onzekerheid veroorzaakt over het inkomen en de uren waarop gewerkt moet worden.[14] De overeenkomst met de 'jaarurennorm' wordt daarbij door de wetgever niet als oproepovereenkomst aangemerkt omdat daarbij flexibele inzet mogelijk wordt van werknemers met een vaste arbeidsomvang en met zekerheid over het te werken aantal uren per jaar en over het inkomen.[15] Uit de wetsgeschiedenis blijkt zelfs dat de regering het toejuicht als werkgevers met deze vorm van flexibele inzet van personeel hun bedrijf wendbaarder kunnen maken om in te spelen op veranderde (markt)omstandigheden, met meer zekerheid voor werknemers.[16]

In geval van een arbeidsovereenkomst met een vast aantal uren per maand dat echter voor verschillende maanden op een verschillend aantal uren is gesteld, is er (net als bij de overeenkomst met de jaarurennorm) zekerheid over het te werken aantal uren per jaar en over het inkomen. Er is bovendien meer zekerheid over de te werken uren, omdat bekend is in welke maand welk aantal uren gewerkt zal moeten worden. De werknemer weet ook vooraf wat in elke maand zijn inkomen zal zijn. Hij is ook beter in staat om desgewenst daarnaast nog een andere arbeidsovereenkomst te sluiten: hij weet immers welke uren hij in welke periode moet werken en kan de omvang van een andere arbeidsovereenkomst daarop afstemmen. Niet valt in te zien waarom deze arbeidsovereenkomst dan als een

oproepovereenkomst zou moeten worden aangemerkt.

Als de minister dan toch het Kennisdocument premiedifferentiatie WW gaat aanpassen, zou zij dit onderdeel ook wel mogen herzien. Het houdt werkgevers er nu ten onrechte van af om een arbeidsovereenkomst vorm te geven op een wijze die zowel voor de werkgever als voor de werknemer belangrijke voordelen kan hebben.

[1] Ktr. Apeldoorn 2 juli 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AL2151, *JAR* 2003/170, m.nt. E. Verhulp.

[2] Ktr. Heerlen 27 februari 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BC5549, *USZ* 2008/146, m.nt. G. Boot.

[3] Ktr. Utrecht 24 juni 2010, *JAR* 2010/192.

[4] Ktr. Maastricht 27 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4499.

[5] Art. 29 lid 2 onder c Ziektewet.

[6] CRvB 18 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3109.

[7] CRvB 11 maart 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:550, *TRA* 2021/61, m.nt. M.J.A.C. Driessen.

[8] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/gemeente Amsterdam*).

[9] Art. 17 Werkloosheidswet.

[10] Art. 7:628a lid 9 BW.

[11] Art. 27 Wet financiering sociale verzekeringen.

[12] Kennisdocument Premiedifferentiatie WW (versie 1.5), ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, december 2020, p. 37.

[13] Brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Eerste Kamer van 22 november 2021 (Mogelijkheden om flexibiliteit te realiseren binnen de lage WW-premie), *Kamerstukken I* 2021/22, 35074, Z.

[14] *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 23 resp. p. 26-27 (MvT Wet arbeidsmarkt in balans).

[15] *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 28 (Nota n.a.v. verslag Wet arbeidsmarkt in balans).

[16] *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 13 (Nota n.a.v. verslag Wet arbeidsmarkt in balans).