

BUREAU CLARA WICHMANN

ONREGELMATIGE DIENSTEN IN DE ZORG.

EEN JURIDISCH ONDERZOEK NAAR VARIABELE
WERKTIJDEN IN ARBEIDSRECHT EN ZORGCAO'S.

L. VAN DEN BERG, W.L. ROOZENDAAL EN N. ZEKIĆ
Amsterdam, december 2021

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | INLEIDING EN VRAAGSTELLING | 1 |
| 2 | WERKEN IN DE ZORG | 3 |
| 2.1 | SCHETS VAN ARBEIDSRELATIES IN DE ZORG | 3 |
| 2.2 | WERKEN IN DE ZORG: OP ZOEK NAAR EEN OPLOSSING | 6 |
| 3 | ONREGELMATIG WERKEN EN HET ARBEIDSRECHT | 10 |
| 3.1 | INLEIDING | 10 |
| 3.2 | REGULERING VAN ROOSTERS | 10 |
| 3.2.1 | ROOSTERZEKERHEID | 11 |
| 3.2.2 | LOONAANSPRAAK | 16 |
| 3.2.3 | ONTSLAGBESCHERMING | 19 |
| 3.3 | REGULERING VAN DIENSTEN | 20 |
| 4 | WERKTIJDEN IN ZORG-CAO'S | 25 |
| 4.1 | INLEIDING | 25 |
| 4.2 | ZELFSTANDIGEN IN CAO'S | 25 |
| 4.3 | AFSPRAKEN IN GELDENDE CAO'S | 27 |
| 4.3.1 | DE SOORTEN (ARBEIDS)CONTRACTEN VOLGENS DE ZORG-CAO'S | 28 |
| 4.3.2 | DE ARBEIDSTIJDEN EN ARBEIDSTIJD PATRONEN VOLGENS DE ZORG-CAO'S | 30 |
| 5 | SAMENVATTING EN CONCLUSIE | 39 |
| | AANBEVELINGEN | 41 |

1 INLEIDING EN VRAAGSTELLING

De zorg kampt met grote personeelstekorten die bij ongewijzigd beleid de komende decennia alleen maar groter zullen worden.¹ Een voor de hand liggende oplossing lijkt te zijn dat medewerkers meer uren gaan werken. Vrouwen zijn in de zorgsector oververtegenwoordigd, met name in de lagere loonschalen.² Zij werken overwegend in deeltijd.³ Maar extra werken betekent in de zorg vaak meer onregelmatige diensten draaien. Met 'onregelmatige diensten' worden in dit stuk avond-, nacht- en weekenddiensten bedoeld, waaronder slaapdiensten en andere wachtdiensten. Onregelmatige diensten leggen druk op het privéleven van medewerkers. Deze druk zal vermoedelijk zwaarder wegen voor werknemers met verplichtingen buiten het werk, zoals zorgtaken. 1 op de 4 zorgmedewerkers is mantelzorger.⁴

Het personeelstekort in de zorg heeft een zeker verband met de ontwikkeling van de verhouding tussen vaste en flexibele zorgmedewerkers. Steeds vaker vertrekken zorgprofessionals uit loondienst van een zorginstelling. Sommigen keren terug in een flexibel dienstverband of als zelfstandige zonder personeel (zzp'er). Als uitzendkracht, invalkracht of zzp'er kunnen medewerkers soms beter hun eigen werktijdvoorkeuren volgen. Dat zorgt voor een zichzelf versterkend effect. Het noodgedwongen vaker inroosteren van vaste zorgmedewerkers voor onregelmatige diensten kan weer een prikkel vormen om flexibel te gaan werken en zodoende meer zeggenschap over de eigen arbeidstijden te krijgen. Door het tekort aan vaste medewerkers worden zorginstellingen op hun beurt genooddaakt de roosters rond te krijgen met behulp van invalkrachten en zzp'ers.

De dynamiek van vlucht in flexibele arbeidsrelaties is niet uniek voor de zorg. De groei van het aandeel werkenden in flexibele arbeidsrelaties in Nederland is in het algemeen reden tot bezorgdheid, vooral vanwege de precaire arbeidsmarktpositie van veel flexibel werkenden. In 2020 heeft de wetgever ingegrepen om in het bijzonder de positie van oproepkrachten te versterken en 'permanente beschikbaarheid te voorkomen'.⁵ De vraag rijst in hoeverre de wetgever daarbij oog heeft gehad voor het beperken van variabele roosters en onregelmatige diensten in de zorg.

In dit onderzoek staat de volgende probleemstelling centraal: wat is de rechtspositie van zorgmedewerkers met betrekking tot het opleggen van variabele roosters en onregelmatige diensten in arbeidsrecht en cao? Wij richten ons daarbij op de positie van zorgprofessionals die (intramurale en extramurale) zorg in natura verlenen. Zorgverlening via een pgb valt buiten het bestek van dit onderzoek. Er wordt wel aandacht besteed aan de vraag of zzp'ers binnen de regelgeving kunnen worden gebracht.

In hoofdstuk 2 vatten wij samen wat uit openbare onderzoeksgegevens bekend is inzake de personeelstekorten en de groei van flexibel werk in de zorg, de verhouding van die twee thema's tot

¹ *Kamerstukken II 2021/22*, 29 282, nr. 449, brief minister VWS, 25 oktober 2021, 'Arbeidsmarktbeleid en opleidingen zorgsector'.

² Ongeveer 80% van de in deze sector werkzame werknemers is vrouw.

³ Commissie Werken in de Zorg, *Advies over behoud en betrokkenheid van zorgprofessionals*, oktober 2020, p. 16.

⁴ Raad voor Samenleving en Volksgezondheid, *Applaus in niet genoeg: Anders waarderen en erkennen van zorgverleners*, 2020, p. 19. Van deze medewerkers besteedt 30% daaraan wekelijks acht uur of meer.

⁵ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, nr. 3, p. 4 en 21. Wet van 29 mei 2019 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans), Stb. 2019, 219.

onvrede over arbeidstijdpatronen in de zorg, en de daarvoor voorgestelde oplossingen. Bijzondere aandacht wordt besteed aan ontwikkelingen in wetgeving en beleid inzake de vestiging van zelfstandigen in de zorg. In hoofdstuk 3 wordt aandacht besteed aan de regulering van variabele roosters en onregelmatige diensten in het arbeidsrecht, in het bijzonder voor de zorg. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op cao's in de zorg. Ten eerste wordt besproken in hoeverre in cao's de aanstelling en arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen kunnen worden gereguleerd. Voorts wordt verslag gedaan van bestudering van recente cao's in de zorg op het gebied van arbeidstijdenregulering. In hoofdstuk 5 geven we een samenvatting van onze bevindingen en worden conclusies getrokken. Tot slot doen wij enkele aanbevelingen.

2 WERKEN IN DE ZORG

Mr. dr. Lucy van den Berg⁶

2.1 SCHETS VAN ARBEIDSRELATIES IN DE ZORG

De zorg kampt als gezegd met grote personeelstekorten. In de sector zorg en welzijn bedraagt de prognose voor het personeelstekort voor 2022 tussen de 56.000 en 74.000 zorgmedewerkers.⁷ Dit tekort zal naar verwachting de komende decennia alleen maar groter worden. Thans zijn ongeveer 1 op de 7 werkenden werkzaam in de zorg. Het scenario is dat deze verhouding zonder beleidsveranderingen in twintig jaar 1 op 4 zou moeten bedragen.⁸ Dit personeelstekort heeft een zeker verband met de ontwikkeling van de verhouding tussen vaste en flexibele zorgmedewerkers. In diverse onderzoeken wordt geconstateerd dat zorgprofessionals vertrekken uit loondienst en terugkeren in een flexibel dienstverband of als zzp'er.⁹ Deze 'vlucht in flex' heeft verschillende oorzaken. Zorginstellingen kiezen hier niet altijd zelf voor, maar voelen zich door personeelstekorten genooddaakt om flexwerkers en zelfstandigen in te huren voor regulier en structureel werk, vaak tegen hogere tarieven en met extra bemiddelingskosten. Het ondernemerschap kan voor de zelfstandige zelf aantrekkelijk zijn vanwege een daaraan verbonden hoger inkomen.¹⁰ Maar zorgmedewerkers kiezen hier ook voor vanwege onvrede over de loondienst. Redenen om als zzp'er verder te gaan zijn onder meer de behoefte aan meer professionele autonomie, meer waardering en erkenning en minder administratieve taken. De werk-privébalans speelt daarbij zeker een rol.¹¹

Deze ontwikkeling heeft voor de werknemers in de zorg als geheel een keerzijde. Er zijn signalen dat de recente groei van het aantal zzp'ers in delen van de zorg de verhoudingen binnen organisaties ontwricht.¹² De inzet van zzp'ers beperkt de keuzemogelijkheden voor roostering doordat zzp'ers bepaalde diensten afdwingen of bijvoorbeeld 's zomers veel meer vrij nemen dan cao-technisch en qua planning mogelijk is voor zorgverleners in vaste dienst.¹³ Externe flexwerkers en zzp'ers kunnen verder makkelijker afstand doen van de avond-, nacht- en weekenddiensten (ANW-diensten).¹⁴ Dit leidt niet alleen tot een vergroting van de werkdruk, maar kan ook de flexibiliteit bij het vaste personeel beperken.¹⁵ Het is een zichzelf versterkend proces: onvrede binnen het

⁶ Docent Sociaal recht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, VU Amsterdam.

⁷ Zie: AZW-StatLine, cijfers van CBS; berekening van <https://teamshape.com/nl/blog/personeelstekort-in-de-zorg/>.

⁸ SER, *Zorg voor de toekomst: Over de toekomstbestendigheid van de zorg*, SER-verkenning 20/02, 2020, p. 67.

⁹ Rapportage commissie Werken in de Zorg, 2019; Kennisland, *De realiteit en waarde van flexwerk in de zorg*, 2020, p. 12-15; <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/05/meer-zelfstandigen-in-zakelijke-dienstverlening-en-zorg>. Volgens een enquête in opdracht van de FNV onder werknemers werkzaam in de sector zorg en welzijn overweegt een vijfde van de medewerkers de zorg te verlaten, voornamelijk vanwege de werkdruk, veroorzaakt door onder meer toenemende administratieve taken en personeelstekort. Zie: FNV/Bluefield, *De sector Zorg en Welzijn tijdens de coronapandemie*, 2021.

¹⁰ Afgezien van de onderhandelingspositie kunnen de tarieven ook hoger zijn vanwege belastingvoordelen. L. van den Berg, 'De zelfstandige zonder personeel', in: D.J.B. de Wolff en E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017, p. 149.

¹¹ Regioplus, *Verdieping uitstroomonderzoek*, 2021. Uit dit onderzoek blijkt dat het krijgen van meer regie en keuzemogelijkheden in het werk de belangrijkste reden is om over te stappen van werk in dienstverband naar werk als zzp'er. Op de tweede plaats komt de verbetering van arbeidsvoorwaarden. Op een nipt derde plaats staat een betere werk-privébalans.

¹² SER, *Zorg voor de toekomst: Over de toekomstbestendigheid van de zorg*, SER-verkenning 20/02, 2020, p. 185.

¹³ Raad voor Samenleving en Volksgezondheid, *Applaus in niet genoeg: Anders waarderen en erkennen van zorgverleners*, 2020, p. 20.

¹⁴ SER, *Zorg voor de toekomst: Over de toekomstbestendigheid van de zorg*, SER-verkenning 20/02, 2020, p. 185.

¹⁵ Kennisland, *De realiteit en waarde van flexwerk in de zorg*, 2020, p. 39, 40 en 44.

dienstverband leidt tot een 'vlucht' richting zzp-schap en andere inhuurconstructies. Dat leidt weer tot meer druk op het dienstverband.¹⁶

Deze druk zal als gezegd zwaarder wegen voor werknemers in vaste dienst met verplichtingen buiten het werk, zoals zorgtaken. Vrouwen hebben vaker zorgtaken voor hun gezin.¹⁷ Zij zijn in de zorgsector oververtegenwoordigd, met name in de lagere loonschalen.¹⁸ 1 op de 4 zorgmedewerkers is bovendien mantelzorger.¹⁹ Door de belasting met zorgtaken kiezen veel vrouwen in Nederland voor deeltijdcontracten. Dat geldt ook voor de zorg. De gemiddelde contractomvang in de zorg is 23,6 uur. De helft van de vrouwelijke zorgmedewerkers werkt minder dan 25 uur.²⁰ Veel zorgmedewerkers hebben overigens maar weinig keuzevrijheid voor het type contract of de hoeveelheid uren. In sommige branches binnen zorg en welzijn, waaronder de thuiszorg, zijn kleine deeltijdcontracten met een versnipperde inzet de norm. Bovendien zijn in de zorg veel werknemers die verschillende banen combineren.²¹ Er zijn aanwijzingen dat het werken in deeltijd samenhangt met de werkdruk in de zorg. Verpleegkundigen en verzorgenden geven aan dat de dienstbelasting bij een fulltime dienstverband te hoog wordt, doordat zij bijvoorbeeld veel korte diensten moeten draaien, vaak moeten invallen of te weinig hersteltijd hebben na avond- en nachtdiensten in een groot contract.²²

Als alternatief voor een vaste deeltijdbetrekking kunnen medewerkers opteren voor flexibele arbeidsrelaties. Met 'flexibele arbeidsrelaties' worden in de regel de arbeidsrelaties aangeduid waarbij de werkende niet werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een vast aantal uren. Een flexibele arbeidsrelatie kan bestaan uit een uitzendovereenkomst, een oproepovereenkomst of een aanstelling als zelfstandige zonder personeel. Het aandeel flexibel werkenden is in Nederland substantieel, en dat geldt ook voor de zorg. In de sector zorg en welzijn smal²³ waren volgens de laatste cijfers van CBS uit 2020 189.000 werknemers werkzaam in een flexibele arbeidsovereenkomst. 115.000 zorgmedewerkers waren werkzaam als zzp'er. Op een totaal van bijna 1,3 miljoen werkenden in de zorg gaat het dan om 23,5% werkenden.

Een deel van de flexwerkers is te beschouwen als 'intern' personeel – dat wil zeggen rechtstreeks in dienst van de zorginstelling –, namelijk de oproepkrachten. Volgens de laatste cijfers van CBS over 2020 zijn in de sector zorg en welzijn smal 48.000 oproepkrachten werkzaam, van wie 28.000 zonder vast aantal uren per week.²⁴ Een deel van de flexwerkers is werkzaam via een betrekking als 'externe kracht', dus als zzp'er of uitzendkracht, laatstelijk circa 10%.²⁵ In 2020 waren 13.000

¹⁶ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/02/10/kamerbrief-over-flexibilisering-arbeidsmarkt-in-de-zorg>, p. 12-13.

¹⁷ W. Portegijs en M. van den Brakel (red.). *Emancipatiemonitor 2018*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau/Centraal Bureau voor de Statistiek, 2018.

¹⁸ Ongeveer 80% van de werknemers in deze sector is vrouw.

¹⁹ Raad voor Samenleving en Volksgezondheid, *Applaus in niet genoeg: Anders waarden en erkennen van zorgverleners*, 2020, p. 19. Van deze medewerkers besteedt 30% wekelijks acht uur of meer aan mantelzorg.

²⁰ Commissie Werken in de Zorg, *Advies over behoud en betrokkenheid van zorgprofessionals*, oktober 2020, p. 16.

²¹ SER, *Zorg voor de Toekomst – Over de toekomstbestendigheid van de zorg*, SER-verkenning 20/02, 2020, p. 184.

²² Raad voor Samenleving en Volksgezondheid, *Applaus is niet genoeg: Anders waarden en erkennen van zorgverleners* (2020), p. 23-24.

²³ Dit zijn de volgende branches: universitair medische centra, ziekenhuizen, geestelijke gezondheidszorg, huisartsen en gezondheidscentra, verpleging, verzorging en thuiszorg en gehandicaptenzorg. In deze branches wordt zorg verleend die (deels) wordt vergoed door de Zvw. Bepaalde vormen van intensieve en intramurale zorg die in deze branches worden verleend vallen echter onder de Wet langdurige zorg, de opvolger van de AWBZ.

²⁴ StatLine – *Werkzame beroepsbevolking: positie in de werkkring* (cbs.nl).

²⁵ <https://azwstatline.cbs.nl/#/AZW/nl/dataset/24014NED/table?ts=1634111533385>.

uitzendkrachten werkzaam in de sector Zorg en Welzijn Smal en 115.000 personen als zelfstandige zonder personeel.²⁶

Het aantal zzp'ers op de arbeidsmarkt in de zorg is de afgelopen decennia gestaag toegenomen. De toename van het aandeel zzp'ers bedraagt in de periode tussen 2003 en 2019: 4,6 procentpunt.²⁷ Landelijke cijfers over de diverse constructies waarbinnen zzp'ers in de zorg actief zijn, zijn helaas niet beschikbaar. Wel kan uit steekproeven worden afgeleid dat een belangrijk deel van de in de zorg werkzame zzp'ers via een detacherings- of bemiddelingsbureau werkzaam zijn.²⁸ In de thuiszorg zijn er bovendien zelfstandigen die in coöperatieve vorm actief zijn.²⁹ Het gebruikmaken van deze constructie kan in verband worden gebracht met de wens om voor de loonbelasting- en premieheffing als ondernemer te worden aangemerkt.³⁰

De hierboven weergegeven cijfers betreffen de aantallen personen die zichzelf als zzp'er kwalificeren. Of al deze personen ook juridisch kwalificeren als zelfstandig ondernemer, is niet bekend. Wel zijn uit de fiscale jurisprudentie aanwijzingen te ontleenen dat personen die op zzp-basis via thuiszorginstellingen werkzaam zijn in de thuiszorg in natura, mogelijk in werkelijkheid als werknemer werkzaam zijn indien de eindverantwoordelijkheid voor de te verlenen thuiszorg bij de thuiszorginstelling als zorgaanbieder ligt.³¹ Er is nauwelijks recente civielrechtelijke rechtspraak te vinden over zzp-constructies in de zorg. Wel lijkt in de rechtspraak de laatste jaren meer bereidheid te bestaan om zzp-constructies door te prikken.³² Het valt ons inziens niet uit te sluiten dat een groot deel van de in de zorg werkzame zzp'ers in werkelijkheid werkzaam zijn op arbeidsovereenkomst.³³

Het groeiende aantal zelfstandigen in Nederland is al vele jaren een bron van zorg, vooral vanwege de problematiek van schijnzelfstandigheid. Verschillende kabinetten hebben zich het hoofd gebogen over de vragen hoe vooraf zekerheid kan worden geboden aan de werkverschaffers van zzp'ers over de juridische kwalificatie van de arbeidsverhouding, in hoeverre meer sociale bescherming aan (echte) zelfstandigen te bieden en hoe schijnzelfstandigheid aan te pakken.³⁴ Hoewel de afgelopen jaren tal van plannen en (concept)wetsvoorstellen de revue zijn gepasseerd, hebben deze

²⁶ [StatLine – Werkzame beroepsbevolking: positie in de werkring \(cbs.nl\)](#).

²⁷ [Ontwikkelingen zzp \(cbs.nl\)](#).

²⁸ Zo bleek uit een in 2017 afgenomen enquête van Solopartners dat 66% van de ruim 550 respondenten gebruikmaakte van een bemiddelingsbureau.

²⁹ Vgl. [Coöperatie voor zzp'ers in de zorg - de Coöperatie Expert \(cooperatieexpert.nl\)](#); [Zorg & Co | Coöperatie samenwerkende Zzp'ers voor de zorg \(zorgenco.nl\)](#); [Home - COZP](#).

³⁰ Vgl. Panteia, *Naar een duurzaam bedrijfsmodel: Een beeld van de mogelijkheden voor zzp'ers die thuiszorg in natura leveren*, Zoetermeer: Panteia, 2014, p. 63 e.v.

³¹ HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:343, TRA 2018/52, m.nt. W.L. Roozendaal; Hof Amsterdam 24 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3636; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10184; Hof Amsterdam 10 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3646; HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1296.

1 ³² Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat personen die diensten verleenden via het platform Helpling in dienst waren van het platform, zie Hof Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741. Anders: Rechtbank Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546. Zie verder: Rechtbank Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5021 (chauffeurs Uber); Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (bezorger Deliveroo).

³³ Dit vermoeden wordt ondersteund door een verslag van een bijeenkomst over de inzet van zelfstandigen van De Rotterdamse Zorg. Als risico's voor de inzet van zzp'ers worden onder meer benoemd: boetes door onbetaalde loonbelasting en aansprakelijkheid bij overschrijding van de Arbeidstijdenwet. Zie De Rotterdamse Zorg, ['ZZP vraagstuk' \(derotterdamsezorg.nl\)](#).

³⁴ Vgl. voor de periode tot 2017: L. van den Berg, 'De zelfstandige zonder personeel', in: E. Verhulst en D.B. de Wolff, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017.

initiatieven (nog) niet geleid tot concrete maatregelen.³⁵ Wel is een gevolg geweest dat de handhaving op schijnzelfstandigheid door de Belastingdienst nagenoeg is stilgelegd.³⁶ Vooralsnog wordt geen uitvoering gegeven aan de reeds in 2017 aangenomen motie³⁷ om stapsgewijs schijnzelfstandigheid te gaan vervolgen en daarbij voorrang te geven aan onder anderen medisch specialisten. Op 8 juli 2021 is opnieuw een motie aangenomen om alle medisch specialisten in dienst te nemen. Het demissionaire kabinet-Rutte III liet het aan een nieuw te vormen kabinet over om hier een beslissing over te nemen.³⁸ Het achterwege blijven van ingrijpen van de wetgever op dit terrein wordt ook in de zorgsector signaleerd als probleem.³⁹

2.2 WERKEN IN DE ZORG: OP ZOEK NAAR EEN OPLOSSING

De zorg ziet zich gesteld voor grote personeelstekorten die naar verwachting de komende decennia alleen maar groter zullen worden. Zonder volledigheid na te willen streven, bespreken wij hieronder verschillende rapporten en adviezen aan de overheid over het thema 'houdbare zorg' en het 'arbeidsmarktvragestuk in de zorg'. De daarin verwoorde suggesties en initiatieven zijn meestal primair bedoeld om uitstroom uit de zorg te beperken en instroom te bevorderen. Wij hebben deze rapporten gelezen met in het achterhoofd de vraag in hoeverre daarin aandacht wordt besteed aan de problematiek van roosteronzekerheid en onregelmatige diensten als een oorzaak van het probleem, en welke oplossingen op dit terrein zijn voorgesteld.

Het ministerie van VWS heeft in 2018 het actieprogramma Werken in de Zorg opgestart.⁴⁰ Naast acties gericht op het stimuleren van het kiezen voor een loopbaan in de zorg en beter leren in de zorg, behelst het programma het actiepunt 'anders werken in de zorg'. Eind oktober 2020 heeft de aan het programma verbonden commissie Werken in de Zorg een advies uitgebracht waarin zij adviseert om *modern werkgeverschap* te ontwikkelen.⁴¹ Dit behelst onder meer het vergroten van de invloed van medewerkers op roosters en werktijden, het geven van de kans meer te werken en het aanbieden van goede secundaire arbeidsvoorwaarden als kinderopvang en zorgverlof.⁴² De

³⁵ Een maatregel die reeds in verregaande mate is voorbereid, vormt de ontwikkeling van een webmodule die door opdrachtgevers kan worden gebruikt om meer duidelijkheid te verkrijgen over de status van de arbeidsrelatie die zij met werkenden aangaan. In juli 2021 is een zes maanden durende pilotfase van de webmodule afgesloten. Een concreet vervolg aan de toekomstige inzet en de rol van de webmodule wordt echter overgelaten aan een nieuw kabinet, zie: *Kamerstukken II 2020/21*, 31 311, nr. 240, p. 6.

³⁶ Zolang het handhavingsmoratorium geldt, zullen uitsluitend naheffingen van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen plaatsvinden wanneer sprake is van kwaadwillendheid bij 'opdrachtgevers', of wanneer aanwijzingen van de Belastingdienst niet zijn opgevolgd.

³⁷ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 036, nr. 34.

³⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, 31 765, nr. 589.

³⁹ Commissie Werken in de Zorg, brief van 5 februari 2021.

⁴⁰ Zie voor een overzicht: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-volksgezondheid-welzijn-en-sport/organisatie/organogram/diensten-en-instellingen/commissie-werken-in-de-zorg>.

⁴¹ De commissie laat zich hierbij inspireren door in een WRR-rapport genoemde condities voor 'goed werk', te weten: 'grip op geld', 'grip op het werk' en 'grip op het leven', zie: WRR, *Het betere werk, de nieuwe maatschappelijke opdracht*, 2020.

⁴² Zie ook: [Annet de Lange: De weg naar Modern Werkgeverschap - Actie Leer Netwerk](#).

commissie wil voor de ontwikkeling van modern werkgeverschap het zogeheten Actie Leer Netwerk⁴³ benutten door het inzichtelijk maken van bestaande instrumenten en *good practices*.⁴⁴

Een concreet voorbeeld van *good practices* op het gebied van roosterbestendigheid of beperking van avond-, nacht- en weekenddiensten hebben wij vooralsnog niet aangetroffen.⁴⁵ Wel adviseert de commissie in juni 2021 om zogeheten *generationeel personeelsbeleid* in te voeren door verschillende behoeften in verschillende contracten te vertalen.⁴⁶ Invloed op werktijden en roostering wordt in dit advies expliciet genoemd als een van de elementen die extra van belang zijn voor een 'adaptieve personeelsvoorziening'.

De commissie legt de verantwoordelijkheid voor het ontwikkelen van modern werkgeverschap bij het bestuur en toezichthouders van de zorginstelling enerzijds, en bij landelijke en regionale branche- en beroepsorganisaties anderzijds.⁴⁷ Landelijke branche- en beroepsorganisaties wordt in een rapport uit 2021 verweten te weinig vernieuwend te zijn.⁴⁸ De commissie roept op tot meer samenwerking op regionaal en landelijk niveau.⁴⁹ Inbreng van werknemersorganisaties zoals medezeggenschap of bonden of de mogelijkheid van het maken van afspraken in cao's blijft opvallend genoeg ongenoemd.

De Raad voor Volksgezondheid en Samenleving (RVS) ziet een gebrek aan erkenning en waardering als een belangrijke oorzaak voor het personeelstekort in de zorg.⁵⁰ De Raad doelt op erkenning in de vorm van eerlijke beloningen, maar ook de erkenning van de behoefte aan zeggenschap van zorgmedewerkers als het gaat om hersteltijd, tijd voor de patiënt en werkinhoud. Zeggenschap verbeteren kan bijvoorbeeld door roosters samen met een vertegenwoordiging van zorgverleners te maken, of door het roosteren door teams die onderling afspraken maken.⁵¹ Wij troffen geen concrete aanbeveling aan waarin deze twee aanbevelingen worden gecombineerd, namelijk om nu juist de beloning voor onregelmatige diensten te verbeteren.

De Raad noemt, anders dan de commissie Werken in de Zorg, wel de betrokkenheid van de werknemers- en werkgeversorganisaties bij deze omslag. De RVS beveelt aan om afspraken te maken in sectoroverstijgende cao's voor verpleegkundigen en verzorgenden. Dit zou de doorstroom

⁴³ Het Actie Leer Netwerk is onderdeel van het actieprogramma *Werken in de Zorg* van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en faciliteert en ondersteunt organisaties in zorg en welzijn, onderwijs en gemeenten die met behulp van vernieuwende initiatieven de personeelstekorten in zorg en welzijn aanpakken, zie: <https://www.actieleernetwerk.nl/over-actie-leer-netwerk/>.

⁴⁴ Commissie Werken in de Zorg, *Behoud en betrokkenheid van zorgprofessionals*, advies, november 2020, p. 11.

⁴⁵ Op de website van het Actie Leer Netwerk is het onderwerp 'arbeidstijden' ondergebracht bij het thema 'gezonder werken', zie: <https://www.actieleernetwerk.nl/over-actie-leer-netwerk/themas/gezond-werken/>. Zie voor voorbeelden van de verschillende aspecten van modern werkgeverschap verder de bijlage bij de brief van de commissie Werken in de Zorg van 17 september 2021, te vinden op: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-volksgezondheid-welzijn-en-sport/organisatie/organogram/diensten-en-instellingen/commissie-werken-in-de-zorg>.

⁴⁶ Commissie Werken in de Zorg, *Ontwikkeling van adaptieve zorgorganisaties op het terrein van personeel*, advies, 28 juni 2021, p. 13. Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-volksgezondheid-welzijn-en-sport/documenten/publicaties/2021/06/28/advies-commissie-werken-in-de-zorg-adaptieve-zorgorganisaties>.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld de brief van 5 februari 2021; de brief van 17 september 2021, p. 2; de brief van 30 september 2021 p. 7.

⁴⁸ Commissie Werken in de Zorg, *Landelijke stakeholders in de arbeidsmarktaanpak en het vervolg van het actieprogramma werken in de zorg*, advies, 30 september 2021, p. 7.

⁴⁹ Commissie Werken in de Zorg, brief van 17 september 2021, p. 2. De brief gaat over de vraag hoe modern werkgeverschap in de zorg te realiseren en de rol van verenigingen van bestuurders en toezichthouders hierin.

⁵⁰ Raad voor Samenleving en Volksgezondheid, *Applaus in niet genoeg: Anders waarderen en erkennen van zorgverleners*, 2020. Evenals de commissie Werken in de Zorg onderzoekt de Raad de knelpunten en oplossingen aan de hand van het kader voor 'goed werk' van de WRR.

⁵¹ *Ibid.*, p. 35 en 36.

tussen sectoren bevorderen en de mogelijkheid scheppen om bijvoorbeeld de startsalarissen van verzorgenden over de hele linie te verhogen. Volgens de RSV zou de Rijksoverheid deze ontwikkeling moeten aanjagen door gesprekken hierover te faciliteren.⁵²

Gelet op deze aanbevelingen is het interessant te bekijken hoe de SER de rol van de sociale partners ziet in de aanpak van het personeelstekort in de zorg. Volgens de SER-verkenning van juni 2020 ligt de kern van een oplossing van het personeelstekort in de zorg in het wegnemen van belemmeringen om meer uren per week te werken.⁵³ Voor werkenden met kleinere deeltijdbanen blijken beschikbaarheidseisen een groot knelpunt om meer uren te werken. Roostering, flexibiliteit, beloning en een prettige organisatiecultuur worden genoemd als de belangrijkste voorwaarden om meer te kunnen werken.⁵⁴ Voor wat betreft de uitwerking daarvan houdt de Raad het op algemeenheden als de noodzaak voor innovatie, samenwerking en communicatie.⁵⁵ Concreet wordt het op één enkel punt, namelijk de opgave om in sectoren en cao's 'maatwerkafspraken over mantelzorg' te maken.

In de SER-verkenning is ook aandacht voor de zzp-problematiek. Het ligt volgens de SER in de rede te onderzoeken of voor zzp'ers voor ANW-diensten dezelfde regels kunnen gelden als voor werknemers in dienstverband. De drang naar het zzp-schap kan tegelijkertijd worden afgeremd door meer regelruimte te realiseren voor zorgmedewerkers in loondienst.⁵⁶

In het daaropvolgende SER-advies *Aan de slag voor de zorg: Een actieagenda voor de zorgarbeidsmarkt* van mei 2021⁵⁷ wordt een agenda gepresenteerd voor de verbetering van de arbeidsmarkt in de zorg met een vijftal onderwerpen.⁵⁸ De onderwerpen 'professionele ruimte van en voor medewerkers', 'Aandacht voor het behoud van medewerkers' en 'Waardering en zeggenschap' zijn voor dit rapport van belang. Opvallend is dat de SER in de adviesaanvraag uitdrukkelijk is gevraagd zich te richten op mogelijkheden voor meer werkplezier, professionele autonomie en (financieel) perspectief, bijvoorbeeld in de vorm van onder meer een gedifferentieerdere inzet van onregelmatigheidstoeslag, fysieke en mentale belasting bij onregelmatige diensten, nachtwerk en structureel overwerk, werk-privébalans en de mogelijkheden om de contractsomvang te vergroten. Veel van deze onderwerpen houden direct verband met ons onderzoek, maar leiden in het SER-advies nauwelijks tot concrete voorstellen.

In het advies wordt geconstateerd dat de afstemming tussen werk en privé niet altijd mogelijk is binnen de organisatie waarin iemand werkzaam is. Aanbevolen wordt daarom om binnen de sector meer samen te werken op regionaal niveau op het gebied van ontwikkelings- en loopbaanmogelijkheden en levensfase-bewust personeelsbeleid.⁵⁹ Werkgeverskoepels wordt aanbevolen zorgverleners meer zeggenschap te geven over de organisatorische kanten van het werk, zoals werktijden en de wijze van roosteren. Ook in dit advies lezen we de aanbeveling om teamleden

⁵² Ibid., p. 33.

⁵³ SER, *Zorg voor de toekomst: Over de toekomstbestendigheid van de zorg*, SER-verkenning 20/02, 2020, p. 183.

⁵⁴ Ibid., p. 183.

⁵⁵ Ibid., p. 184.

⁵⁶ Ibid., p. 185.

⁵⁷ SER, *Aan de slag voor de zorg: Een actie-agenda voor de zorgarbeidsmarkt*, SER-advies 21/04, 2021.

⁵⁸ Te weten: 1. Professionele ruimte van en voor medewerkers. 2. Verbetering van mogelijkheden voor scholing, ontwikkeling en loopbaan. 3. Aandacht voor het behoud van medewerkers. 4. Waardering van en zeggenschap voor de medewerkers. 5. Technologische en sociale innovatie.

⁵⁹ SER, *Aan de slag in de zorg: Een actie-agenda voor de zorgarbeidsmarkt*, SER-advies 21/04, 2021, p. 35 en 36.

gezamenlijk verantwoordelijk te maken voor de wijze van roosteren.⁶⁰ Een multidisciplinaire aanpak zoals van stichting Het Potentieel Pakken,⁶¹ waarbij werkgevers, onderzoekers en andere partners samen een (actie)lerend netwerk vormen, stelt de Raad als voorbeeld. Alleen aangaande mantelzorgverlof⁶² pleit de SER ervoor om arrangementen in cao's op te nemen. Een dergelijke concrete aanbeveling komen wij niet tegen ten aanzien van roostering of beloning van onregelmatige diensten. De SER laat de uitwerking verder aan cao-partijen over.⁶³

Kort samengevat wordt alom erkend dat de aantrekkingskracht van het werken in een vast dienstverband in de zorg te wensen overlaat vanwege de onregelmatige diensten in deze sector. De meestvoorkomende aanbeveling om dit probleem op te lossen is dat werkgevers de zorgmedewerkers vaker individueel of als team kunnen betrekken bij de roostering. Daarnaast wordt vaak gewezen op de mogelijkheid van samenwerking van instellingen op regionaal niveau. Betere beloning voor onregelmatige diensten en een regeling daarvan in cao's wordt niet genoemd als oplossingsrichting.

⁶⁰ Ibid., p. 36.

⁶¹ Zie: <https://www.hetpotentieelpakken.nl>. Zie ook SER-Verkenning 20/02, p. 183.

⁶² SER, *Aan de slag in de zorg: Een actie-agenda voor de zorgarbeidsmarkt*, SER-advies 21/04, 2021, p. 55.

⁶³ Ibid., p. 25.

3 ONREGELMATIG WERKEN EN HET ARBEIDSRECHT

Prof. mr. dr. Willemijn Roozendaal⁶⁴

3.1 INLEIDING

Het verlenen van zorg kan in veel gevallen niet uitsluitend binnen kantoortijden verricht worden. Ook 's nachts en tijdens het weekend kan zorg nodig zijn. Voor werknemers legt het draaien van avond-, nacht- en weekenddiensten veel druk op de balans tussen werk en privé. Het inkomen maar ook het rooster kunnen onzeker zijn. Vooral roosteronzekerheid heeft een direct verband met de balans tussen werk en privé. In verschillende wetten vanaf de jaren negentig heeft de wetgever een midden gezocht tussen enerzijds het realiseren van flexibiliteit voor de werkgever en anderzijds bescherming voor de werknemer.⁶⁵ De vraag is welke bescherming dit heeft geboden tegen roosteronzekerheid. In paragraaf 3.2 wordt ingegaan op de stand van zaken betreffende de regulering van roosters in het arbeidsrecht in het algemeen. In paragraaf 3.3 komt de regulering van diensten aan de orde, waarbij wordt ingegaan op de regels die specifiek voor de zorg gelden.

3.2 REGULERING VAN ROOSTERS

De vraag in deze paragraaf is in hoeverre in wet- en regelgeving oog is voor het feit dat werknemers behoefte kunnen hebben aan voorspelbare en vaste arbeidstijdpatronen, ofwel roosterzekerheid, vanwege bijvoorbeeld hun zorgtaken. Vooropgesteld zij dat de behoefte aan roosterzekerheid niet of nauwelijks onderkend is in het internationale en Europese arbeidsrecht.⁶⁶ Deze regelgeving is historisch gezien gebaseerd op het standaard arbeidspatroon van de voltijds werkende kostwinner zonder verplichtingen buiten het werk.⁶⁷ Recentelijk is wel de Europese Richtlijn 2019/1152 aangenomen.⁶⁸ Daarmee wordt onder ander beoogd de voorspelbaarheid van roosters van werknemers te vergroten. In november 2021 is een wetsvoorstel Implementatie Arbeidsvoorwaardenrichtlijn ingediend.⁶⁹ Vanaf 1996 was er ook in Nederland sporadisch aandacht voor

⁶⁴ Hoogleraar Sociaal recht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, VU Amsterdam.

⁶⁵ Wij noemen in het bijzonder de Arbeidstijdenwet 1996, de Wet flexibiliteit en zekerheid, in werking getreden vanaf 1 januari 1999, en de Wet werk en zekerheid, in werking getreden vanaf 2015.

⁶⁶ Zie D. McCann en J. Fudge, 'Unacceptable Forms of Work: A Multidimensional Model', *International Labour Review* 156, no. 2 (2017): 147-184.

⁶⁷ Vgl. E. Rose, 'The New Politics of Time', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 34, no. 4 (2018): 373-394; D. McCann, 'Travel Time as Working Time: Tyco, the Unitary Model and the Route to Casualisation', *Industrial Law Journal* 45, no. 2 (2016): 244-250.

⁶⁸ Richtlijn (EU) 2019/1152 van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, PbEU 2019, L 186/105. De lidstaten dienen de nodige maatregelen te treffen om uiterlijk op 1 augustus 2022 aan deze richtlijn te voldoen.

⁶⁹ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie (PbEU 2019, L 186) (Wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare

dit onderwerp. In het navolgende wordt behandeld welke bescherming van roosterzekerheid in de Nederlandse wet terug te vinden is, in achtereenvolgens het Burgerlijk Wetboek, de Arbeidstijdenwet en de Wet flexibel werken. Daarna wordt behandeld welke loonaanspraken de werknemer heeft bij variabele roosters en welke ontslagbescherming daarbij hoort. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de regelingen die zijn ingevoerd met de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) uit 2020, omdat met die wet onder andere werd beoogd permanente beschikbaarheid te voorkomen.

70

3.2.1 ROOSTERZEKERHEID

Hoeveel vrijheid heeft de werkgever volgens het arbeidsrecht om het door hem gewenste rooster op te leggen? Die vraag kan kort beantwoord worden met: veel vrijheid. In het navolgende wordt dit uitgewerkt voor het Burgerlijk Wetboek (BW), de Arbeidstijdenwet (Artw) en de Wet flexibel werken (Wfw).

BW

Het BW bevat geen bepalingen specifiek over het opstellen van roosters. Werkgevers en werknemers kunnen daarover afspreken wat ze willen.⁷¹ Zo kan afgesproken worden dat de werknemer een vast arbeidstijdpatroon heeft, maar ook dat de werkgever bevoegd is om variabel te roosteren, of dat de werknemer geheel of gedeeltelijk zeggenschap heeft over het rooster.⁷² Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat bij geschillen over flexibilisering van roosters, de rechter van de werknemer doorgaans veel flexibiliteit verwacht, zelfs als een vast arbeidstijdpatroon is afgesproken.⁷³ De werkgever heeft voorts volgens de rechtspraak bovendien een vrij ruime bevoegdheid om meer dan de overeengekomen uren op te dragen (overwerk).⁷⁴ Het staat de werkgever volgens de Hoge Raad in beginsel ook vrij om de werknemer minder uren te werk te stellen.⁷⁵ Zie voor het recht op loon bij overwerk of minder uren, of de compensatie in tijd, verderop onder 'Loonaanspraak'.

De werkgever kan ook tevoren afspreken dat de uren flexibel zijn. Dat kan bijvoorbeeld door het sluiten van een oproepcontract. De werkgever spreekt bij een dergelijk contract bij aanvang van de arbeidsovereenkomst af dat hij bevoegd is de urenomvang telkens opnieuw vast te stellen, middels het doen van een oproep. Soms wordt daarbij binnen een minimum en maximum aantal uren gevarieerd, soms heeft de werknemer geen enkele garantie op een minimumaantal.⁷⁶ De werkgever is in beginsel niet verplicht de werknemer op te roepen voor de niet-gegarandeerde

Arbeidsvoorwaarden, *Kamerstukken II 2021/22*, 35 962). In dit onderzoek wordt rekening gehouden met het wetsvoorstel en de toelichting daarop zoals bekend per 1 december 2021.

⁷⁰ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, nr. 3, p. 22.

⁷¹ Behoudens de grenzen bij het opleggen van diensten in de Arbeidstijdenwet (zie par. 3.3.).

⁷² De afspraak dat de werknemer een oproep mag weigeren, is rechtsgeldig ook binnen een arbeidsovereenkomst. HR 25 januari 1980, NJ 1980/264 (Possemis/Hoogenboom).

⁷³ W.L. Roozendaal, *Werk en privé* (dissertatie KUN), Deventer: Kluwer, 2011, par. 3.6.1-3.6.3. Voor een collectieve roosterwijziging is instemming van de OR nodig (art. 27 lid 1 sub b WOR).

⁷⁴ *Ibid.*, par. 3.6.3. Zelfs als het overwerk in strijd is met de Arbeidstijdenwet, moet de werknemer het overwerk uitvoeren, behalve als hij hier bij weigering van het overwerk tijdig op wijst. HR 12 januari 1990, NJ 1990/475; HR 27 januari 1995, NJ 1995.

⁷⁵ HR 26 maart 1965, NJ 1965/163 (Walsmeer/Acmesa). In lagere rechtspraak wordt vaak wel uitgegaan van een recht op tewerkstelling voor minstens de overeengekomen uren. G. C. Boot en mr. S.H. Bokx-Boom, 'Het recht op tewerkstelling', *TRA*, 2014/41.

⁷⁶ E. Knipschild en T. Ridder, 'De voordelen en risico's van een min-maxovereenkomst anno 2015', *ArbeidsRecht*, 2015/22.

uren.⁷⁷ Als een werknemer niet meer wordt opgeroepen, kan de werknemer zich daartegen verzetten. In rechte wordt namens deze werknemer dan vaak de stelling betrokken dat er sprake was van een (stilzwijgende) afspraak volgens welke het aantal contracturen eigenlijk wel vast was, of hoger dan aanvankelijk vastgelegd.⁷⁸ Slaagt de werknemer in zijn stelling, dan kan hij voor die uren tewerkstelling cq. oproepen proberen af te dwingen. Een belangrijker gevolg is echter dat hij voor de ten onrechte niet-gewerkte uren recht op loon kan hebben (zie verderop onder 'Loonaanspraak').

Om de werknemer te helpen aan te tonen dat hij 'eigenlijk' een arbeidsovereenkomst heeft met een bepaalde (hogere) arbeidsomvang, regelt art. 7:610b BW sinds 1999 een rechtsvermoeden van de omvang van de arbeidsovereenkomst. Volgens de parlementaire geschiedenis van dit artikel is het rechtsvermoeden bedoeld voor de volgende twee situaties: de omvang van de arbeid is niet of niet eenduidig overeengekomen; of de feitelijke omvang van de arbeid bevindt zich structureel op een hoger niveau dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur.⁷⁹ Indien een van deze situaties zich voordoet en de arbeidsovereenkomst ten minste 3 maanden heeft geduurd, wordt de bedongen arbeid vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de 3 voorafgaande maanden. Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat de uitkomst van de rechtszaken over 7:610b BW onzeker is. Slechts ongeveer de helft van de werknemers in de gepubliceerde uitspraken heeft baat bij de uitkomst van de rechtszaak.⁸⁰ In een deel van deze uitspraken stelt de rechter de vaste uren omvang lager vast dan de gemiddelde arbeidsomvang van de referentieperiode.⁸¹ Rechter nemen geregeld aan dat bij een min-maxcontract de arbeidsomvang wel eenduidig is overeengekomen, zodat aan een beroep op het rechtsvermoeden helemaal niet wordt toegekomen.⁸²

In de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB), die per 1 januari 2020 in werking is getreden, is de positie van de oproepkracht verbeterd. Hiermee is beoogd om oproepkrachten meer zekerheid te bieden en nodeloze permanente beschikbaarheid en langdurige inkomensonzekerheid te voorkomen.⁸³ Voor de reikwijdte van de hierna te bespreken regelingen is van belang dat een definitie van een oproepovereenkomst is opgenomen.⁸⁴ Krachtens art. 7:628a lid 9 BW is van een oproepovereenkomst sprake indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per

⁷⁷ De goede trouw kan meebrengen dat de werkgever verplicht is de werknemer op te roepen, tenzij er een goede reden is om dat niet te doen. HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923 (Van Hertum/Connexion), AR_2015-0345, m.nt. W.L. Roozendaal.

⁷⁸ Stilzwijgende afspraken zijn ook afspraken. Zie bijv. HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, JAR 1994/94 (Afga/Schoolderman).

⁷⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 22-23.

⁸⁰ In 1999-2020 zijn hierover 150 uitspraken gepubliceerd. In 85 daarvan stelde de rechter een nieuwe arbeidsomvang vast. A. Olsthoorn en D. Schuurman, 'De oproepkracht: alle onzekerheid verdwenen?', *TAP*, 2020/191.

⁸¹ Zie vorige noot. In 27 van de 85 uitspraken werd naar beneden afgeweken met een beroep op een ruimere referentieperiode tot maximaal een jaar.

⁸² Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:322; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4424; Rechtbank Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:883; Rechtbank Overijssel 21 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1417; Rechtbank Noord-Holland 19 januari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1958; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015, JIN 2015/146. Zie hierover P. Besselink, 'VAAN-VvA-Wab-Oroepovereenkomst', *TAP*, 2018/151; E.W. de Groot en M.S. Houwerzijl, 'Rechtspositie van oproepkrachten (verder) versterkt?', *TRA*, 2018/74; E. Cremers-Hartman, *Flexibele arbeidsrelaties*, nr. 3.7.8.3, Structurele overschrijding overeengekomen arbeidsduur op basis van oproepclausule, actueel t/m 01-01-2020. In de wetgeschiedenis van de WAB is deze benadering door de regering als onjuist aangemerkt. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 22.

⁸³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 22.

⁸⁴ Deze definitie is ook van belang voor de WW-premiedifferentiatie die met de WAB is ingevoerd. De kern hiervan is het dunder maken van het gebruik van oproepovereenkomsten zoals gedefinieerd in art. 7:628a lid 9 BW, en daarnaast het gebruik van contracten voor bepaalde tijd.

tijdseenheid van ten hoogste 1 maand. Ook wordt van een oproepovereenkomst gesproken indien de werknemer een loonuitsluitingsbeding in de zin van art. 7:628 lid 5 of 7 BW heeft. Een uitzondering op de oproepovereenkomst is het contract met de zogeheten jaarurennorm. Daarvan is sprake als de arbeid is vastgelegd als een aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een jaar, en het recht op loon van de werknemer gelijkmatig gespreid is over die tijdseenheid. Als het rooster varieert maar het salaris is vast, is er dus geen sprake van een oproepovereenkomst in de zin van dit artikellid.⁸⁵

Een tweede uitzondering is een contract met vaste urenomvang of jaarurennorm, waarnaast een verplichting is opgenomen om wachtdiensten te verrichten, mits voor die diensten een geldelijke vergoeding of compensatie in vrije tijd wordt verleend.⁸⁶ In de zorgsector worden vaak wachtdiensten opgelegd (zie nader par. 3.3). De regering heeft toegelicht het wenselijk te vinden dat het mogelijk blijft om consignatiediensten en, in bepaalde zorgsectoren, beschikbaarheidsdiensten toe te passen zonder dat daarmee direct sprake is van een oproepovereenkomst, mits deze diensten vergoed zijn. De aanvankelijk opgenomen bepaling dat alle uren van de betreffende dienst moeten worden beloond, is geschrapt.⁸⁷ Ook een zeer lage beloning of geringe vergoeding in vrije tijd kan voldoende zijn. Doordat de wachtdiensten buiten het regime van de oproepovereenkomst worden gehouden zonder dat er een substantiële vergoeding tegenover staat, is er sprake van een zekere aanmoediging aan werkgevers om van wachtdiensten gebruik te maken.

De hierna te bespreken rechten van de oproepkracht gelden dus veelal niet voor deze diensten. Aan deze twee uitzonderingen is te zien dat het bestrijden van roosteronzekerheid in de zorg geen prioriteit had in de WAB.

Op grond van art. 7:628a lid 2 BW is de oproepkracht niet verplicht in te gaan op oproepen die op minder dan 4 dagen van tevoren aan de werknemer bekend zijn gemaakt. Als de werkgever de oproep intrekt of de tijdstippen wijzigt binnen die termijn, dan heeft de werknemer krachtens lid 3 recht op loon voor de duur van de oproep. Ter versterking van de bewijspositie van de werknemer is geregeld dat de oproep schriftelijk of elektronisch moet gebeuren. Bovendien moet de werknemer persoonlijk in kennis worden gesteld van de tijdstippen waarop hij moet werken, een verwijzing naar een rooster volstaat niet.⁸⁸ Bij cao kan ten nadele van de werknemer van de minimum oproeptermijn worden afgeweken tot minimaal 24 uur van tevoren.

In het wetsvoorstel Implementatie Arbeidsvoorwaardenrichtlijn is voorgesteld art. 7:628b BW en art. 7:655 lid 1 sub i BW in te voeren. Op grond daarvan wordt de werkgever verplicht om vast te leggen welke uren gegarandeerd zijn en of de werknemer een overwerkverplichting heeft. Als de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht geheel of grotendeels onvoorspelbaar zijn, moeten de dagen en uren waarop de werknemer kan worden verplicht om arbeid te verrichten worden afgesproken bij aanvang van de arbeidsovereenkomst.⁸⁹ De regeling inzake de

⁸⁵ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, nr. 3 p. 23 en 132.

⁸⁶ Besluit van 19 juni 2019, houdende nadere regels over oproepovereenkomsten, Stb. 2019, 233, ltst. wijz. 2019, 500.

⁸⁷ In de eerste versie van het Besluit nadere regels over oproepovereenkomsten gold de voorwaarde dat de vergoeding moest zien op alle uren van de dienst, maar deze eis is losgelaten omdat door het alternatief van compensatie in tijd, de bepaling voor de WW-premiedifferentiatie, niet handhaafbaar was. Zie Stb. 2019, 500.

⁸⁸ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, nr. 3, p. 25.

⁸⁹ In Richtlijn 2019/1152 worden deze uren aangeduid als 'referentie-uren'. Tijdens deze uren moet de werknemer zijn agenda vrijhouden totdat zijn rooster bekend wordt gemaakt.

oproeptermijn van art. 7:628 lid 2-4 BW is ook van toepassing op deze contracten. De vraag rijst of werknemers in de zorg met onregelmatige diensten hier een beroep op kunnen doen. Dit hangt af van de vraag wat wordt verstaan onder 'geheel of grotendeels onvoorspelbaar'. Volgens de toelichting van de regering doet een wisselend rooster of wisselende diensten geen afbreuk aan het grotendeels voorspelbare karakter van het werkpatroon.⁹⁰ Het is dus goed mogelijk dat het de bedoeling van de regering is dat deze nieuwe regeling niet gaat gelden voor contracten met onregelmatige diensten in de zorg.

Arbeidstijdenwet

In de Arbeidstijdenwet (Artw) is tot op zekere hoogte terug te vinden dat werknemers een belang hebben bij bestendige arbeidstijdpatronen. Er zijn in 1996 enkele bepalingen ingevoerd volgens welke werkgevers rekening moeten houden met de persoonlijke belangen van werknemers bij het vaststellen van de roosters. Zo moet de werkgever bij het voeren van arbeids- en rusttijdenbeleid en bij het vaststellen van een arbeidstijdpatroon van een individuele werknemer, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van werknemers.⁹¹ Naast de behoefte aan flexibiliteit⁹² zouden die persoonlijke omstandigheden ook de behoefte aan bestendige roosters kunnen meebrengen. Met betrekking tot roosterzekerheid is in 2003 de verplichting ingevoerd om voor zover dat redelijkerwijs kan worden gevergd, de arbeid zodanig te organiseren dat de werknemer zijn arbeid in een bestendig en regelmatig patroon kan verrichten.⁹³ Deze bepaling is in 2007 echter alweer geschrappt.⁹⁴ Wel is de bepaling gehandhaafd dat arbeidstijdpatronen in beginsel 28 dagen tevoren aan de werknemer moeten worden meegedeeld.⁹⁵ Voor werknemers waarbij dat vanwege de aard van de arbeid niet mogelijk is, volstaat een oproeptermijn van 4 dagen, zij het dat hem wel 28 dagen tevoren moet worden meegedeeld welke weekenden hij vrij is.⁹⁶ De hiervoor besproken oproeptermijn van 4 dagen in art. 7:628a lid 2 BW is een zekere verbetering ten opzichte van artikel 4:2 lid 3 Artw. Weliswaar is de oproeptermijn volgens laatstgenoemd artikel veel langer, maar deze regel kent geen sanctie en er kan met instemming van de werknemer van worden afgeweken. Alleen de verplichting een zo goed mogelijk arbeids- en rusttijdenbeleid te voeren is voorzien van een publiekrechtelijke sanctie, namelijk de mogelijkheid een eis tot naleving te stellen door de toezichthouder (artikel 4:1 lid 5 Artw). Op de andere genoemde artikelen kan in het civiele recht een beroep worden gedaan. In de gepubliceerde rechtspraak zijn hierover weinig zaken te vinden.⁹⁷

⁹⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 962, nr. 3, p. 16.

⁹¹ Art. 4:1 en 4:1a Artw.

⁹² *De doelstelling van de Artw 1996 was juist om tegemoet te komen aan flexibiliteitsbehoeften van zowel werkgevers als werknemers. Kamerstukken II 1988/89*, 21 083, nr. 3, p. 1.

⁹³ Artikel 4:1a lid 2 Artw (oud).

⁹⁴ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 532, nr. 3, p. 5 en 22. Zie hierover W.L. Roozendaal, 'The times they are a-changing – wijziging van arbeidstijden en het belang van de werknemer', *SMA*, 2007, no. 2, p. 45-58.

⁹⁵ Art. 4:2 Artw.

⁹⁶ Deze in 1996 nieuwe oproeptermijn was volgens de wetgever noodzakelijk juist vanwege de in de Artw 1996 veel ruimere mogelijkheden voor flexibele arbeidstijden. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 646, nr. 3, p. 63.

⁹⁷ Ktr. Leeuwarden 5 april 2006, JAR 2006/109; Ktr. Rotterdam 31 oktober 2005, Prg 2006, 30; LJN AU5732; Hof Den Bosch 5 oktober 2010, LJN BN990; Ktr. Arnhem 17 september 2007, LJN BB4550.

Wet flexibel werken

De Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) uit 2001 is in 2015 gewijzigd, waarbij de naam is veranderd in Wet flexibel werken (Wfw).⁹⁸ De wet geeft werknemers rechten om om aanpassing van arbeidstijden te verzoeken. Zoals de naam nu aangeeft, heeft de wetgever vooral gedacht aan de behoefte van werknemers aan flexibiliteit van hun arbeidstijdpatroon. Niettemin zou de wet ook gebruikt kunnen worden voor het verzoek om meer bestendige arbeidstijdpatronen. Aanvankelijk voorzag de wet alleen in een mogelijkheid om een voorstel tot aanpassing van het arbeidstijdpatroon te doen als die gepaard ging met een verzoek om verlaging van het aantal uren per week. De werknemer mocht daarbij een voorstel doen voor de spreiding van deze uren over de week. Sinds de wetwijziging in 2015 kan iedere werknemer die werkt bij een onderneming waar ten minste 10 werknemers werkzaam zijn en die ten minste 26 weken in dienst is, zijn werkgever verzoeken om een aanpassing van zijn werktijd.⁹⁹ Van de regeling kan bij cao of overeenstemming met de OR of de personeelsvertegenwoordiging worden afgeweken (art. 2 lid 15 Wfw). De wettekst voor de beoordeling van het verzoek van de werknemer is ongelukkig geredigeerd. Niet duidelijk is of de aanpassing van de werktijd moet worden ingewilligd tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten, of tenzij de redelijkheid en billijkheid zich daartegen verzet.¹⁰⁰ De eerste maatstaf leidde in rechtspraak over de WAA meestal tot een gunstig resultaat voor de werknemer, de tweede maatstaf niet.¹⁰¹ Er is nog geen gepubliceerde rechtspraak over werktijdaanpassingsverzoeken.

In het wetsvoorstel Implementatie Arbeidsvoorwaardenrichtlijn wordt voorgesteld een nieuw art. 2b in de Wfw in te voegen, volgens welke de werknemer de werkgever kan verzoeken om een vorm van arbeid met meer voorspelbare en zekere arbeidsvoorwaarden, indien de werknemer ten minste 26 weken voorafgaand aan het beoogde tijdstip van ingang van die aanpassing in dienst is bij die werkgever. Het zou hier (onder meer) kunnen gaan om een voorspelbaar rooster. Het wetsvoorstel bevat geen voorschriften voor de maatstaf aan de hand waarvan het verzoek moet worden beoordeeld. Het is niet duidelijk hoe het verzoek zich verhoudt tot een verzoek tot aanpassing van de werktijd.

De Wfw is in 2021 geëvalueerd.¹⁰² Hieruit blijkt dat de Wfw nauwelijks of geen bekendheid geniet bij werknemers. In slechts 11 van de 96 onderzochte cao's wordt het recht op werktijdaanpassing vermeld. Het aantal verzoeken om werktijdaanpassing is sinds de invoering van de wet volgens de ondervraagde werkgevers niet gestegen. Van de werknemers die een werktijdaanpassingsverzoek hebben gedaan (doorgaans zonder daarbij een beroep te doen op de Wfw), meldt 41% dat het verzoek is toegewezen. Volgens werkgevers worden werktijdaanpassingsverzoeken 'grotendeels' toegewezen.

⁹⁸ De WAA is in werking getreden per 1 juli 2000, Stb. 2000, 115. Per 1 januari 2016 is de citeertitel van de wet gewijzigd in Wet flexibel werken (Wet van 9 juni 2015, Stb. 2015, 245, 246).

⁹⁹ Art. 2 lid 1 Wfw. 'Werktijd' wordt gedefinieerd als de overeengekomen tijdstippen op een werkdag of een anderszins overeengekomen tijdvak waarop de werknemer werkzaam is (art. 1 sub e Wfw).

¹⁰⁰ Art. 2 lid 5 jo lid 11 Wfw en art. 2 lid 7 Wfw. Zie ook S.E. Heeger-Hertter en A.G. Veldman, 'Het nieuwe werken' in *Nieuwe wetgeving?*, *ArbeidsRecht*, 2015/28.

¹⁰¹ W.L. Roozendaal, *Werk en privé* (dissertatie KUN), Deventer: Kluwer, 2011, par. 4.6.3.

¹⁰² Y. ten Hoeve e.a., *Evaluatie Wet flexibel werken*, onderzoek voor het ministerie van SZW, De Beleidsonderzoekers, 15 januari 2021.

Kort samengevat geeft het arbeidsrecht werkgevers veel vrijheid om roosters en arbeidsomvang te variëren. Het wettelijke instrument om werknemers te helpen om een vaste arbeidsomvang te krijgen, wordt door lang niet alle rechters gebruikt om dit doel te bereiken. Er is geen instrument in het BW om werknemers te helpen een vast rooster te krijgen. Rechters vinden vaak dat werknemers zich flexibel moeten opstellen, zelfs als er vaste roosterafspraken zijn gemaakt. In de Arbeidstijdenwet is wel enige aandacht geweest voor de behoefte aan roosterzekerheid, maar de wetgever heeft een expliciete verwijzing daarnaar geschrapt, en de bepalingen over het recht op tijdige doorgifte van roosters en aanpassing van het rooster aan persoonlijke omstandigheden zijn niet voorzien van krachtige handhavingswaarborgen. De Wet flexibel werken kan in theorie wel benut worden voor het vragen om roosterzekerheid, maar deze wet lijkt daar in de praktijk niet voor gebruikt te worden. De wet Implementatie Arbeidsvoorwaardenrichtlijn zal daar vermoedelijk geen verandering in brengen.

3.2.2 LOONAANSPRAAK

Het variëren van roosters en urenomvang kan ongemak meebrengen voor werknemers. De vraag is of dat ongemak wordt vertaald in een recht op een (hogere) beloning. Het antwoord op die vraag is kortgezegd: nee.

Net als bij roosters geldt ook voor de beloning voor variabele uren als uitgangspunt contractsvrijheid.¹⁰³ Zo mag worden afgesproken dat de werknemer verplicht is om onbetaald overwerk te verrichten.¹⁰⁴ Als er geen afspraken zijn gemaakt over vergoeding van overwerk, wordt dit regelmatig in het nadeel van werknemers uitgelegd. In de rechtspraak wordt bijvoorbeeld geoordeeld dat van de werknemer kan worden verwacht extra werk te verrichten zonder daarvoor betaald te krijgen, omdat dat in het salaris wordt geacht te zijn inbegrepen of bij de functie hoort.¹⁰⁵ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden kunnen meebrengen dat opgedragen overwerk wordt vergoed, maar dit is dus geen uitgangspunt.¹⁰⁶ Bij dit alles moet wel als ondergrens de Wet minimumloon (WML) in acht worden genomen. Die wet geeft echter geen recht op een minimumbeloning voor elk gewerkt uur. Het minimumloon wordt afgeleid van het standaardminimumloon voor een 'normale' arbeidsduur. Vaststelling of is voldaan aan de WML vergt een vergelijking van alle gewerkte uren per maand versus het gehele ontvangen loon.¹⁰⁷ Dat brengt geregeld mee dat overwerk niet extra hoeft worden beloond, omdat het afgesproken maandloon voldoende is om voor de reguliere uren plus het overwerk gemiddeld op of boven het minimumloon uit te komen. Vermelding verdient nog dat overwerk volgens de WML ook onder voorwaarden geheel of gedeeltelijk mag worden gecompenseerd in betaalde vrije tijd.¹⁰⁸

¹⁰³ A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridisch, 2018, par. 6.7; W.H.A.C.M. Bouwens en D.M.A. Bijdevaate, *Van der Grinten's Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer, 2021, p. 329; R. van der Hulle, 'De vergoeding van overwerk in Nederland en de Verenigde Staten', *TRA*, 2016/4.

¹⁰⁴ Zie bijv. Hof Amsterdam 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4336; Rechtbank Leeuwarden 17 februari 2010, ECLI:NL:RBL:2010:BL5837; Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 2012, r.o. 4.6.1, JAR 2012/186, m.nt. K. Wiersma.

¹⁰⁵ Hof Arnhem 3 augustus 2004, r.o. 4.16, JAR 2004/284; Hof Leeuwarden 6 maart 2012, RAR 2012/78.

¹⁰⁶ HR 6 maart 1998, r.o. 3.6, NJ 1998/527 (Stokkermans/Kuijken en Asselbergs).

¹⁰⁷ Art. 12 WML. Zie nader E.J.A. Franssen, *Arbeidsovereenkomst*, commentaar op art. 13a WML, Artikel 13a. Overwerk, actueel t/m 23-06-2019. Het minimumloon per maand bedroeg per 1 juli 2021 1680 euro. Berekening per week is ook mogelijk. Bij de 'gewerkte' uren moeten worden opgeteld de uren dat men niet heeft gewerkt maar die wel verloond moeten worden, zoals vakantie-uren en ziekte-uren.

¹⁰⁸ Art. 13a lid 2-4 WML. Een tijd-voor-tijd-regeling moet worden afgesproken in een cao en met een werknemer. De werkgever heeft tot 1 juli van het jaar volgend op het jaar waarin de opbouw van de tijd-voor-tijd-uren plaatsvond, om deze in betaalde vrije tijd of in geld te compenseren.

De mogelijkheid dat overwerk en onregelmatige lange diensten onbeloond blijven kan in strijd zijn met internationaal recht. De Europese Arbeidstijdenrichtlijn bevat geen voorschriften over de beloning van arbeidstijd,¹⁰⁹ maar de beloning voor aanwezigheidsdiensten dient volgens het Hof van Justitie niettemin te zijn uitgewerkt aan de hand van heldere en objectieve maatstaven welke 'integraal het nuttig effect waarborgen van de rechten die door die richtlijnen aan de werknemers zijn verleend om hun gezondheid en veiligheid doeltreffend te beschermen'.¹¹⁰ Aan deze maatstaven voldoet onze wet niet. Het Comité van Deskundigen van het Europees Sociaal Handvest (ESH) heeft geconcludeerd dat de situatie in Nederland niet in overeenstemming is met art. 4 lid 2 ESH omdat de wetgeving het toestaat dat overwerk niet betaald wordt.¹¹¹

Ten aanzien van het loon voor variabele uren bestaat wel een minimumloonaanspraak bij korte oproepen. Art. 7:628a BW, ingevoerd in 1999, bepaalde dat indien een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week is overeengekomen en de tijdstippen waarop de arbeid wordt verricht niet zijn vastgelegd of de omvang van de arbeid niet is vastgelegd, de werknemer voor iedere periode van minder dan 3 uur waarin hij arbeid heeft verricht, recht heeft op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij 3 uur arbeid zou hebben verricht. In de WAB is de minimaal aanspraak van 3 uur loon per oproep ook van toepassing verklaard op de werknemer met een oproepovereenkomst (7:628a lid 1 BW). Ook als de oproepkracht meerdere malen binnen 3 uur wordt opgeroepen, heeft hij voor elke oproep recht op 3 uur loon.¹¹² Als gezegd geldt dit recht niet voor veel zorgmedewerkers die worden opgeroepen tijdens wachtdiensten.

De werknemer heeft voorts in beginsel recht op loon voor de overeengekomen uren waarvoor de werkgever hem niet heeft opgeroepen (minderuren; art. 7:628 lid 1 BW). Bij schriftelijke overeenkomst mag gedurende de eerste 6 maanden van de overeenkomst worden afgeweken van deze loondoorbetalingsverplichting. Na het verstrijken van de termijn van 6 maanden kan slechts bij cao worden afgeweken ten nadele van de werknemer (art. 7:628 lid 5 en 7 BW). Sinds 2015 geldt daarbij de voorwaarde dat de afwijking moet gelden voor in de cao te bepalen functies, mits de aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben (lid 7). Het gaat dan bijvoorbeeld om invalkrachten.¹¹³ Deze toevoeging brengt mee dat beperkter gebruikgemaakt kan worden van de mogelijkheid om alleen loon te betalen als er werk is. Het vermelden waard is dat bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat het voor bepaalde bedrijfstakken niet mogelijk is van art. 7:628 lid 1 BW af te wijken (lid 8). De minister had daarbij het terugdringen van nulurencontracten in de zorgsector op het oog.¹¹⁴ Van de mogelijkheid is nog geen gebruikgemaakt. Dit zou overigens ook niet kunnen leiden tot het terugdringen van nulurencontracten. Alleen de werknemer met vaste uren heeft in beginsel een recht op loon voor de overeengekomen uren waarvoor hij niet is opgeroepen. De werknemer zonder vaste uren kan geen beroep doen op deze bescherming. De werknemer zonder vaste uren die niet wordt opgeroepen, kan wel proberen aan te tonen dat (stilzwijgend) toch een vast aantal uren is overeengekomen, waarbij hij zoals besproken het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW kan benutten.

¹⁰⁹ HvJ EG 11 januari 2007, C-437/05, ECLI:EU:C:2007:23 Vorel, par. 32-35; HvJ EU 10 september 2015, Tyco, C 266/14, EU:C:2015:578, punt 48-49; HvJ EU 4 maart 2011, Grigore, C 258/10, EU:C:2011:122, punt 81.

¹¹⁰ HvJ EU 11 januari 2007, Jan Vorel, C-437/05, ECLI:EU:C:2007:23, punt 35.

¹¹¹ Conclusions 2014 (Netherlands), Article 4-2; Conclusions 2018 (Netherlands), Article 4-2.

¹¹² HR 3 mei 2013, LJV BZ2907, RvdW 2013/661.

¹¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 89.

¹¹⁴ Ibid., p. 20.

Als een werkgever van een oproepkracht oproepen wil intrekken of de oproeptijden wil wijzigen, moet hij dat op grond van art. 7:628a lid 2 BW minstens 4 dagen tevoren doen. Doet hij dat korter dan 4 dagen tevoren, dan heeft de werknemer krachtens lid 3 recht op loon voor de duur van de oproep, ook al is er een geldig loonuitsluitingsbeding.¹¹⁵ Deze regeling is als gezegd niet van toepassing op veel zorgmedewerkers die onregelmatige diensten verrichten, omdat hun arbeidsovereenkomsten niet onder de definitie van oproepovereenkomst vallen.

In de WAB is voorts het zogeheten 'vastklikmoment' ingevoerd. Met de vastklikregeling is beoogd ongewenste permanente beschikbaarheid van een werknemer te voorkomen daar waar op basis van een oproepcontract eigenlijk structureel gewerkt wordt of een langdurig contract tussen werkgever en werknemer is aangegaan.¹¹⁶ Met deze regeling wordt voortgebouwd op al voor 2020 bestaande soortgelijke cao-regelingen in de zorgsector.¹¹⁷ Volgens art. 7:628a lid 5 BW dient de werkgever steeds als de oproepovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd, binnen een maand schriftelijk of elektronisch een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid in die voorafgaande periode van twaalf maanden.¹¹⁸ Het tot dan toe gemiddeld gewerkte aantal uren per maand wordt dan als het ware 'vastgeklikt'. Het aanbod van de werkgever mag ook een maand- of jaarurennorm betreffen.¹¹⁹ Dat betekent dat ook na het vastklikmoment, het rooster variabel mag zijn, als het salaris maar vast is. Gedurende de periode waarin de werkgever de verplichting dit aanbod te doen niet is nagekomen, heeft de werknemer recht op loon over de arbeidsomvang, bedoeld in lid 5. Deze regeling is in de zorg als gezegd niet van toepassing op medewerkers die een onregelmatig aantal uren hebben gewerkt vanwege het verrichten van wachtdiensten.

De vastklikregeling is voor wat betreft het bereiken van een vaste urenomvang, een duidelijke verbetering ten opzichte van art. 7:610b BW. De regeling doet echter weinig voor het bestrijden van roosteronzekerheid. Desgevraagd meende de regering dat de mogelijkheid om werktijdaanpassing te vragen op grond van de Wfw afdoende waarborgen bood om tegemoet te komen aan de behoefte aan een bestendig arbeidspatroon, zodat dit niet is opgenomen in de vastklikregeling.¹²⁰

Kort samengevat bestaat er geen recht op evenredige beloning voor het verrichten van arbeid in variabele roosters of het verrichten van overwerk. Dit is mogelijk in strijd met internationaal recht. De werkgever mag afspreken dat hij minder dan de overeengekomen uren kan opdragen zonder daarvoor het loon te betalen voor de eerste 6 maanden van de overeenkomst, en bij cao voor functies met incidentele werkzaamheden. Als oproepen te laat worden ingetrokken heeft de oproepkracht toch recht op loon voor de oproep. Als de werkgever afspreekt dat er geen gegarandeerde uren zijn, dan mag hij gedurende het eerste jaar van de arbeidsovereenkomst de uren

¹¹⁵ Het artikel beoogt blijkens de toelichting van de wetgever geen afbreuk te doen aan art. 7:628 lid 5 en 7 BW. Zie *Kamerstukken I 2018/19*, 35 074, D, p. 31. Zonder een geldig loonuitsluitingsbeding kunnen oproepen dus niet met verval van de loonaanspraak ex art. 7:628 lid 1 BW worden ingetrokken, en met een dergelijk beding kan het alleen onder de voorwaarden zoals genoemd in art. 7:628a lid 2, 3 en 4 BW.

¹¹⁶ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, nr. 3, p. 28.

¹¹⁷ *Ibid.*, nr. 3, p. 27. Verwezen wordt naar de cao, <https://zorgenwelzijn.cnvconnectief.nl/public/uploads/2018/02/Definitief-rapport-onderzoekeffecten-beperking-nulurencontracten-januari-2018.pdf>

¹¹⁸ Bij de vaststelling van de gemiddelde arbeidsomvang tellen overigens alle verloonde uren mee, dus ook de uren waarin de werknemer niet heeft kunnen werken, terwijl wel sprake was van een recht op loon, zoals in geval van ziekte, zorgverlof of vakantie. *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, nr. 3, p. 106 en 131.

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, nr. 3, p. 29.

¹²⁰ *Kamerstukken I 2018/19*, 35 074, D, p. 32.

onbeperkt variëren zonder dat hij loon verschuldigd is als hij de werknemer niet oproept, tenzij de werknemer toch kan aantonen dat stilzwijgend een vast aantal uren is afgesproken. Na 12 maanden wordt het gemiddelde aantal uren 'vastgeklikt' en heeft de werknemer die tot dan toe oproepkracht was, recht op loon over dat aantal uren ook al wordt hij niet opgeroepen. In de zorgsector kunnen vaste werknemers met onregelmatige diensten veelal geen beroep doen op deze regelingen omdat hun arbeidsovereenkomst buiten de definitie van oproepovereenkomst is gehouden.

3.2.3 ONTSLAGBESCHERMING

Er is enige ontslagbescherming voor het verlies van variabele uren. De belangrijkste bescherming bestaat uit de zogeheten ketenregeling. In 1999 heeft de wetgever een regeling getroffen om misbruik van de overeenkomst voor bepaalde tijd te beperken in art. 7:668a BW.¹²¹ Bij een reeks van overeenkomsten voor bepaalde tijd kan de laatste arbeidsovereenkomst geconverteerd worden in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Na conversie heeft de werknemer een contract voor onbepaalde tijd met de bijbehorende ontslagbescherming. Daar heeft de werknemer vooral iets aan als hij ook een bepaalde vaste urenomvang heeft. In geval van onzekerheid over de urenomvang na conversie kan het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW worden benut.¹²²

Sinds 2015 geniet de werknemer voorts enige ontslagbescherming bij het einde van een contract voor bepaalde tijd. De werkgever moet de werknemer tijdig op het verstrijken van de overeenkomst wijzen, en hij heeft recht op ontslagvergoeding.¹²³

Een alternatief voor een reeks contracten voor bepaalde tijd, is een contract met variabele uren voor onbepaalde tijd, zoals een oproepcontract. Het niet meer oproepen van een oproepkracht met een nulurencontract leidt volgens de wet niet tot speciale ontslagbescherming, net zomin als verlies van overwerk of het aflopen van een tijdelijke urenuitbreiding in het contract.¹²⁴ Wel heeft de Hoge Raad recentelijk bepaald dat bij een afgedwongen instemming van de werknemer met een substantiële en structurele urenreductie (minstens 20%) een transitievergoeding moet worden betaald.¹²⁵

Kort samengevat bestaat de ontslagbescherming bij verlies van variabele uren uit een recht op transitievergoeding na afloop van een contract voor bepaalde tijd of een afgedwongen urenreductie, en een conversie in een contract voor onbepaalde tijd na een keten van opvolgende contracten. Niet meer worden opgeroepen wordt niet als ontslag aangemerkt.

¹²¹ De details van de regeling zijn in de Wwz gewijzigd. A.F. Bungener, 'De nieuwe ketenregeling en de grenzen van flexibiliteit', *TRA*, 2016/23.

¹²² O.a. Rechtbank Den Haag 12 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7171; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9081.

¹²³ Art. 7:668 lid 1 (aanzegplicht voor een overeenkomst van langer dan 6 maanden); art. 7:673 lid 1 sub ten 3^e BW (transitievergoeding); art. 7:673 lid 9 BW (billijke vergoeding als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever). De wachttijd van twee jaar voor de transitievergoeding is door de WAB geschrapt.

¹²⁴ Soms passen rechtens art. 7:668a BW toe bij een reeks van tweede overeenkomsten voor bepaalde tijd naast een overeenkomst voor onbepaalde tijd. S.E.M. Meijer, 'De tijdelijke urenuitbreiding onder het bereik van art. 7:668a BW', *ArbeidsRecht*, 2018/14.

¹²⁵ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617; HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283. Zie P. Kruit, 'De gedeeltelijke beëindiging met en zonder transitievergoeding. Kolom, Victoria en SIPOR: tot hier en (niet) verder?', *TAP*, 2020/158. Naast dit geval noemt de Raad nog het geval van een urenreductie door een tekortkoming in de nakoming en op grond van de Wfw.

3.3 REGULERING VAN DIENSTEN

Uit paragraaf 2.2 bleek dat het moeten verrichten van onregelmatige diensten een van de factoren is die sommige zorgmedewerkers aanzetten tot het kiezen voor een flexibele aanstelling waarin ze deze diensten kunnen weigeren. In deze paragraaf wordt behandeld welke ruimte werkgevers in de Arbeidstijdenwet hebben om deze diensten op te leggen, in het bijzonder in de zorgsector. Deze ruimte kan bij cao worden uitgebreid of beperkt. In hoofdstuk 4 komt aan de orde op welke manier dit in zorg-cao's is toegepast.

In Nederland zien de standaardregels voor arbeidstijdenbescherming er in grote lijnen als volgt uit. Reguliere diensten mogen niet langer zijn dan 12 uur.¹²⁶ Als een dienst langer dan 5,5 uur duurt heeft de werknemer tijdens de dienst recht op een pauze van minstens 30 minuten.¹²⁷ Per periode van 16 weken mag de arbeid gemiddeld maximaal 48 uur per week bedragen, maar uitschieters zijn toegestaan tot maximaal 60 uur per week.¹²⁸ De werknemer heeft recht op een dagelijkse onafgebroken rusttijd van 11 uur, die eenmaal per week mag worden ingekort tot 8 uur.¹²⁹ Elke week heeft de werknemer recht op een vrije periode van minimaal 36 uren onafgebroken rust.¹³⁰ Een nachtdienst¹³¹ mag maximaal 10 uur duren.¹³² Het aantal nachtdiensten kan leiden tot verlaging van de maximale gemiddelde arbeidstijd per week.¹³³ Na afloop van een nachtdienst moet voldoende rust worden geboden.¹³⁴ Aan nachtdiensten die eindigen na 02.00 uur, worden extra beperkingen gesteld.¹³⁵ De werknemer hoeft alleen arbeid op zondag te verrichten als dat met hem is afgesproken of hij er voor een bepaald geval mee instemt. Op ten minste 13 zondagen per 52 weken verricht hij geen arbeid.¹³⁶

Er zijn allerlei uitzonderingen op deze standaardregels, onder andere in het Arbeidstijdenbesluit, waarvan sommige speciaal voor de zorgsector. Ten eerste de personele werkingssfeer. De Arbeidstijdenwet is van toepassing op werknemers.¹³⁷ Zelfstandigen kunnen bij AMvB onder de wet worden gebracht (art. 2:7 Artw), maar van deze optie is geen gebruikgemaakt voor de zorgsector en de mogelijkheid kent ook uitzonderingen. Voor dit onderzoek kan worden gewezen op de

¹²⁶ Art. 5:7 lid 2 sub a Artw.

¹²⁷ Art. 5:4 lid 2 sub Artw. Volgens lid 3 kan bij cao de pauze worden teruggebracht naar 15 minuten.

¹²⁸ Art. 5:7 Artw. In elke periode van 4 weken mag de arbeid gemiddeld niet meer dan 55 uur per week bedragen. Van die laatste regel mag bij cao worden afgeweken, maar de arbeid mag ook dan gemiddeld niet meer dan 48 uur per 16 weken bedragen.

¹²⁹ Art. 5:3 Artw.

¹³⁰ Art. 5:5 Artw.

¹³¹ Een nachtdienst is een dienst waarin meer dan 1 uur arbeid wordt verricht tussen 0.00 uur en 06.00 uur (art. 1:7 sub d Artw).

¹³² Art. 5:8 lid 1 Artw. Ten hoogste 5 keer in twee weken, en ten hoogste 22 keer in een jaar, mag een nachtdienst 12 uur bedragen.

¹³³ De maximale gemiddelde arbeid per week gaat bijvoorbeeld omlaag van 48 naar 40 zodra binnen 16 weken meer dan 16 maal een nachtdienst wordt verricht. Art. 5:8 lid 2 Artw. Hierop zijn weer variaties mogelijk, zie lid 3.

¹³⁴ Zie art. 5:8 lid 3, lid 4 en lid 5 Artw.

¹³⁵ Zie art. 5:8 lid 4, 8 en 9 Artw. Bij collectieve regeling kan van lid 8 worden afgeweken, maar lid 9 stelt dwingendrechtelijke grenzen.

¹³⁶ Art. 5:6 Artw. Bij collectieve regeling kan worden overeengekomen dat het maximumaantal keer per 52 weken hoger is.

¹³⁷ De werknemer is degene die krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten van arbeid (art. 1:1 lid 1 sub b jo. sub a Artw), en daarnaast degene die onder gezag van een ander arbeid verricht (art. 1:1 lid 2 sub b jo. sub a Artw).

uitsluiting van werknemers boven een bepaalde loongrens¹³⁸ en de uitsluiting van artsen.¹³⁹ Omdat de wettelijke bescherming van deze werknemers helemaal ontbreekt, zijn deze uitzonderingen in strijd met de Arbeidstijdenrichtlijn¹⁴⁰ en met het Europees Sociaal Handvest.¹⁴¹

Van belang is voorts dat afwijking van regels in de Artw geregeld mogelijk is bij 'collectieve regeling'. Hiermee wordt niet alleen bedoeld op een cao, maar ook op een regeling waaromtrent overeenstemming is bereikt met een medezeggenschapsorgaan, zoals een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging. Voor verplegend en verzorgend personeel van 18 jaar of ouder is bijvoorbeeld een uitzondering gemaakt op de dagelijkse rusttijd. Deze mag bij collectieve regeling worden teruggebracht tot 11 uur per 24 uur.¹⁴² Voor artsen in opleiding kunnen bij collectieve regeling de artikelen inzake maximale arbeidstijd, nachtdienst en consignatie (zie hierna) deels niet van toepassing worden verklaard.¹⁴³

Vervolgens gelden uitzonderingen op de standaardregels voor wachtdiensten. Er kunnen verschillende soorten wachtdiensten worden onderscheiden. Ten eerste de dienst waarbij de werknemer wacht op de werkplek. Deze wordt in de wet aangeduid als aanwezigheidsdienst. Ten tweede de dienst waarbij de werknemer buiten de werkplek mag wachten. Deze duiden wij in dit stuk gezamenlijk aan als beschikbaarheidsdienst. In de wet worden dergelijke diensten onderscheiden in consignatie- en bereikbaarheidsdiensten.

Voor wachten op de werkplek (aanwezigheidsdiensten) gold blijkens de parlementaire geschiedenis van de Artw 1996 dat de wachttijd zelf ook als arbeid werd aangemerkt.¹⁴⁴ Dit uitgangspunt werd echter in de loop der tijd verlaten omdat dit niet paste bij de bedrijfsvoering van ziekenhuizen.¹⁴⁵ In artikel 1:3 ATB (Arbeidstijdenbesluit) werd een fictie opgenomen waarbij het louter aanwezig zijn op de arbeidsplaats niet als arbeidstijd, maar als rusttijd werd aangemerkt. Deze definitie van arbeidstijd moest echter worden aangepast als gevolg van arresten van het Hof van Justitie EU.¹⁴⁶ Volgens het Hof moet de aanwezigheidsdienst wel als arbeidstijd worden aangemerkt, mede omdat de werknemer, ook al kan hij of zij rusten, in die periode gescheiden is van het gezin en sociale leven. De aangehaalde arresten hadden ingrijpende gevolgen voor onder andere de

¹³⁸ De grens ligt op driemaal het wettelijk minimumloon (zie art. 2.1.1 lid 1 en lid 3 ATB). Per 1 januari 2020 is de loongrens 64.350 euro. De uitsluiting geldt niet voor onder anderen werknemers die in nachtdienst werken of die arbeid verrichten waaraan of in rechtstreeks verband waarmee ernstige gevaren voor de veiligheid of de gezondheid van personen zijn verbonden (lid 2).

¹³⁹ Art. 2.1.2 lid 3 ATB regelt dat de artikelen 4:2 (tijdige aankondiging roosters, zie hierna), 4:3 (registratie arbeidstijden) en de hoofdstukken 5 (arbeids- en rusttijden) en 6 (medezeggenschapsaspecten) van de Artw en de daarop berustende bepalingen niet van toepassing zijn op arbeid verricht door de werknemer van 18 jaar of ouder, die werkzaam is als medisch specialist, huisarts, verpleeghuisarts of sociaal geneeskundige dan wel als tandheelkundig specialist.

¹⁴⁰ Vgl. European Commission, *Report on the implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organization of working time*, COM (2017)254 final, p. 10: (verwijzend naar o.a. art. 2.1.1 ATB).

¹⁴¹ Art. 2 lid 1 ESH. European Committee of Social Rights, *Conclusions 2010 (Netherlands)*; *Conclusions 2014 (Netherlands)*; *Conclusions 2018 (Netherlands)*.

¹⁴² Artikel 5.19:2 lid 3 ATB.

¹⁴³ Artikel 5.20:2 ATB. De artikelen 5:7, tweede lid, onder b, 5:8, tweede lid, en 5:9, vijfde en zesde lid, van de wet zijn niet van toepassing indien dit artikel wordt toegepast.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 1994/95*, 23 646, nr. 3, p. 68; 118. Zie ook reeds HR 26 oktober 1931, NJ 1932, p. 413.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 092, nr. 2, p. 5 en 8; *Kamerstukken II 2000/01*, 27 865, nr. 1, p. 9.

¹⁴⁶ HvJ EG 3 oktober 2000, C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528 (SIMAP), idem HvJ EG 3 juli 2001, C-241/99, ECLI:EU:C:2001:371

(CIG). HvJ EG 9 september 2003, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 (Jaeger) in het bijzonder r.o. 65. Vgl. ook HvJ EG 1 december 2005, C-14/04, ECLI:EU:C:2005:728 (Dellas).

intramurale gezondheidszorg.¹⁴⁷ In de na deze arresten herziene Europese Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88 is het begrip 'arbeidstijd' niet aangepast, maar de richtlijn biedt wel ruime mogelijkheden aan lidstaten om uitzonderingen te maken op standaardnormen. Zo kunnen wettelijke uitzonderingen worden gemaakt voor de gezondheidszorg.¹⁴⁸ Dit kan voor alle sectoren bij collectieve regeling.¹⁴⁹ Met de zogeheten opt-outregeling van art. 22 kan de maximale wekelijkse arbeidstijd van 48 uur bovendien met instemming van de individuele werknemer worden verruimd. Ook aan de uitzonderingsmogelijkheden worden in het Europese recht beperkingen gesteld. De betrokken werknemers moeten gelijkwaardige compenserende rusttijden worden geboden bij zowel aanwezigheidsdiensten als beschikbaarheidsdiensten.¹⁵⁰ Volgens het Hof moet de instemming met de opt-out van de individuele werknemer gevraagd worden en kan die niet worden afgeleid uit de toepasselijkheid van een cao.¹⁵¹

De besproken arresten leidden in Nederland tot aanpassing van het Arbeidstijdenbesluit (ATB) in 2005.¹⁵² Het ATB maakt nog steeds lange aanwezigheidsdiensten mogelijk.¹⁵³ De verplichting aanwezigheidsdiensten te verrichten moet wel worden overeengekomen in een collectieve regeling. Een aanwezigheidsdienst mag maximaal 24 uur duren. De pauzeregeling en de regeling voor zondagsarbeid zijn onverkort van toepassing op een aanwezigheidsdienst, maar de andere voorschriften, waaronder die voor nachtdiensten, zijn niet van toepassing. De minimale rusttijd is 90 uur per week, hetgeen de maximale arbeidstijd op 78 uur per week brengt. Wel staat de dagelijkse rusttijd op 11 uur voor en 11 uur na de dienst. De gemiddelde arbeid per week mag maximaal 48 uur per 26 weken bedragen. Een aanwezigheidsdienst mag gemiddeld 2 keer per week worden opgelegd, waarbij het gemiddelde wordt berekend over een halfjaar. Het 'weekend' is beperkt tot minimaal 24 uur rust. Om de beschikbaarheid van de werknemer nog meer te vergroten, voorziet de wet ten slotte in de zogeheten 'maatwerkregeling'.¹⁵⁴ De regeling houdt in dat de arbeidstijd van werknemers die aanwezigheidsdiensten verrichten in elke periode van 26 achtereenvolgende weken ten hoogste gemiddeld 60 uren per week (in plaats van 48 uur) mag bedragen, mits de individuele werknemer daarmee uitdrukkelijk instemt. Indien de werknemer niet instemt met de maatwerkregeling mag de werknemer hiervan geen enkel nadeel ondervinden.¹⁵⁵

¹⁴⁷ Men schatte in Nederland dat 10.000 extra werknemers in de zorg nodig waren (vgl. COM (2003)843 def. p. 20).

¹⁴⁸ Art. 17 lid 3 sub c onder i) Richtlijn 2003/88. Afwijking is mogelijk voor de bepalingen inzake dagelijkse rusttijd, pauze, wekelijkse rusttijd, nachtarbeid en referentieperioden. Geen afwijking is mogelijk van de wekelijkse arbeidstijd van 48 uur. Speciaal voor artsen in opleiding is een overgangsregime in het leven geroepen in art. 17 lid 5 Richtlijn 2003/88 gedurende vijf jaar na 2004. De lidstaten dienden ervoor te zorgen dat de wekelijkse arbeidstijd in geen geval meer bedraagt dan gemiddeld 58 uur gedurende de eerste drie jaar van de overgangsperiode, gemiddeld 56 uur voor de volgende twee jaar en gemiddeld 52 uur voor de resterende periode. Zie voor de Nederlandse overgangsregeling art. 5.20:3 ATB.

¹⁴⁹ Art. 18 Richtlijn 2003/88.

¹⁵⁰ Art. 17 en art. 18 Richtlijn 2003/88; HvJ EG, 9 september 2003, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 (Landeshauptstadt Kiel vs Norbert Jaeger), par. 94; HvJ EU 14 oktober 2010, Union syndicale Solidaires Isère, C 428/09, EU:C:2010:612, par. 50.

¹⁵¹ HvJ EU 3 oktober 2000, Simap, C 303/98, EU:C:2000:528, punt 74; HvJ EU 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 tot C-403/01, Pfeiffer e.a., ECLI:EU:C:2004:584, punt 80 en 85.

¹⁵² Besluit van 22 november 2005, Stb. 605. De gekozen regeling was volgens rechters en de Europese Commissie aanvankelijk niet in overeenstemming met de richtlijn. Besluit van 10 oktober 2007, Stb. 2007, nr. 396; Ktr. Nijmegen, 2 oktober 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY9237, bevestigd in Gerechtshof Arnhem 16 januari 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:AZ6434. De aanpassing betrof de regel dat een inkorting van de rusttijd tussen twee diensten tot minder dan 11 uren uitsluitend is toegestaan in uitzonderlijke gevallen, indien dat objectief gerechtvaardigd is, welke regel in de eerste versie van het besluit niet werd gerespecteerd. A.H. van Hoek, 'In het gevolg van Jaeger – de saga van de arbeidstijdenrichtlijn', *NtEr*, 2006/11.

¹⁵³ Zie art. 5:12 Artw jo. art. 1:1 ATB. Voorwaarde voor het buiten toepassing laten van bijna de gehele reguliere arbeidstijdenbescherming is volgens art. 4:8:1 lid 1 ATB dat de aard van de arbeid het noodzakelijk maakt dat de arbeid regelmatig of voor een aanzienlijk deel in een aanwezigheidsdienst wordt verricht en dit door het op een andere wijze organiseren van de arbeid redelijkerwijs niet is te voorkomen.

¹⁵⁴ Art. 4.8:2 ATB. Dit is de 'opt-out' van art. 22 Richtlijn 2003/88.

¹⁵⁵ Stb. 2005, 605.

Naast de mogelijkheid van aanwezigheidsdiensten, kunnen organisaties gebruikmaken van beschikbaarheidsdiensten. Er zijn als vermeld twee soorten beschikbaarheidsdiensten: consignatiediensten en, uitsluitend voor bepaalde zorgberoepen, bereikbaarheidsdiensten. Beide bestaan uit wachtdiensten waarbij de werknemer de oproep niet op de werkplek afwacht maar elders kan verblijven. In de Artw worden de inactieve uren van een dergelijke dienst niet als arbeidstijd beschouwd.¹⁵⁶

Onder consignatie wordt verstaan een periode tussen twee elkaar opvolgende diensten of tijdens pauze waarbinnen de werknemer uitsluitend verplicht is bereikbaar te zijn, om in geval van onvoorziene omstandigheden op oproep zo spoedig mogelijk de bedongen arbeid te verrichten.¹⁵⁷ Deze dienst kan volgens deze definitie dus samenvallen met de pauze, verplichte rusttijd of het weekend van de werknemer.¹⁵⁸ De pauzeregels en de regels voor zondagsarbeid gelden onverkort. De arbeid verricht tijdens de consignatie blijft echter buiten beschouwing bij de toepassing van de standaardregels voor dagelijkse rusttijd, wekelijkse rusttijd en nachtdiensten. Er zijn geen regels die de maximale of gemiddelde duur van de consignatiedienst bepalen.¹⁵⁹ Wel mag de werknemer die een consignatiedienst wordt opgelegd maximaal 13 uur per 24 uur arbeid verrichten. In een periode van 4 weken mag de werknemer minstens twee maal 48 uur achter elkaar geen arbeid noch consignatiedienst worden opgelegd. De 11 uren voor en de 14 uren na een nachtdienst mag geen consignatie worden opgelegd. De Artw bevat voorts regels voor het terugbrengen van de gemiddelde arbeidstijd per week als frequent 's nachts consignatie is opgelegd.¹⁶⁰

Het Arbeidstijdenbesluit regelt daarnaast de bereikbaarheidsdienst uitsluitend voor enkele medische beroepen.¹⁶¹ De mogelijkheid een bereikbaarheidsdienst op te leggen kan alleen bij collectieve regeling worden overeengekomen. Dit verschilt dus van de consignatie, waarbij deze eis niet geldt. Een bereikbaarheidsdienst is een aaneengesloten periode van ten hoogste 24 uren waarin de werknemer verplicht is om bereikbaar te zijn om op oproep zo spoedig mogelijk de bedongen arbeid te verrichten.¹⁶² Per medisch beroep verschillen de normen voor de frequentie van de bereikbaarheidsdienst. Zo moet voor verplegenden en verzorgenden de arbeid zodanig worden georganiseerd dat een werknemer ten hoogste 3 maal in elke aaneengesloten periode van 7 maal 24 uren en 32 maal in elke periode van 16 aaneengesloten weken een bereikbaarheidsdienst wordt opgelegd. De normen voor consignatie zijn grotendeels van toepassing op deze diensten.¹⁶³

¹⁵⁶ Zie bijv. art. 5:9 lid 7 Artw. De arbeid die verricht wordt bij een oproep tijdens de consignatie geldt als arbeid in de zin van de Artw, vanaf het begin van de oproep tot aan het einde van de arbeid, dus met inbegrip van de aanrijtijd.

¹⁵⁷ Art. 1:7 sub g Artw. Een voorbeeld van een consignatiedienst in de parlementaire geschiedenis is een onderhoudsmonteur die een machine moet repareren. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 646, nr. 3, p. 118.

¹⁵⁸ Art. 5:9 lid 8 en 9 Artw. Volgens de wetgever regelen de andere leden van dit artikel direct of indirect compensatie voor oproepen die de wettelijk voorgeschreven dagelijkse of wekelijkse rusttijd onderbreken. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 532, nr. 3, p. 32.

¹⁵⁹ Art. 5:9 lid 1 Artw

¹⁶⁰ Art. 5:9 lid 5 en 6 Artw.

¹⁶¹ Het betreft verpleging en verzorging (artikel 5.19:1 en 3 ATB); artsen, tandartsen en intramurale verloskundigen (art. 5:20:1 en 4 ATB); extramurale verloskundigen (5: 21: 1 en 2 ATB); en ambulancezorg (art. 5:27:1 en 2 ATB).

¹⁶² Art. 1:1 Atb. Bij een bereikbaarheidsdienst is volgens de wetgever op voorhand duidelijk dat er een of meer oproepen zullen plaatsvinden. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 532, nr. 3, p. 19.

¹⁶³ De reden om te kiezen voor een bereikbaarheidsdienst bij cao in plaats van consignatie, zal voor de werkgever gelegen zijn in het uitsluiten van art. 5:9 lid 2 Artw, volgens welke in elk aaneengesloten periode van 28 maal 24 uren ten minste 14 maal een periode van 24 aaneengesloten uren geen consignatie wordt opgelegd en 2 maal een aaneengesloten periode van 48 uren geen arbeid wordt verricht noch consignatie wordt opgelegd.

De wet voorziet niet in compensatie van de onderbreking van de rusttijd als de werknemer tijdens een consignatie- of bereikbaarheidsdienst wordt opgeroepen. Dit is in strijd met de Europese Richtlijn.¹⁶⁴ Volgens recente rechtspraak moeten sommige wachtdiensten bovendien geheel als arbeidstijd worden beschouwd. Het Hof van Justitie EU heeft onlangs de tijd die een werknemer verplicht thuis doorbrengt terwijl hij tevens de verplichting heeft om bij een oproep binnen korte tijd op de werkplek te zijn, als arbeidstijd aangemerkt, omdat zijn mogelijkheid om andere activiteiten te ondernemen in die situatie zeer sterk wordt beperkt.¹⁶⁵ Dit geldt in het bijzonder voor wachtdiensten met een korte reactietijd en wachtdiensten waarin de kans dat men wordt opgeroepen relatief groot is. Dit zal voor veel consignatie- en bereikbaarheidsdiensten in de zorg betekenen dat deze geheel als arbeidstijd moeten worden aangemerkt. Deze uitspraken hebben (vooralsnog) niet geleid tot aanpassing van de wetgeving in Nederland.

Kort samengevat kent de Nederlandse wet standaardregels volgens welke onder andere nachtrust en het recht op wekelijkse aaneengesloten rust (het weekend) worden beschermd. In de zorg maakt de wet het echter mogelijk om hier op verregaande wijze van af te wijken als een dienst als aanwezigheidsdienst, consignatie of bereikbaarheidsdienst wordt aangemerkt. Met name de consignatie- en bereikbaarheidsdiensten kunnen in de praktijk veelvuldig worden onderbroken door de oproep om arbeid te verrichten zonder dat daar voldoende hersteltijd tegenover staat. Zorgmedewerkers dragen inderdaad het probleem van te weinig hersteltijd aan, zo zagen wij in hoofdstuk 2. Op een aantal punten is de Nederlandse wet in strijd met het Europese recht, juist vanwege het onvoldoende waarborgen van hersteltijd. Het oordeel van het Hof van Justitie dat inactieve uren van wachtdiensten niet als vrije tijd kunnen gelden als men niet vrij is om in die tijd andere verplichtingen op zich te nemen, is in Nederlands recht niet onderkend.

In dit hoofdstuk is aan de orde gekomen dat werkgevers in het algemeen veel ruimte hebben om variabele uren te roosteren zonder deze te hoeven vergoeden. Specifiek voor de zorg is deze ruimte door de wetgever bewust nog ruimer gemaakt. Er bestaan in het algemeen nauwelijks effectieve wettelijke regelingen voor werknemers om roosteronzekerheid terug te dringen. In diverse wetswijzigingen heeft de wetgever roosteronzekerheid in de zorg in de vorm van wachtdiensten bewust onaangeroerd gelaten.

¹⁶⁴ Art. 17 en art. 18 Richtlijn 2003/88; HvJ EG, 9 september 2003, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 (Landeshauptstadt Kiel vs Norbert Jaeger), par. 94; HvJ EU 14 oktober 2010, Union syndicale Solidaires Isère, C 428/09, EU:C:2010:612, par. 50.

¹⁶⁵ HvJ EU 21 februari 2018, C-518/1 (Matzak); HvJ EU 9 maart 2021, C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182 (Radiotelevizija Slovenija); HvJ EU 9 maart 2021, C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183 (RJ).

4 WERKTIJDEN IN ZORG-CAO'S

Mr. dr. Nuna Zekić¹⁶⁶

4.1 INLEIDING

Het onderwerp van dit hoofdstuk is een cao-analyse. Daarbij zal in paragraaf 4.2 aandacht worden besteed aan de vraag in hoeverre collectieve afspraken over arbeidstijden van toepassing kunnen zijn op zelfstandigen. In paragraaf 4.3 wordt verslag gedaan van een cao-analyse naar voor dit onderzoek relevante afspraken in geldende cao's.¹⁶⁷

4.2 ZELFSTANDIGEN IN CAO'S

Zoals we hebben gezien in paragraaf 3.3 kunnen cao-partijen afspraken maken over arbeidstijden in de zorg. Omdat individuele zorgverleners graag hun eigen afspraken willen maken, kiezen zij geregeld voor de status van zelfstandige, in de veronderstelling dat ze dan niet gebonden zijn aan de Artw, noch aan cao-afspraken of roostersystematiek van de zorginstellingen.¹⁶⁸ De vraag kan rijzen of cao-partijen deze groep zelfstandigen toch aan de cao-afspraken kunnen binden, zodat hun reden om voor de status als zelfstandige te kiezen komt te vervallen.

In beginsel gelden cao's alleen voor werknemers. De Wet CAO definieert de cao als een overeenkomst tussen werkgevers of werkgeversorganisaties aan de ene kant en werknemersorganisaties (vakbonden) aan de andere kant, waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen (art. 1 lid 1).¹⁶⁹ Het gaat bij cao's in beginsel dus om arbeidsvoorwaarden die bij de arbeidsovereenkomst in acht moeten worden genomen. In 2014 oordeelde het Hof van Justitie EU (HvJ) dat een vereniging die ook namens *zelfstandigen* onderhandelt niet optreedt als een vakbond en als sociale partner maar als ondernemersvereniging, en niet is uitgesloten van de werkingssfeer van art. 101 Verdrag voor de Werking van de Europese Unie (VWEU).¹⁷⁰ Art. 101 VWEU verbiedt ondernemingen om afspraken te maken die de mededinging binnen de interne markt kunnen vervalsen (verbod op kartelvorming). Vooral afspraken met betrekking tot de prijs of de verdeling van een markt worden als problematisch aangemerkt.¹⁷¹

Toch kunnen in cao's afspraken worden gemaakt voor een ruimere kring dan alleen werknemers. Daarvoor moet de werker een *schijnzelfstandige* zijn. Schijnzelfstandigen kunnen omschreven

¹⁶⁶ Universitair hoofddocent Arbeidsrecht, Departement Private, Business and Labour Law, Tilburg University.

¹⁶⁷ Het cao-onderzoek is afgerond op 1 december 2021.

¹⁶⁸ Uiteraard is dit niet de enige reden waarom men kiest om als zelfstandige te werken, maar voor ons doel wel een van de belangrijkste.

¹⁶⁹ Wet van 24 december 1927, houdende nadere regeling van de Collectieve Arbeidsovereenkomst, Stb. 415.

¹⁷⁰ HvJ 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kiem).

¹⁷¹ I. Graef & J. van den Boom, 'Platformwerkers en het mededingingsrecht: vloek of zegen voor de sociale bescherming?', in: M. Houwerzijl, S. Montebovi en N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming*, Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 136.

worden als dienstverleners die zich in een vergelijkbare positie bevinden als werknemers. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ kan een persoon die naar nationaal recht op fiscale, administratieve of bureaucratische gronden als zelfstandige is aangeworven, naar EU-recht toch de status van werknemer hebben als die persoon onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.¹⁷² Om vast te stellen of iemand een ondernemer of werknemer is, dient onderzocht te worden of deze persoon zich in een ondergeschiktheidsrelatie bevindt tijdens de duur van de contractuele verhouding en moet gekeken worden of hij in vergelijking met werknemers die hetzelfde werk verrichten, over meer zelfstandigheid en flexibiliteit beschikt voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken.¹⁷³

Dit blijft een grijs gebied. Er is op de Nederlandse markt een breed spectrum als het gaat om de mate van zelfstandigheid.¹⁷⁴ Hoe zit het met zzp'ers die misschien wel meer vrijheid dan werknemers genieten maar die zich toch in een asymmetrische machtspositie bevinden ten opzichte van hun opdrachtgever(s) en dus niet volledig zelfstandig zijn? Mededingingsexperts zeggen dat het 'zeer risicovol' is voor 'semizelfstandigen' om collectief afspraken te bedingen, omdat er 'een grote kans blijft bestaan dat dit leidt tot aansprakelijkheid onder artikel 101 VWEU'.¹⁷⁵ Het is daarnaast nog steeds onduidelijk wat nu precies mogelijk is om in de cao te bepalen ten aanzien van (semi)zelfstandigen.¹⁷⁶ Zo heeft het HvJ zich nog niet uitgesproken over cao-afspraken die niet de (minimum)beloning van zzp'ers regelen, maar hen wel raken en mededingingsversturende gevolgen kunnen hebben. De vraag is bijvoorbeeld gesteld hoe het zit met cao-afspraken waarin staat dat de werkgever voor bepaalde werkzaamheden geen zzp'ers mag inschakelen maar personeel in dienst moet nemen.¹⁷⁷ Is het mogelijk om in de cao op te nemen dat de bedingen over roosters en onregelmatige diensten ook gelden voor (schijn)zelfstandigen? Dit zijn vragen op het snijvlak van het arbeids- en mededingingsrecht die nog niet zijn uitgekristalliseerd.

We zien echter wel dat de mate van vrijheid om zelf de arbeidstijden te bepalen een van de belangrijke factoren is om vast te stellen of we te maken hebben met echte zelfstandigen die voor het mededingingsrecht als ondernemingen kwalificeren. In het FNV Kiem-arrest werd voor de vraag of sprake is van een schijnzelfstandige *onder andere* verwezen naar de mate van vrijheid om als werkende het eigen tijdschema te bepalen. Meer recent kwam dit terug in het Yodel-arrest waarin de vraag aan de orde was of een werkende als werknemer in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn kwalificeert.¹⁷⁸ Het HvJ oordeelde dat voor de doeleinden van de Arbeidstijdenrichtlijn *niet* als werknemer wordt aangemerkt een persoon die de vrijheid heeft om onder andere: het werk al dan niet te aanvaarden of eenzijdig te bepalen hoeveel hij werkt en binnen bepaalde parameters

¹⁷² HvJ 13 januari 2014, C-256/01, EU:C:2004:18 (Allonby); HvJ 14 december 1989, C-3/87, EU:C:1989:650 (Aegate); HvJ 16 september 1999, C-22/98, EU:C:1999:419 (Becu).

¹⁷³ FNV Kiem, r.o. 37.

¹⁷⁴ Graef en Van den Boom merken dit op ten aanzien van platformwerkers, Graef & Van den Boom 2021, p. 139, maar hetzelfde kan worden gezegd over zzp'ers in Nederland in het algemeen en over zzp'ers in de zorg in het bijzonder.

¹⁷⁵ Graef & Van den Boom 2021, p. 139.

¹⁷⁶ A. Stege, 'De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp'ers', *ArbeidsRecht*, 2016/44.

¹⁷⁷ Stege is van mening dat een verbod op het inschakelen van zelfstandigen onder omstandigheden niet te verstrekkend is om in sectoren, waar de werkgelegenheid op basis van arbeidsovereenkomsten wordt bedreigd, een verdere afname van die werkgelegenheid te voorkomen. Zie Stege *ArbeidsRecht* 2016/44.

¹⁷⁸ HvJ 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (Yodel).

zijn eigen werktijden te bepalen.¹⁷⁹ Juist als de werkende vrijheid heeft bedongen op het gebied van werktijden, kan dit volgens het HvJ dus een aanwijzing zijn dat de persoon een 'echte' zelfstandige is. Vrijheid om de werktijden te bepalen kan echter ook samengaan met een arbeidsovereenkomst. Dit is dus slechts één van de factoren waarnaar gekeken dient te worden. Desalniettemin blijft het een van de belangrijke factoren waarnaar gekeken wordt om te bepalen of iemand een echte zelfstandige is.

Volgens deze lijn in de rechtspraak kan de cao dus maar beperkt gebruikt worden om zelfstandige zorgverleners toch te verplichten mee te draaien in de roostersystematiek van de werknemers.

4.3 AFSPRAKEN IN GELDENDE CAO'S

In deze paragraaf staan de volgende onderzoeksvragen centraal:

- Bevatten de relevante cao's voor zorgprofessionals bepalingen over het soort contract waarmee dient te worden gewerkt?
- Zijn er bepalingen over arbeidstijden en arbeidstijdpatronen voor (flexibele) werknemers in de zorg?
- Zijn er cao's die regels over arbeidstijd(patronen) bevatten voor (schijn)zelfstandigen in de zorg?

Eerst komen aan bod de mate waarin en de manier waarop de onderzochte cao's regelen welke soort contracten gebruikt mogen of moeten worden in de zorg (zie de eerste van de drie bovenstaande vragen). Daarna wordt verslag gedaan van de gevonden cao-bepalingen over arbeidstijden en arbeidstijdpatronen (zie de laatste twee vragen).

De volgende cao's zijn onderzocht:¹⁸⁰

- cao Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg (hierna: cao VVT; looptijd van 1 juli 2019 tot en met 31 augustus 2021)¹⁸¹
- cao Gehandicaptenzorg (looptijd van 1 april 2019 tot en met 30 september 2021)
- cao Ziekenhuizen (looptijd van 1 april 2019 tot 1 juli 2021)
- cao Universitair Medische Centra (hierna: cao UMC; looptijd van 1 januari 2018 tot 1 januari 2021)¹⁸²
- cao GGZ (looptijd 1 juni 2019 tot 1 december 2021)

¹⁷⁹ Er zijn dus ook andere factoren waarnaar gekeken dient te worden.

¹⁸⁰ Dikwijls wordt de looptijd van de cao met nog een jaar verlengd als er nog geen nieuwe cao is overeengekomen. Daarnaast is het zo dat de leer van *nawerking* van normatieve cao-bepalingen algemeen geaccepteerd is, zie W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *C.A.O.-recht: Schets van het recht met betrekking tot c.a.o.'s, verbindend verklaren van bepalingen ervan en aanverwante regelingen*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 106 e.v. Dat betekent, kort gezegd, dat de arbeidsvoorwaarden in de individuele arbeidsovereenkomst die door een cao zijn gemodelleerd na afloop van die cao inhoudelijk in stand blijven.

¹⁸¹ Deze cao is in augustus 2021 verlengd tot en met 31 december 2021.

¹⁸² In november 2021 is een akkoord bereikt over een nieuwe UMC-cao. De tekst van het cao-akkoord 2022-2023 is voor dit onderzoek ook bestudeerd. Het zwaartepunt ligt echter op de cao 2018-2021, aangezien het cao-akkoord 2022-2023 ten tijde van het onderzoek nog niet was omgezet naar volledige cao-teksten.

4.3.1 DE SOORTEN (ARBEIDS)CONTRACTEN VOLGENS DE ZORG-CAO'S

Werknemers en zelfstandigen

Geen van de onderzochte cao's bevat bepalingen die specifiek over zzp'ers of andere zelfstandigen gaan of voor hen zouden moeten gelden. Werkgevers die onder de cao VVT vallen moeten wel met de ondernemingsraad overleggen over de inzet van externen (waarmee eigenlijk met name uitzendkrachten worden bedoeld) en 'de mogelijkheid tot verlagen ervan'.¹⁸³ In deze cao zijn ook interessante bepalingen te vinden over – zoals het in de cao wordt genoemd – het *ondernemend werknemerschap*. Hiermee geven de cao-partijen de werkgever en de werknemer de mogelijkheid om ontheffing te krijgen van de toepassing van bepaalde delen van de cao waardoor meer vrijheid ontstaat voor de individuele partijen om eigen afspraken te maken. Dat wordt als volgt beschreven: 'Ondernemend werknemerschap combineert de vrijheden van het ondernemerschap met de basiszekerheden van het werknemerschap, waarbij op werkinhoud en organisatie van het werk grote autonomie bestaan.'¹⁸⁴ Het lijkt erop dat de cao-partijen een alternatief hebben willen bieden voor het werken als zelfstandige. Bij deze constructie wordt er gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst en de bijbehorende wettelijke bescherming. Daarnaast gelden sommige delen van de cao onverkort (zoals pensioenopbouw), maar kan van andere delen ontheffing worden gevraagd.¹⁸⁵ Ontheffing is onder andere mogelijk voor het hoofdstuk 'Beloning': 'Bedragen worden in afwijking van de cao gekapitaliseerd per maand/vier weken uitbetaald in de vorm van een tarief.' Ook voor de hoofdstukken 'Arbeidsduur' en 'Werktijden' is ontheffing mogelijk.¹⁸⁶ Het enige wat dan geldt tussen de werkgever en de werknemer zijn de wettelijke grenzen van de Arbeidstijdenwet en het Arbeidstijdenbesluit. Ook de cao Gehandicaptenzorg biedt de mogelijkheid ontheffing van delen van de cao te verkrijgen, maar dit lijkt meer in de experimentele sfeer te liggen (art. 1.2 cao Gehandicaptenzorg).

Contracten voor onbepaalde tijd zouden de norm moeten zijn

In alle cao's staat dat het sluiten van contracten voor onbepaalde tijd de voorkeur heeft. Cao-partijen bij de cao VVT spreken zich uit dat aan het einde van de looptijd van de cao 90% van de in dienst zijnde werknemers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou moeten hebben.¹⁸⁷ Ook in de andere cao's is bepaald dat de arbeidsovereenkomst 'als regel' voor onbepaalde tijd wordt aangegaan, maar uitzonderingen blijven mogelijk. De cao Ziekenhuizen bepaalt dat bij goed functioneren van de werknemer de overeenkomst voor bepaalde tijd opgevolgd wordt door een overeenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁸⁸ Dit kan worden gezien als de verkorting van de ketenregeling (art. 7:668a BW), maar dat is niet op die manier geëxpliciteerd.

Oproepcontracten

Opvallend is dat alle cao's aandacht besteden aan oproepcontracten/nulurencontracten, maar dat in de cao VVT bepalingen over nulurencontracten en min-maxcontracten per 1 januari 2020 zijn vervallen. Beleid daarover is nu verschoven naar de ondernemingsraad.¹⁸⁹ De cao GGZ

¹⁸³ Art. 4.2 cao VVT.

¹⁸⁴ Art. 1.2. lid 4 cao VVT.

¹⁸⁵ <https://leden.actiz.nl/stream/cao-ontheffing-bij-ow>.

¹⁸⁶ Cao VVT heeft een standaardkarakter, wat betekent dat afwijking van de cao-bepalingen in principe niet mogelijk is – ook niet in het voordeel van de werknemer – tenzij in een bepaling anders is aangegeven.

¹⁸⁷ Art. 3a cao VVT.

¹⁸⁸ Art. 3.1.2, lid 2 cao Ziekenhuizen.

¹⁸⁹ Zie o.m. 4.2 lid 1 sub e en 4.6 cao VVT.

bepaalt dat er in principe geen gebruikgemaakt wordt van nulurencontracten.¹⁹⁰ De cao Gehandicaptenzorg bevat een bepaling waarin staat dat het gebruik van nulurencontracten 'maximaal' wordt teruggedrongen.¹⁹¹ Verder staat er: 'Op verzoek van de werknemer wordt zijn nulurencontract voor onbepaalde tijd omgezet in een contract met vaste uren, tenzij het bedrijfseconomisch belang dit in de weg staat.' Dit is een 'vastklikmoment' dat eerder in dit rapport aan bod is gekomen (par. 3.2). Het impliceert een betere uitgangspositie voor de oproepwerknemer dan wat op grond van de wet volgt, maar daarvoor moet de werknemer met een nulurencontract blijkbaar wel een contract voor onbepaalde tijd hebben. Ook is er een 'tenzij-clausule' die in de wet juist niet voorkomt.

De cao UMC sluit het gebruik van min-max-arbeidsovereenkomsten uit,¹⁹² maar ze bevat tamelijk onduidelijke bepalingen over nulurencontracten. Volgens deze cao mogen nulurencontracten alleen worden aangegaan voor 'de opvang van onvoorziene en ongeplande activiteiten' of de opvang van 'onvoorziene en ongeplande uitval van personeel'.¹⁹³ Hoelang vervolgens een dergelijk contract kan duren, wordt echter niet aangegeven. Op grond van het BW bestaat in elk geval de verplichting om na 12 maanden een contract met een vast aantal uren aan te bieden, zoals in hoofdstuk 3 van dit rapport is vermeld. De cao-bepaling vervolgt echter met de mededeling dat ook in andere gevallen nulurencontracten gesloten kunnen worden en dat deze rechtsgeldig zijn. In dat geval kan de werknemer na 6 maanden een verzoek doen voor een contract met een vast aantal uren per week, een termijn die gunstiger is dan de wet, maar dit verzoek kan worden afgewezen wanneer een zwaarwegend bedrijfseconomisch belang zich daartegen verzet. In dit geval biedt het BW met het vastklikmoment na 12 maanden meer duidelijkheid. Ook is het voor de individuele werknemer (in ieder geval op basis van de cao-tekst) moeilijk te achterhalen of haar nulurencontract tot stand is gekomen vanwege onvoorziene uitval van personeel. Daarnaast is de minimale oproeptermijn voor nulurenwerknemers verkort van de wettelijke 4 dagen naar 24 uur, wat duidelijk minder gunstig is voor werknemers dan wat uit de wet volgt.

Vergelijkbaar met de hierboven genoemde bepalingen over nulurencontracten in de cao UMC is de bepaling in de cao Ziekenhuizen waarin staat dat oproepcontracten uitsluitend toegepast worden voor opvang van onvoorziene en ongeplande uitval van werknemers en ongeplande ziekenhuisactiviteiten.¹⁹⁴ Deze cao sluit echter de 'oproepmedewerker' (die incidenteel werkzaamheden verricht) uit van de toepassing van de cao.¹⁹⁵ Onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur is verboden (art. 7:648 BW), tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Het is de vraag of die objectieve rechtvaardiging bestaat, aangezien het om een categorische uitsluiting gaat. We weten niet wat de reden is dat deze medewerkers uitgesloten worden.

De cao UMC gaat niet zover dat ze alle oproepwerknemers uitsluit, maar ook deze cao bevat een opvallende bepaling: indien de werkgever een afzonderlijke regeling van toepassing verklaart, is

¹⁹⁰ Hoofdstuk 1, Art. 2 lid 5 cao GGZ. Uitzonderingen zijn echter mogelijk.

¹⁹¹ Art. 2.4 cao Gehandicaptenzorg.

¹⁹² Dit is een arbeidsovereenkomst die gekenmerkt wordt door een combinatie van een minimum met een maximum aantal uren per jaar en/of per week, zie art. 2.4.2.1 cao UMC.

¹⁹³ Art. 2.4.2.2. lid 1 cao UMC.

¹⁹⁴ Art. 3.2.9 cao Ziekenhuizen. De cao Ziekenhuizen bevat ook een 'flexpool'. De flexpool-medewerker vangt, in tegenstelling tot de oproepmedewerker, de planbare afwezigheid op een afdeling op, zie art. 6.8 cao Ziekenhuizen. De cao zondert flexpool-medewerkers echter niet uit in het kader van het gehanteerde werknemersbegrip, maar de flexpool-werknemers zijn wel uitgezonderd van de bepalingen omtrent verschoven en extra diensten.

¹⁹⁵ Art. 1.1.1.b, sub 3 cao Ziekenhuizen.

de cao UMC niet van toepassing op ‘medewerkers die op afroep, al dan niet regelmatig, korte tijd werken’ en ‘medewerkers die alleen tijdens de weekeinden werken’.¹⁹⁶ Ook hier zou er dus sprake kunnen zijn van discriminatie op grond van arbeidsduur.

4.3.2 DE ARBEIDSTIJDEN EN ARBEIDSTIJD PATRONEN VOLGENS DE ZORG-CAO’S

Arbeidstijden

Alle onderzochte cao’s bevatten uitgebreide bepalingen over werktijden. De vastgestelde werktijden (de roosters) moeten op tijd kenbaar worden gemaakt. De algemene norm uit de Artw is 28 dagen, maar daar kan bij cao van worden afgeweken. De onderzochte cao’s geven verschillende minimale tijden voor het kenbaar maken van de roosters.

| cao | Minimale termijn voor het bekendmaken van roosters | Bijzonderheden |
|-----------------------|--|--|
| cao VVT | 28 dagen | Afwijking mogelijk ‘in geval van bijzondere omstandigheden’. ¹⁹⁷ |
| cao Ziekenhuizen | 28 dagen | Indien dit niet mogelijk is, dan ten minste 28 dagen van tevoren meedelen op welke zondagen de werknemer geen arbeid hoeft te verrichten en op welke dag de wekelijkse rusttijd begint. ¹⁹⁸ |
| cao GGZ | 21 dagen | Het streven is 28 dagen van tevoren. ¹⁹⁹ |
| cao Gehandicaptenzorg | 21 dagen | |
| cao UMC | 10 dagen | |

Alle cao’s bevatten bepalingen over maximale arbeidstijden en minimale rusttijden. Cao Gehandicaptenzorg en cao GGZ bevatten tabellen waarin duidelijk is te zien wat volgens de wet geldt en op welke punten en op welke manier de cao afwijkt van de wet. In de andere drie cao’s is het minder duidelijk waar de cao afwijkt van de wettelijke normen. Zoals we hierboven hebben gezien is volgens art. 5:6 Artw de norm gemiddeld 48 uur in elke periode van 16 weken. Bij een aanwezigheidsdienst mag de gemiddelde arbeid per week maximaal 48 uur per 26 weken bedragen. Dat kan opgehoogd worden naar 60 uur, maar hiervoor moet de individuele werknemer instemming geven; die individuele instemming moet elke 26 weken weer worden gegeven (maatwerkregeling). Uit de cao’s is niet af te leiden dat die individuele instemming (steeds) gevraagd wordt. Zo schrijft de cao UMC dat de arbeidsduur van de academisch medisch specialisten inclusief arbeid verricht tijdens diensten ten hoogste 55 uur gemiddeld per week op jaarbasis bedraagt.²⁰⁰ Volgens

¹⁹⁶ Art. 1.10 lid 4 cao UMC.

¹⁹⁷ Art. 5.1 lid 4 cao VVT.

¹⁹⁸ Art. 6.7.2 cao Ziekenhuizen.

¹⁹⁹ Art. 3 lid 1 cao GGZ.

²⁰⁰ Art. 15.6 lid 4 cao UMC.

Nederlands recht zijn de normen helemaal niet van toepassing op specialisten (art. 2.1.2 lid 3 ATB), maar daar is geen basis voor in de Arbeidstijdenrichtlijn. Een dergelijke overschrijding is dus alleen mogelijk met individuele instemming van de werknemer (de opt-out) op grond van art. 22 Richtlijn.²⁰¹ Voor de arts-assistenten bepaalt de cao dat de inactieve uren doorgebracht in aanwezigheidsdienst niet meetellen voor de vaststelling van de volledige arbeidsduur van gemiddeld 46 uur per week.²⁰² Alle tijd in aanwezigheidsdienst telt echter als arbeidstijd, dus de arbeidstijd kan boven de 48 uur gemiddeld uit gaan komen. Er zijn derhalve vraagtekens te plaatsen wat betreft de toelaatbaarheid van deze bepalingen.

Alle cao's lijken te werken met de jaarurensystematiek, waarbij het totaal aantal te werken uren op jaarbasis wordt afgesproken maar het maandsalaris in principe gelijk blijft. Of dit voor alle arbeidsovereenkomsten geldt of dat de jaarurensystematiek slechts een 'variant' is waarvoor gekozen kan worden, is niet eenduidig uit deze cao's af te leiden. Samen met de bepalingen over de arbeids- en rusttijden en de onregelmatige diensten (zie hieronder) vormen deze bepalingen in ieder geval het kader voor de werktijdenregelingen en werkroosters. Alle cao's bepalen daarbij dat de werknemer recht heeft op ten minste 22 vrije weekenden vrij per jaar.²⁰³

Bij de cao's met een jaarurensystematiek wordt de indeling van de werktijden en het arbeidspatroon in overleg met de werknemer zelf bepaald waarbij de uren in principe worden ingeroosterd op (contractueel) overeengekomen dagen.²⁰⁴ Vaak wordt daarbij opgemerkt dat de spreiding van het aantal jaarlijkse werkuren niet voor onevenwichtige werkpatronen voor de individuele werknemer moeten zorgen.²⁰⁵ De werkgever is derhalve primair verantwoordelijk voor de werktijden van de werknemer, waarbij de werknemer inspraak heeft met betrekking tot het vormgeven van het arbeidstijdpatroon. De OR lijkt hier in principe geen grote rol in te spelen.

Dat is anders in de cao VVT, waar veel aandacht is voor zeggenschap van de werknemer over de werktijden.²⁰⁶ Hier is ook een grote rol weggelegd voor de OR. Zo stelt de OR in overleg met de werkgever het kader voor de werktijden vast volgens de cao VVT.²⁰⁷ Daartoe heeft de OR recht op allerlei soorten informatie over de bedrijfsvoering. In de bespreking over het kader met het medezeggenschapsorgaan moeten onder andere ook afspraken worden gemaakt over het aantal dagen dat werknemers bereikbaar en inzetbaar zijn mede in relatie tot de contractomvang. Het is vervolgens aan de (teams van) medewerkers om binnen deze kaders (en de kaders die de cao aangeeft)²⁰⁸ hun werktijden in te delen, wat neerkomt op zelfroostering en zelforganisatie. Dat vinden we terug in de bepaling met de titel 'decentrale vaststelling werktijden'; decentralisatie slaat dus niet alleen op afspraken die zijn gemaakt met het medezeggenschapsorgaan, maar ook op afspraken tussen de werknemers zelf door ze verantwoordelijk te maken voor de individuele roosters. Dit kan voor de werknemers positief zijn, omdat ze veel zeggenschap hebben om hun werktijden in te roosteren op een manier die hun het beste past. Zeggenschap over werktijden kan

²⁰¹ Wel mag de referentieperiode worden uitgebreid naar maximaal een halfjaar bij wet en maximaal een jaar bij collectieve regeling, zie art. 19 jo art. 17 jo art. 6 Arbeidstijdenrichtlijn.

²⁰² Art. 13.3 cao UMC.

²⁰³ Art. 5.3 VVT; art. 6:7 lid 1 Gehandicaptenzorg; art. 6.10 cao Ziekenhuizen; art. 6.3.1. cao UMC; art. 5 cao GGZ.

²⁰⁴ Alleen in de cao UMC staat dit niet.

²⁰⁵ Art. 2 lid 2, 3 en 4 cao GGZ.

²⁰⁶ Dit wordt de 'kanteling van werktijden' genoemd en is voor het eerst in de cao VVT 2014-2016 opgenomen, zie ook <http://www.kanteling.nu/>.

²⁰⁷ Art. 5.1A cao VVT.

²⁰⁸ Zo bevat de cao VVT bijvoorbeeld nog steeds bepalingen over maximale arbeidstijden per gewone en bijzondere dienst.

leiden tot een betere werk-privébalans. Tegelijkertijd kan het ook een nadeel zijn als alle verantwoordelijkheid bij de werknemers zelf ligt om elke keer met een rooster te komen waarbij steeds kwalitatief goede en betrouwbare zorg voor cliënten moet worden gerealiseerd. Het risico bestaat dat het team aangewezen is op zichzelf en de eventuele roosterproblemen die zich kunnen voordoen zelf moet oplossen. Als iemand ziek is bijvoorbeeld, moet het team dan zelf zorgen voor vervanging? Dat vraagt om veel overleg over en weer (misschien ook in eigen tijd), dus om veel communicatie tussen de collega's en veel solidariteit. Dat dat niet altijd goed gaat, is ook uit de cao af te leiden. Zo dienen afspraken met de OR te worden gemaakt over 'omgang met de verdeling van concurrerende wensen en behoeften van teamleden' en 'toetsing op een redelijke onderlinge verdeling van lusten en lasten rond de werktijden binnen het team/afdeling'.²⁰⁹ Er is een evaluatie uitgevoerd waaruit gemixte resultaten naar voren komen, maar die evaluatie is nu enkele jaren oud.²¹⁰ Een recent onderzoek dat in opdracht van FNV is uitgevoerd bevestigt het beeld dat zelf-roostering tot emotionele druk bij zorgmedewerkers kan leiden.²¹¹ Het UMC cao-akkoord 2022-2023 maakt bekend dat de nieuwe cao UMC het zelf-roosteren door teams als norm zal hanteren. Het zelf-roosteren lijkt dus meer gebruikt te gaan worden.

Werkdruk

In alle onderzochte cao's zijn bepalingen over werkdruk te vinden. Werkdruk is duidelijk een nieuw onderwerp voor collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. De bepalingen over werkdruk geven zelden concrete en individueel afdwingbare rechten. Zie bijvoorbeeld de cao Ziekenhuizen: 'De instellingen spannen zich in om bovenmatige werkdruk voor medewerkers te voorkomen.' Ze geven eerder uitdrukking aan intenties van de zijde van cao-partijen om over werkdruk te praten of ze willen een signaal doen uitgaan naar werkgevers en werknemers dat dit een belangrijk onderwerp is. Wel is te zien dat in sommige cao's getracht is hierover (concrete) verplichtingen en/of rechten te formuleren. Zo bepaalt de cao VVT in art. 8.14 dat de werkgever *verplicht* is om 'te sturen op een goede balans in de uitvoering van het werk als onderdeel van de integrale bedrijfsvoering'. Concreter is wellicht de bepaling in hetzelfde artikel waarin staat dat de werkgever verplicht is om werkdruksignalen te onderkennen, in kaart te brengen en bespreekbaar te maken. Hij moet onder andere rapporteren over werkdrukproblemen in de organisatie, met het medezeggenschapsorgaan en met werknemers prioriteiten bepalen over de aanpak van werkdruk, daaraan merkbare resultaten binnen een af te spreken periode verbinden en de voortgang van de aanpak van de werkdruk monitoren.

Recht op onbereikbaarheid

De cao voor de Gehandicaptenzorg kwam in het nieuws als een van de eerste cao's met een recht op onbereikbaarheid. Art. 6.6 lid 5 luidt: 'De werknemer heeft het recht om op een vrije dag onbereikbaar te zijn voor werk.' De cao VVT bevat een bepaling die geldt vanaf 1 januari 2020 waarin staat dat de werknemer het recht heeft om 'niet bereikbaar te zijn' tijdens de periode waarop de werknemer niet is ingeroosterd (art. 5.1 lid 1). De cao VVT lijkt verder te gaan, aangezien de cao Gehandicaptenzorg alleen op vrije dagen een recht op onbereikbaarheid biedt. In het UMC-cao-akkoord 2022-2023 is te lezen dat ook hier het recht op onbereikbaarheid wordt geïntroduceerd.

²⁰⁹ Art. 5.1A lid 5 sub f en g cao VVT.

²¹⁰ <http://www.kanteling.nu/wp-content/uploads/2018/11/De-Kanteling-eindrapportage-verkorte-versie.pdf>.

²¹¹ <https://www.fnv.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/zorg-welzijn/2021/09/alarmerende-fnv-zorg-welzijnsbarometer-sector-loop>.

De medewerker hoeft niet (langer) bereikbaar te zijn voor werk op een vrije dag. De werknemer is ook niet (langer) verplicht de communicatie van het werk actief te volgen.

Verschoven diensten

Alle cao's bevatten regelingen over verschoven diensten – diensten die verplaatst zijn naar een moment waarop de werknemer niet werkzaam zou zijn.²¹² De regels rondom verschoven diensten zijn echter verschillend, net als de vergoedingen waar de werknemer dan recht op heeft. De cao's schrijven voor dat een dienst alleen verschoven mag worden als het dienstbelang dit vereist, vanwege bijzondere omstandigheden met een incidenteel karakter en na overleg met de werknemer. Er dient dus voorafgaand overleg met de werknemer plaats te vinden, maar in principe is instemming van de werknemer niet vereist om wijzigingen in het rooster aan te brengen. Hieronder worden de verschillende regelingen hierover schematisch weergegeven met daarbij de vergoedingen waar de werknemer recht op heeft.

| cao | Overleg met werknemer nodig? | Vergoedingen ²¹³ |
|----------------------------------|---|--|
| UMC ²¹⁴ | Ja. Indien geen overeenstemming is bereikt, verschuiving alleen mogelijk na schriftelijke onderbouwing werkgever. | een extra vaste vergoeding van 90 euro bruto indien de verschuiving binnen 24 uur plaatsvindt ²¹⁵ |
| VVT ²¹⁶ | Ja. | overwerktoeslag alleen bij verschuivingen binnen 24 uur |
| GGZ ²¹⁷ | Ja. | altijd een overwerktoeslag bij verschoven dienst |
| Gehandicaptenzorg ²¹⁸ | Ja. | overwerktoeslag alleen bij verschuivingen binnen 48 uur |
| Ziekenhuizen ²¹⁹ | Nee. | altijd een overwerktoeslag bij verschoven dienst |

Overwerk

De mate waarin overwerk²²⁰ verricht kan worden kan van grote invloed zijn op de bedrijfsvoering. Voor de werkgelegenheid geldt: hoe meer overwerk in een bedrijf verricht wordt, des te minder arbeidsplaatsen gecreëerd worden. Wanneer overwerk uitgesloten of beperkt wordt, zal de werkgever immers eerder nieuw personeel moeten aannemen of bestaande contracten moeten

²¹² Een verschuiving van een dienst kan worden gekwalificeerd als het intrekken van een oproep. Daarover zijn in de wet nieuwe bepalingen opgenomen (art. 7:628a lid 2-4 BW). Die nieuwe regels lijken echter niet van toepassing te zijn, omdat de medewerkers een jaarenorm hebben. Wel geldt nog art. 4:1 en 4:2 Artw waarin staat dat rekening moet worden gehouden met persoonlijke omstandigheden en dat werktijden tijdig meegedeeld moeten worden.

²¹³ De werknemer kan ook recht hebben op een schadevergoeding als er uitgaven zijn gedaan voor vrijetijdsbesteding. Dit recht op schadeloosstelling voor reeds gedane uitgaven vinden we ook in andere cao's terug.

²¹⁴ Art. 4.7.7 en 6.3.1 cao UMC. De werkgever dient aan de OR te rapporteren over de verschuivingen in het rooster waarbij geen overeenstemming met de werknemer was bereikt.

²¹⁵ Het cao-akkoord 2022-2023 breidt het recht op vergoeding uit naar situaties waarbij het rooster binnen 72 uur wordt gewijzigd.

²¹⁶ Art. 5.15 cao VVT.

²¹⁷ Art. 6 GGZ.

²¹⁸ Art. 6.8 cao Gehandicaptenzorg; art. 6 GGZ.

²¹⁹ Art. 6.13 cao Ziekenhuizen.

²²⁰ Van overwerk is meestal sprake indien de werkgever de medewerker opdraagt werkzaamheden te verrichten op tijden waarmee de voor haar geldende werktijd wordt overschreden.

uitbreiden. Over overwerk is, zoals besproken in hoofdstuk 3, wettelijk nagenoeg niets geregeld, behalve de algemene grenzen van de arbeidstijden in de Arbeidstijdenwet. De maximale arbeidsduur die de Arbeidstijdenwet geeft, is inclusief eventueel overwerk.²²¹ Daarom is de cao hierin heel belangrijk.

De cao VVT bepaalt dat het aantal uren overwerk niet meer mag zijn dan 10% boven de overeengekomen arbeidsduur gemeten over een periode van 4 maanden. Als dit percentage overschreden wordt moet de werkgever (op verzoek van de werknemer) overgaan tot het verlenen van assistentie of het stellen van een vacature (art. 5.16 en 5.18).²²² Een vergelijkbare bepaling bevat de cao Gehandicaptenzorg (art. 7:6) en de cao Ziekenhuizen (art. 8.3).

Onregelmatige diensten

Onder onregelmatige diensten verstaan we hier nacht-, aanwezigheids-, bereikbaarheids- en consignatiediensten. Voor alle cao's geldt dat de werkgever de werknemer kan opdragen deze diensten te verrichten. Uit de cao's is niet af te leiden of de onregelmatige diensten in het rooster worden opgenomen. Meestal worden oudere werknemers en werknemers die zwanger zijn vrijgesteld van het verrichten van nachtdiensten en soms ook van bereikbaarheids-, aanwezigheids- of consignatiediensten (tussen 23.00 en 07.00), tenzij ze daar geen bezwaar tegen hebben. Voor de cao VVT geldt dat voor werknemers van 55 jaar en ouder (art. 5.1 lid 5). In de andere cao's geldt dat voor werknemers van 57 jaar en ouder. De cao VVT is op dit punt dus iets gunstiger voor werknemers.

De Artw bevat vrij gedetailleerde normen voor wat betreft nachtwerk. Over het algemeen bevatten de onderzochte cao's net iets striktere normen dan die uit de wet voortvloeien. De cao UMC is hier een uitzondering, aangezien deze cao geen bepalingen bevat betreffende de consignatiediensten, noch gaat de cao verder in op de voorwaarden van het verrichten van avond- en nachtdiensten.²²³ We concentreren ons hier op de aanwezigheids-, bereikbaarheids- en consignatiediensten. Aangezien voor elke cao andersoortige regelingen gelden, behandelen we de cao's op dit onderwerp apart.

Onregelmatige diensten: cao VVT²²⁴

Wat betreft aanwezigheids-, bereikbaarheids- en consignatiediensten maakt de cao VVT onderscheid tussen Verpleeg- en Verzorgingshuizen enerzijds en Thuiszorgorganisaties anderzijds. Volgens de cao VVT ontvangt de werknemer die werkt in een Verpleeg- of Verzorgingshuis compensatie in *vrije tijd* voor de inactieve uren doorgebracht in een van deze diensten, tenzij het salaris meer bedraagt dan de grens die in de cao is aangegeven. Wat betreft aanwezigheidsdiensten wordt in de cao VVT onderscheid gemaakt tussen dag- en nachtaanwezigheidsdiensten, waarbij voor nachtdiensten een hogere compensatie geldt. De compensatie in vrije tijd is een gedeelte van een uur voor elk uur doorgebracht in één van deze diensten. Voor een nachtaanwezigheidsdienst (00.00-06.00) is de compensatie in vrije tijd bijvoorbeeld 3/18 uur per elk uur. Voor een uur

²²¹ Het onderscheid tussen de 'normale' maximale arbeidstijd en de maximale arbeidstijd inclusief overwerk is bij de wetwijziging in 2007 van de Arbeidstijdenwet komen te vervallen.

²²² Het ook zou kunnen leiden tot aanpassing van de arbeidsomvang van de werknemer ('vastklikken'), maar daar is hier blijkbaar niet voor gekozen.

²²³ Het UMC-cao-akkoord 2022-2023 regelt hier wel iets over. Zie hieronder.

²²⁴ Art. 5.5 t/m 5.21 cao VVT.

bereikbaarheids- of consignatiedienst is dat 1/18 uur vrije tijd. Voor diensten tijdens weekenden en feestdagen is de compensatie hoger. Doordat deze cao's voorzien in een vergoeding in vrije tijd, kwalificeren de arbeidsovereenkomsten met jaarurennorm die onder de werkingssfeer van deze cao's vallen niet als oproepovereenkomst in de zin van artikel 7:628a lid 9 BW.

De cao VVT kent ook slaapdiensten. Een aanwezigheidsdienst kan ook als slaapdienst vorm worden gegeven. In een slaapdienst slaapt de werknemer – buiten de vastgestelde werktijd – tussen 23.00 en 07.00 uur in de directe omgeving van cliënten en biedt zij direct hulp indien de situatie van een cliënt dit noodzakelijk maakt. Indien echter sprake is van een oproep door een derde dan is de werknemer niet werkzaam in een slaapdienst, maar in een bereikbaarheids-, nachtaanwezigheids- of consignatiedienst. Als het salaris van de werknemer niet meer bedraagt dan de grens aangegeven in de cao, ontvangt de werknemer een bedrag van 19 euro voor elke slaapdienst en daarnaast een compensatie in vrije tijd van een kwart van de tijd doorgebracht in de slaapdienst. De werkgever kan na overleg met de OR uitsluitend een compensatie in vrije tijd toekennen ter waarde van de helft van de tijd doorgebracht in de slaapdienst. Ook in dit geval zijn vraagtekens te plaatsen, aangezien hier niet gewaarborgd dat wordt voldaan aan de Wet minimumloon. Zoals we hierboven hebben aangegeven tellen aanwezigheidsdiensten (dus ook deze slaapdiensten) als arbeidstijd waarvoor ten minste het minimumloon moet worden betaald.

Voor werknemers werkzaam bij Thuiszorgorganisaties zijn er regelingen over bereikbaarheids- en slaapdiensten. Deze werknemers ontvangen ook compensatie in *vrije tijd* voor de uren doorgebracht in een bereikbaarheidsdienst. Op de doordeweekse dagen ontvangt de werknemer voor elk vol etmaal 1½ uur compensatie in vrije tijd. Voor elk vol etmaal op zaterdagen, zondagen en feestdagen ontvangt de werknemer 3 uur compensatie in vrije tijd. De werknemer kan de werkgever verzoeken de compensatie in vrije tijd te vervangen voor een bruto financiële vergoeding op basis van het geldende uurloon. Voor de in slaapdienst doorgebrachte uren ontvangt de werknemer een vergoeding. Deze vergoeding bedraagt 30% van de tijd doorgebracht in slaapdienst en wordt toegekend op basis van het salaris behorend bij de functie.

Hoe zit het als de werknemer tijdens de bereikbaarheids-, aanwezigheids- of consignatiedienst wordt opgeroepen om te werken? Dit noemen we de actieve uren tijdens de wachtdiensten. Voor deze actieve uren ontvangt de werknemer een vergoeding die bestaat uit een compensatie *in tijd* (gelijk aan het aantal uren dat is gewerkt) en een toeslag die geldt voor overwerk.²²⁵ Als de werkgever van oordeel is dat het compenseren in vrije tijd tegen het belang van de instelling ingaat dan wordt de vrije tijd als compensatie van een consignatie- of aanwezigheidsdienst tot maximaal de helft omgezet in een financiële vergoeding (een evenredig deel van het salaris). Alleen de compensatie in vrije tijd voor een bereikbaarheidsdienst kan in overleg geheel of gedeeltelijk als een financiële vergoeding worden toegekend.

²²⁵ In dit geval wordt er onderscheid gemaakt tussen werknemers met een voltijd en een deeltijd dienstverband, maar de verschillen lijken klein te zijn, in elk geval wat de compensatie betreft.

Onregelmatige diensten: cao Gehandicaptenzorg²²⁶

De cao Gehandicaptenzorg bevat andersoortige bepalingen over aanwezigheidsdiensten. Wanneer de werknemer tijdens een nachtaanwezigheidsdienst, al dan niet op oproep,²²⁷ noodzakelijke werkzaamheden moet verrichten en deze werktijden tezamen de 120 minuten overschrijden, wordt de dienst niet als nachtaanwezigheidsdienst opgevat maar in zijn geheel als werktijd aangemerkt. De werknemer wordt voor deze werktijd (volledig) *in tijd* gecompenseerd. Op verzoek van de werknemer kan van deze compensatie in tijd worden afgeweken en worden de uren door de werkgever uitbetaald door middel van een vergoeding op uurbasis ter hoogte van het actuele uurloon van de werknemer op het moment van het verrichten van de nachtaanwezigheidsdienst.²²⁸ Indien het werken tijdens de nachtaanwezigheidsdienst tezamen de 120 minuten niet overschrijden, dan wordt deze tijd aangemerkt als voortzetting van de aanwezigheidsdienst. Dus ook al heeft de werknemer op oproep moeten werken, de dienst blijft een aanwezigheidsdienst indien de werknemer in totaal minder dan 120 minuten heeft gewerkt. Alle uren doorgebracht in aanwezigheidsdienst – dus zowel de actieve als de inactieve uren – worden dan als halve werkuren aangemerkt. Deze halve werkuren worden *in tijd* gecompenseerd. Op verzoek van de werknemer kan hiervan weer worden afgeweken en worden de halve werkuren door de werkgever uitbetaald door middel van een vergoeding op uurbasis ter hoogte van het actuele uurloon van de werknemer op het moment van het verrichten van de nachtaanwezigheidsdienst. Aangezien het hier om een ‘kan-bepaling’ gaat, weten we niet in hoeverre de verzoeken om financiële compensatie worden gehonoreerd. Deze bepaling kan in strijd zijn met art. 7:628a BW als het gaat om een arbeidsovereenkomst waarin minder dan 15 uur per week is overeengekomen (zie par. 3.2).

De inactieve uren doorgebracht in bereikbaarheids-, consignatie- en consultatiedienst, worden gecompenseerd in *vrije tijd*.²²⁹ Net als bij cao VVT en cao Ziekenhuizen geldt dit echter niet voor werknemers van wie het salaris meer bedraagt dan wat onder nummer 88 van de salaristabel staat vermeld. De compensatie in vrije tijd is hier ook vergelijkbaar met die uit de cao VVT. Het gaat bijvoorbeeld om 1/18 uur voor elk uur doorgebracht in deze diensten als het om doordeweekse dagen gaat. Voor de actieve uren tijdens de bereikbaarheids-, consignatie- en consultatiediensten, wordt de vergoeding verstrekt in de vorm van *vrije tijd*, gelijk aan het aantal uren dat de arbeid heeft geduurd én daarenboven in de vorm van een geldelijke beloning waarvan de hoogte afhankelijk is van wanneer arbeid is verricht. Bijvoorbeeld voor arbeid verricht tussen 22.00 uur en 06.00 uur op de doordeweekse dagen ontvangt de werknemer 50% van het uurloon.

Cao Ziekenhuizen²³⁰

De werknemer is minimaal 2 weekenden per 28 dagen vrij van bereikbaarheidsdiensten, consignatiediensten en aanwezigheidsdiensten.²³¹ Of de werknemer dan ook vrij is van andere diensten is niet meteen uit de cao af te leiden. Art. 5:9 lid 2 sub b Artw schrijft voor dat de arbeid zo moet worden georganiseerd dat de werknemer in elke aaneengesloten periode van 28 dagen 2 maal

²²⁶ Hoofdstuk 7 cao Gehandicaptenzorg.

²²⁷ We gaan ervan uit dat de werknemer zich in een aparte ruimte kan bevinden waar zij kan rusten tijdens de inactieve uren.

²²⁸ De regeling over geldelijke vergoeding van de onregelmatige dienst (art. 7:11) is dan van toepassing. Die kent een toeslag in procenten waarvan de hoogte afhankelijk is van wanneer precies arbeid is verricht.

²²⁹ De cao Gehandicaptenzorg kent ook consultatiediensten. Dat zijn diensten waarbij werknemer – buiten de vastgestelde werktijd – telefonisch bereikbaar dient te zijn ter consultatie.

²³⁰ Hoofdstuk 9 en 10 cao Ziekenhuizen.

²³¹ Art. 10.2.3. cao Ziekenhuizen.

een aaneengesloten periode van 48 uren geen arbeid verricht noch consignatie wordt opgelegd. In deze cao is ook bepaald dat het aantal uren arbeid verricht tijdens deze diensten gemiddeld per week niet meer mag bedragen dan 10% van de voltijdse werkweek. De vergoeding voor de inactieve uren tijdens consignatie-, bereikbaarheids- en aanwezigheidsdiensten wordt verstrekt in *vrije tijd*. De opbouw van die vrije tijd is vergelijkbaar met de regelingen zoals in de cao VVT en de cao Gehandicaptenzorg. Dus bijvoorbeeld 1/18 op doordeweekse dagen voor elk uur in bereikbaarheidsdienst/consignatiedienst en 3/18 voor elk uur in de nachtaanwezigheidsdienst.

Voor actieve uren tijdens deze diensten wordt de werknemer vergoed in de vorm van vrije tijd, gelijk aan het aantal uren waarop de arbeid is verricht en daarboven in de vorm van een geldelijke beloning. De geldelijke beloning betreft een percentage van het uurloon en varieert al naargelang het tijdstip en de dag waarop de arbeid is verricht.²³² Als het belang van de instelling zich naar het oordeel van de werkgever verzet tegen het geven van vrije tijd, wordt de vrije tijd (gedeeltelijk) omgezet in een geldbedrag, bestaande uit het evenredige deel van het salaris.

*Cao UMC*²³³

De regelingen over onregelmatige diensten in de cao UMC zijn weer anders. De cao UMC bevat geen bepalingen betreffende de consignatiediensten, noch gaat de cao verder in op de voorwaarden van het verrichten van avond- en nachtdiensten.²³⁴ De werknemer die onder bepaalde salarisschalen valt zoals in de cao aangegeven heeft recht op een *toelage* voor de inactieve uren tijdens de aanwezigheids- en bereikbaarheidsdiensten wanneer deze aan haar worden opgedragen. De toelage is 6% van het salaris voor de doordeweekse dagen en 12% voor de zaterdagen, zondagen en feestdagen. Er is dus sprake van een financiële compensatie. Voor de actieve uren tijdens de bereikbaarheids- of aanwezigheidsdienst bestaat de compensatie uit *vrije tijd* (verlof) gelijk aan het aantal gewerkte uren *of* uit een bedrag in geld op basis van het voor de medewerker geldende salaris per uur. Daarnaast wordt een toeslag betaald voor de gewerkte uren; dit betreft een percentage van het uurloon per gewerkt uur, waarvan de hoogte varieert al naargelang de dag en het tijdstip dat de arbeid is verricht.

In het cao-akkoord 2022-2023 is te lezen dat de toelage voor bereikbaarheids- en aanwezigheidsdiensten wordt uitgebreid naar de hogere schalen. De rusttijd na een bereikbaarheids- of aanwezigheidsdienst in de nacht, waarin minimaal twee keer gevolg is gegeven aan een oproep of waarin meer dan twee uren arbeid is verricht, wordt uitgebreid van 6 naar 8 uur. De minimale rusttijd na een nachtdienst wordt uitgebreid van 8 naar 14 uur. Dit geldt echter niet voor mogelijke oproepen tijdens een bereikbaarheidsdienst. Ook geldt dit niet voor academisch medisch specialisten. Met instemming van de OR kan hiervan worden afgeweken.

*Cao GGZ*²³⁵

In de cao is vermeld dat de normen van de Artw met betrekking tot consignatie gelden voor alle werknemers. De maxima genoemd in de normen van Artw/Artb gelden voor de deeltijdwerker naar rato, tenzij zij geen bezwaar heeft tegen hantering van de maxima voor de werknemer met

²³² Art. 10.5.2 cao Ziekenhuizen. Dit is vergelijkbaar met de regeling voor bereikbaarheidsdiensten in de cao Gehandicaptenzorg.

²³³ Art. 4.7.4 t/m 4.7.4.3 cao UMC.

²³⁴ Zie voor het cao-akkoord 2022-2023 hieronder.

²³⁵ Hoofdstuk 4 cao GGZ.

een voltijd arbeidsduur. Er geldt alleen een opt-out voor de slaapdiensten, wat wil zeggen dat bij slaapdiensten de maximale arbeidstijd per 26 weken in plaats van gemiddeld 48 uur per week, gemiddeld 60 uur per week bedraagt indien dat schriftelijk met de werknemer is overeengekomen. De werknemer heeft ten minste 2 weekenden of 2 maal 2 achtereenvolgende roostervrije dagen per 28 achtereenvolgende dagen geen bereikbaarheids-, aanwezigheids- of consignatiedienst. Ook hier is het onduidelijk of de werknemer dan wel een andere dienst opgelegd kan worden. Eigenlijk heeft de werknemer per 28 dagen recht op 2 maal een aaneengesloten periode van 48 uren geen arbeid (zie art. 5:9 lid 2 sub b Artw).

De werknemer ontvangt voor de inactieve uren van de bereikbaarheidsdienst, consignatiedienst, dag- en nachtaanwezigheidsdienst een compensatie in *vrije tijd*.²³⁶ De opbouw van die vrije tijd is vergelijkbaar met de regelingen zoals in de cao's VVT, Gehandicaptenzorg en Ziekenhuizen. Dus bijvoorbeeld 1/18 op doordeweekse dagen voor elk uur in bereikbaarheidsdienst/consignatiedienst en 3/18 voor elk uur in de nachtaanwezigheidsdienst. Voor de actieve uren tijdens deze diensten bestaat de compensatie uit *vrije tijd* en een *geldelijke vergoeding* gebaseerd op de regeling voor overwerk. De compensatie hangt af van het type arbeidsovereenkomst (voltijd of deeltijd), de dag en het tijdstip waarop arbeid is verricht.²³⁷

Kort samengevat zien we dat er uitgebreide regelingen zijn voor onregelmatige diensten in de cao's. Deze regels zien vooral op de vergoeding, en minder vaak de frequentie of het recht op rust na afloop ervan. Slechts zwangere werknemers en oudere werknemers kunnen bepaalde diensten, zoals nachtdiensten, weigeren. Andere werknemers kunnen dat niet, terwijl de compensatie voor met name de bereikbaarheidsdiensten niet royaal te noemen is. Daarnaast behandelen de cao's aanwezigheidsdiensten niet altijd als arbeidstijd. Tot slot garanderen de cao's niet dat de werknemer vooraf uitdrukkelijke instemming wordt gevraagd wanneer de arbeidstijd bij aanwezigheidsdiensten wordt verruimd.

²³⁶ Ook hier is de voorwaarde dat het salaris van de werknemer niet hoger is dan wat onder nummer 88 in de salarisschaal is bepaald.

²³⁷ Hoofdstuk 4, Artikel 15 lid 1 en Artikel 18 lid 1 cao GGZ.

5 SAMENVATTING EN CONCLUSIE

In dit onderzoek is de rechtspositie van zorgmedewerkers met betrekking tot het opleggen van variabele roosters en onregelmatige diensten in arbeidsrecht en cao's onderzocht. Wij hebben ons daarbij gericht op de positie van zorgprofessionals die (intramurale en extramurale) zorg in natura verlenen. Bijzondere aandacht is besteed aan de vraag of de regelgeving kan worden toegepast op zzp'ers.

In de in hoofdstuk 2 besproken rapporten en adviezen over de arbeidsmarktsituatie in de zorg worden de werktijden, roostering en diensten van zorgmedewerkers genoemd als een van de belangrijke knelpunten voor het uitbreiden van de uren door werkenden in de zorg of als reden voor uitstroom naar het zzp-schap of een functie buiten de zorg. Het bevorderen van zeggenschap over roosters komt naar voren als een kernstrategie voor het behoud van zorgmedewerkers. Hoewel uit de rapporten en adviezen blijkt dat er de laatste jaren verscheidene – hoofdzakelijk regionaal georganiseerde – initiatieven zijn ontwikkeld op het terrein van modern werkgeverschap, hebben deze vooralsnog echter niet of nauwelijks geleid tot concrete handelingsperspectieven op het terrein van roostering, werktijden en diensten. Opvallend is verder dat cao-partijen niet altijd worden opgeroepen op dit punt meer waarborgen op te nemen in de cao's. Zo ziet de SER bijvoorbeeld wel een rol voor cao-partijen op het terrein van mantelzorgverlof, maar niet op het gebied van regulering van werktijden en roosters. Volgens de commissie Werken in de Zorg zijn het vooral landelijke partijen die zich moeten inspannen voor innovatie op dit terrein. Alleen de RVS doet de aanbeveling aan cao-partijen om sectoroverstijgende afspraken te maken over betere beloning en meer zeggenschap over roosters. Opvallend is verder dat in de besproken rapporten de uitstroom naar het zzp-schap regelmatig aan de orde komt in de probleemverkenning, maar dat nauwelijks concrete voorstellen worden gedaan voor het oplossen hiervan. Uitsluitend de SER vormt hierop een positieve uitzondering door te suggereren dat het in de rede ligt om te onderzoeken in hoeverre de cao-regels over ANW-diensten ook kunnen gelden voor zzp'ers in de zorg.

In hoofdstuk 3 is besproken dat het arbeidsrecht weinig aanknopingspunten biedt om roosteronzekerheid te bestrijden. Uit rechtspraak blijkt dat van werknemers vaak wordt verwacht dat zij zich flexibel opstellen als het gaat om roosters, zelfs als er vaste roosterafspraken zijn gemaakt. Er is een wettelijk instrument om werknemers te helpen om een vaste arbeidsomvang te krijgen (art. 7:610b BW), waarvan de effectiviteit kan worden betwijfeld. Er is geen instrument in het BW om werknemers te helpen een vast rooster te krijgen. In de Arbeidstijdenwet is wel enige aandacht voor de behoefte aan roosterzekerheid, maar de wet voorziet niet in waarborgen voor de handhaving daarvan. Datzelfde geldt voor de Wet flexibel werken. Er bestaat geen recht op evenredige beloning voor het verrichten van arbeid in variabele roosters of het verrichten van overwerk. Dit is mogelijk in strijd met internationaal recht. Er is geen ontslagbescherming bij verlies van variabele uren, behalve na afloop van een reeks van contracten voor bepaalde tijd. Deze uitgangspunten gelden allemaal ook voor de zorg. Van de standaardregels volgens welke onder andere nachtrust en het recht op wekelijkse aaneengesloten rust (het weekend) worden beschermd, kan in de zorg bovendien verregaand worden afgeweken door het opleggen van wachtdiensten. Daardoor kan hersteltijd worden onderbroken. Op een aantal punten is deze wetgeving in strijd met het Europese recht, juist vanwege het onvoldoende waarborgen van hersteltijd. Zelfstandigen zouden onder de werkingssfeer van de Arbeidstijdenwet kunnen worden gebracht, maar daarvoor is niet gekozen in de zorgsector.

In 2020 heeft de WAB een aantal instrumenten toegevoegd. De regeling van de oproeptermijn is een zekere verbetering voor de oproepkracht. De vastklikregeling is een duidelijke verbetering ten opzichte van art. 7:610b BW. Dit geldt vooral voor de behoefte aan een vaste urenomvang. Daarmee kan inkomensonzekerheid worden bestreden voor werknemers met een contract langer dan een jaar. Voor wat betreft roosteronzekerheid schieten werknemers er weinig mee op. Door de uitzonderingen die de wetgever heeft gemaakt, kunnen werkenden in de zorg die onregelmatige diensten verrichten veelal geen bescherming onttelen aan de waarborgen die de regeling van de oproepovereenkomst biedt. Dit geldt vermoedelijk ook voor de voorstellen in de Implementatiewet Arbeidsvoorwaardenrichtlijn, bijvoorbeeld voor het vastleggen van referentie-uren.

Uit het cao-onderzoek in hoofdstuk 4 blijkt dat schijnzelfstandigen juridisch gezien onder de werking van de cao zouden mogen vallen. In zorg-cao's is de problematiek van de vlucht in flexibele aanstellingen vooral aangepakt door het aantal werknemers met een flexibele aanstelling te beperken. Er zijn geen bepalingen in cao's te vinden die het aangaan van zzp-contracten reguleren of aan banden leggen. Evenmin zijn er cao-bepalingen te vinden over arbeidstijdpatronen van zzp'ers of schijnzelfstandigen. Enkel de cao VVT biedt een soort alternatief voor zzp-contracten door voor veel onderdelen van de cao (waaronder de regeling van de arbeidstijden) ontheffing mogelijk te maken.

Volgens de cao's zou het contract voor onbepaalde tijd het uitgangspunt in de zorg moeten zijn. Er zijn echter heel wat uitzonderingen gemaakt bij deze afspraken, zodat de vraag blijft in hoeverre deze intenties in de praktijk worden waargemaakt. Vanwege de vele mitsen en maren in de cao's zijn er bovendien weinig concrete en afdwingbare rechten in de cao's op dit vlak. Voor de individuele werknemer blijft het moeilijk om haar recht te halen. Sommige cao's sluiten daarnaast oproepmedewerkers die incidenteel werkzaamheden verrichten en medewerkers die alleen tijdens de weekenden werken uit van de toepassing van de cao. Het is onduidelijk welke rechtvaardiging daarvoor bestaat. Dit zou discriminatie kunnen opleveren op grond van arbeidsduur.

Doordat in alle cao's wordt gewerkt met de jaarurennorm en de wachtdiensten in alle cao's worden gecompenseerd met vrije tijd of een financiële vergoeding, kwalificeren de contracten van de werknemers in de onderzochte cao's niet als oproepovereenkomst in de zin van het BW. Omdat de roosters volgens de cao in de regel langer dan de wettelijke termijn van 4 dagen voor aanvang van de diensten bekend moeten zijn en er met de gebruikmaking van de jaarurennorm al een vorm van inkomenszekerheid is bereikt, is de bescherming die de cao's op het gebied van inkomens- en roosterzekerheid meebrengen toch iets groter dan die ingevolge het BW en de WAB geldt. Toch wordt er nog weinig gedaan op cao-niveau op het gebied van roosterzekerheid en persoonlijke afstemming. Op cao-niveau zou bijvoorbeeld vaker kunnen worden afgesproken dat werknemers in bepaalde omstandigheden bestendigere roosters hebben of minder onregelmatige diensten moeten draaien. Vooralsnog zijn voorbeelden hiervan beperkt tot zwangeren en ouderen. Ook zou versnippering van diensten en disproportionele beschikbaarheid kunnen worden beperkt door concrete voorschriften over de verhouding tussen urenomvang en (beschikbare) werkdagen. Aandacht hiervoor in cao's blijft beperkt tot de aansporing hierover afspraken te maken.

Tot slot verdienen de regelingen voor wachtdiensten aandacht. Aanwezigheidsdiensten tellen volgens de wet als arbeidstijd, maar zo worden ze niet in alle cao's behandeld. Verder kan de vraag worden gesteld of de compensatie voor de bereikbaarheids- en consignatiediensten in

verhouding staat tot de inspanning van de werknemer. Voor de inactieve uren tijdens deze diensten bouwen de werknemers meestal maar een klein beetje vrije tijd op die ze later kunnen opnemen. Het is de vraag of dit in verhouding staat tot de inbreuk die zo'n bereikbaarheidsdienst kan maken op de privétijd van de werknemer.

Zeer kort samengevat luidt de conclusie van dit onderzoek dat het opdragen van onregelmatige diensten werken in de zorg onaantrekkelijk kan maken voor mensen met zorgtaken, maar dat de wetgever het aan werkgevers overlaat om hier oplossingen voor te vinden. Cao-partijen zoeken de oplossing voornamelijk niet vaak in het geven van concrete rechten om deze diensten geheel of gedeeltelijk te weigeren, noch in het royaler compenseren van deze diensten. Dit kan voor een deel verklaren waarom zorgmedewerkers kiezen voor een flexibele aanstelling als uitzendkracht of zzp'er, waarin deze diensten wel geweigerd kunnen worden.

AANBEVELINGEN

De aantrekkingskracht van werken in de zorg voor medewerkers, in het bijzonder vrouwen met zorgtaken, kan worden vergroot door planning en beloning van onregelmatige diensten te verbeteren. Wij hebben een aantal concrete aanbevelingen.

- Bereikbaarheidsdiensten en consignatie in de zorg moeten net als aanwezigheidsdiensten in zijn geheel worden aangemerkt als arbeidstijd in de Arbeidstijdenwet, en na dergelijke wachtdiensten moet voldoende (compenserende) rust worden geroosterd, in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie EU.

Daardoor kunnen minder diensten geroosterd worden per medewerker en wordt rusttijd minder vaak onderbroken. Het is duidelijk dat deze aanbeveling op korte termijn niet zal bijdragen aan de oplossing van het personeelstekort in de zorg. Het recht op voldoende rust is echter een bijzonder belangrijk voorschrift van het sociaal recht verankerd in art. 31 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Rusttijd is nodig om te herstellen van werk. Het onvoldoende garanderen van rust heeft bovendien juist bijgedragen aan het oplopen van het personeelstekort in de zorg.

- Ook de inactieve uren van de wachtdiensten moeten beloond worden met minstens het minimumloon. Weliswaar levert de medewerker geen inspanning, maar hij of zij levert wel tijd. De inactieve uren zijn geen vrije tijd, want een medewerker kan elk moment opgeroepen worden om te werken. Medewerkers kunnen in die tijd geen andere verplichtingen zoals zorgtaken of een andere baan op zich nemen. Het is krachtens het Europees Sociaal Handvest onderdeel van het recht op fatsoenlijke beloning om onregelmatige diensten eerlijk te belonen. Een recht op beloning van inactieve uren van wachtdiensten kan ertoe bijdragen dat zorginstellingen zo spaarzaam mogelijk gebruikmaken van wachtdiensten.
- Ook medewerkers in de zorg moeten beschermd worden tegen variabele roosters. De bescherming die oproepkrachten krijgen krachtens art. 7:628a en het voorgestelde 7:628b BW moet ook van toepassing worden verklaard op onregelmatige diensten in de zorg. Daardoor zijn bijvoorbeeld minimale oproeptermijnen wettelijk verzekerd en worden

referentie-uren vastgelegd. Daaraan kan worden toegevoegd de aanbeveling dat referentie-uren op dag- en weekbasis in redelijke verhouding moeten staan tot het aantal uren dat daadwerkelijk gewerkt wordt.

- In cao's kunnen vaker concrete afspraken gemaakt worden over roosters voor bepaalde groepen. Er kan gewerkt worden met beschikbaarheidsprofielen. Zo moet voor werknemers en roosteraars duidelijk worden gemaakt dat kan worden afgesproken dat men bijvoorbeeld elke week een zorgdag heeft of dat men alleen tijdens schooltijden kan worden geroosterd. Maatwerk zal niet altijd haalbaar zijn, maar meer differentiatie in hoe geroosterd wordt moet mogelijk zijn.
- Ten slotte bevelen wij in het algemeen aan dat schijnzelfstandigheid moet worden bestreden door de Belastingdienst. Dat is beter voor het stelsel van sociale zekerheid, het bestrijden van concurrentie op arbeidsvoorwaarden, ter bescherming van de schijnzelfstandigen zelf en voor de werknemers die hun diensten over moeten nemen.

Deze voorstellen kunnen ertoe bijdragen dat zeer variabele roosters, overwerk en excessieve stapeling van diensten een uitzondering worden in de zorg, ook als de druk op de zorg toeneemt. Druk op de zorg moet niet leiden tot overbelasting van zorgpersoneel.

ONDERZOEKSRAPPORT

L. VAN DEN BERG, W.L. ROOZENDAAL EN N. ZEKIĆ
Amsterdam, december 2021

BUREAU CLARA WICHMANN

Postbus 93639

1090 EC Amsterdam

info@clara-wichmann.nl

ALLIANTIE SAMEN WERKT HET

De Alliantie Samen werkt het! is een samenwerking van Bureau Clara Wichmann, Movisie, Nederlandse Vrouwen Raad, WO=MEN, WOMEN Inc. en het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) en loopt van 2018 tot en met 2022.

'Alliantie samen werkt het' is een samenwerking van:

