

van deze termijn was dat partijen wel reeds inhoudelijk overleg hadden gevoerd en het feit dat de ondernemingsraad al met een deel van de roosters akkoord was gegaan. De kantonrechter deed gelijktijdig uitspraak in kort geding en gebod de ondernemer binnen een week na datum vonnis het besluit alsnog aan de ondernemingsraad ter instemming voor te leggen (ECLI:NL:RBMNE:2015:1349).

Bij de beoordeling van een verzoek van de ondernemingsraad tot het opleggen van een verbod op de uitvoering van een nietig besluit lijkt derhalve een rol te kunnen spelen of er nog uitzicht bestaat op overeenstemming tussen partijen. Net als in de uitspraak bij de kantonrechter Utrecht bestaat de indruk dat ook ISA en haar ondernemingsraad niet ver verwijderd waren van overeenstemming. De kantonrechter Amsterdam geeft aan dat is gebleken dat de ondernemingsraad mogelijk wel wil instemmen met het voorgenomen besluit, maar daar voorwaarden aan heeft verbonden. Welke feiten in de zaak bij de kantonrechter Amsterdam een doorslaggevende rol hebben gespeeld bij de beoordeling is niet geheel duidelijk. Uit de uitspraak blijkt bijvoorbeeld niet welke voorwaarden de ondernemingsraad had gesteld en wat precies de reden van de ondernemer was om plotseling op 17 juni 2020 een besluit te nemen, terwijl de dag daarvoor was toegezegd een geactualiseerde versie van het instemmingsverzoek aan de ondernemingsraad voor te leggen. Ook wordt niet duidelijk of de mogelijkheid om de zaak aan te houden is verzocht en/of besproken. Dit maakt dat niet goed kan worden beoordeeld of het aanhouden van de zaak een geschikt alternatief was geweest, maar wellicht was dit wel een optie ter vermijding van een verbod op de uitvoering van het nietige besluit en de afwijzing van het (voorwaardelijke) verzoek tot vervangende toestemming.

Mogelijk hebben ook de gevolgen van het besluit voor de werknemers een rol gespeeld bij het oordeel van de kantonrechter Amsterdam om ISA te verbieden verdere uitvoering te geven aan het besluit. Het afschaffen van vergoedingen zou voor werknemers mogelijk grotere gevolgen kunnen hebben dan bijvoorbeeld het invoeren van een dienstrooster of een wijziging van arbeidstijden. In dit verband kan worden gewezen op de uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden in een kort geding tussen een Texels vervoersbedrijf en de ondernemingsraad, waarin bijvoorbeeld de ondernemer de uitvoering van een besluit tot het invoeren van een vierdaagse werkweek niet hoefde te staken (Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:186). Hoewel er sprake was van een nietig besluit, heeft de ondernemingsraad volgens de kantonrechter onvoldoende spoedeisend belang bij zijn vordering een verbod op te leggen. Daarbij achtte de kantonrechter het relevant dat een (voorwaardelijk) verzoek tot vervangende instemming al was ingediend. De kantonrechter achtte het niet uitgesloten dat in de bodemprocedure de vervangende toestemming alsnog zou worden verleend.

Kortom, uitgangspunt is dat geen vervangende toestemming kan worden gevraagd als de ondernemingsraad nog geen besluit heeft genomen en het de ondernemer niet is

toegestaan om een nietig besluit uit te voeren. Dit geldt wat mij betreft ook in het geval er in de nabije toekomst overeenstemming tussen partijen wordt verwacht. De belangen van de ondernemer, rekening houdende met de gevolgen van het besluit voor de werknemers, zouden aan een verbod tot uitvoering van het besluit in de weg kunnen staan. De uitspraak van de kantonrechter Amsterdam bevat daarvoor echter onvoldoende aanknopingspunten. Het oordeel van de kantonrechter Amsterdam om ISA te verbieden verdere uitvoering te geven aan het besluit en de gevolgen van het besluit ongedaan te maken is mijns inziens dan ook correct. Als de omstandigheden van het geval het toelaten dat de zaak wordt aangehouden en partijen – net als in de zaak bij de kantonrechter Utrecht – de mogelijkheid krijgen het instemmingsproces op korte termijn af te ronden, zou een aanhouding vanuit proceseconomisch oogpunt wel wenselijk kunnen zijn. Tegen deze achtergrond zou het voor de ondernemer in bepaalde situaties kunnen lonen om toch (voorwaardelijk) om vervangende toestemming te vragen, ook al is het traject met de ondernemingsraad nog niet afgerond.

Mr. Y.H. Dissel

Europees arbeidsrecht

TRA 2021/60

Hof van Justitie van de Europese Unie 9 maart 2021, C-580/19

m.nt. mr. M.A.N. van Schadewijk

Art. 2 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn

RAR 2021/73

ECLI:EU:C:2020:797

ECLI:EU:C:2021:183

Arbeidstijd en beschikbaarheidsdienst: Hof van Justitie nuanceert *Matzak*-arrest.

Achtergrond

Stadt Offenbach am Main is het vervolg op het in 2018 gewezen arrest *Matzak* (HvJ EU 21 februari 2018, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82) en is op dezelfde dag gewezen als het inhoudelijk vrijwel identieke arrest *Radiotelevizija Slovenija* (HvJ EU 9 maart 2021, C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182). De arresten betreffen alle de vraag in hoeverre een dienst, waarbij de werknemer niet verplicht op de werkplek aanwezig moet zijn maar zich wel beschikbaar moet houden om op oproep arbeid te verrichten (hierna aangeduid als een beschikbaarheidsdienst), 'arbeidstijd' vormt in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88). Artikel 2 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn definieert arbeidstijd als elke periode

waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking staat van de werkgever en zijn werkzaamheden of functie uitoefent. Dat de werknemer 'werkzaam is' omvat een ruimtelijk criterium ('op de werkplek zijn'). Vanwege dit ruimtelijke criterium dacht men lange tijd dat een beschikbaarheidsdienst geen arbeidstijd vormt; de werknemer hoeft tijdens zo'n dienst immers niet op de werkplek te zijn. Ten aanzien van de beschikbaarheidsdienst van een brandweermidewerker loste het Hof dit probleem op in *Matzak* door het begrip 'werkplek' op te rekken naar de woonplaats van de werknemer. Redengevend was dat de brandweermidewerker bij een oproep binnen acht minuten op de werkplek moest arriveren en daarom noodgedwongen in zijn woonplaats moest verblijven. Deze verplichtingen beperkten de brandweermidewerker volgens het Hof objectief in zijn mogelijkheid om zich aan zijn persoonlijke en sociale interesses te wijden, met als gevolg dat de beschikbaarheidsdienst integraal als arbeidstijd kwalificeerde.

Na *Matzak* was de vraag wanneer een beschikbaarheidsdienst precies als arbeidstijd moest worden aangemerkt. Moest het arrest restrictief worden gelezen, zijnde uitsluitend relevant voor beschikbaarheidsdiensten met een korte reactietijd, of kwalificeerde elke dienst waarbij een werknemer beschikbaar moet zijn om op oproep te komen werken als arbeidstijd? Over deze vraag gaat *Stadt Offenbach am Main*.

Feiten

RJ werkt als brandweerman-bevelvoerder bij het brandweerkorps van de Duitse stad Offenbach am Main. Naast zijn gewone dienst heeft hij regelmatig dienst als Bevelhebber interventie (BvE-dienst). Tijdens de BvE-dienst moet RJ permanent bereikbaar zijn, zijn werkkleding gereedhouden en het door zijn werkgever ter beschikking gestelde dienstvoertuig bij zich hebben. Hij moet zijn telefoon opnemen om zich te kunnen laten informeren over gebeurtenissen die zich voordoen en om hierover beslissingen te kunnen nemen. Ook moet hij zijn verblijfplaats zo uitkiezen dat hij bij een alarmmelding binnen twintig minuten met zijn dienstvoertuig en in werkkleding de stadsgrenzen van Offenbach am Main kan bereiken met gebruikmaking van zijn voorrang- en doorgangsrechten. RJ is van mening dat de BvE-dienst als arbeidstijd moet worden aangemerkt. De Duitse rechter stelt hierover prejudiciële vragen.

Oordeel Hof van Justitie van de Europese Unie

Het Hof brengt in herinnering dat een beschikbaarheidsdienst zoals een BvE-dienst ofwel 'arbeidstijd' ofwel 'rusttijd' in de zin van artikel 2 Arbeidstijdenrichtlijn vormt, aangezien deze begrippen elkaar uitsluiten. Het Hof oordeelt vervolgens dat een beschikbaarheidsdienst zoals een BvE-dienst onder het begrip arbeidstijd valt, wanneer de verplichtingen die tijdens de dienst aan de werknemer worden

opgelegd hem objectief en aanzienlijk beperken in zijn mogelijkheden om zijn tijd vrij in te vullen en aan zijn eigen interesses te besteden. In het bijzonder moet rekening worden gehouden met het tijdsbestek waarbinnen de werknemer bij een oproep het werk moet hervatten en met het gemiddeld aantal prestaties dat de werknemer tijdens de beschikbaarheidsdienst daadwerkelijk verricht. Organisatorische problemen die niet voortvloeien uit door de werkgever opgelegde verplichtingen maar die het gevolg zijn van natuurlijke omstandigheden of de vrije keuze van de werknemer, zoals de keuze om ver van het werk te gaan wonen, zijn daarentegen irrelevant. De Duitse rechter dient aan de hand van deze criteria te beoordelen of de BvE-dienst van RJ als arbeidstijd kwalificeert. Daarbij plaatst het Hof de kanttekening dat ook als een beschikbaarheidsdienst niet als arbeids- maar als rusttijd kwalificeert, de werkgever zijn algemene verplichtingen op het gebied van gezondheid en veiligheid op het werk, die voortvloeien uit de artikelen 5 en 6 van de Arbokaderrichtlijn (Richtlijn 89/391), moet nakomen. Dit betekent volgens het Hof dat werkgevers geen zodanig lange of frequente beschikbaarheidsdiensten kunnen invoeren dat deze een risico voor de veiligheid of gezondheid van de werknemer opleveren, ongeacht of de dienst als arbeids- of als rusttijd kwalificeert.

Commentaar

1. Het Hof kiest in *Stadt Offenbach am Main* voor een middenweg tussen een restrictieve en een ruimhartige interpretatie van het *Matzak*-arrest. Enerzijds is de kwalificatie als arbeidstijd niet voorbehouden aan beschikbaarheidsdiensten met een reactietijd van acht minuten. Anderzijds vormt een beschikbaarheidsdienst slechts arbeidstijd wanneer de tijdsinvulling van de werknemer objectief en aanzienlijk wordt beperkt, waarbij bovendien alleen de door de werkgever opgelegde verplichtingen in acht mogen worden genomen. Dat het Hof *Matzak* niet al te ruim interpreteert, is te begrijpen. Dit strookt ten eerste met het arrest *SIMAP* (HvJ EG 3 oktober 2000, C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528, bevestigd in HvJ EG 9 september 2003, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 (*Jaeger*)) waarin het Hof oordeelde dat een beschikbaarheidsdienst, waarbij artsen wel opgeroepen kunnen worden maar niet fysiek aanwezig hoeven te zijn in het ziekenhuis, niet kwalificeert als arbeidstijd. Anders dan in *Matzak* was in *SIMAP* geen sprake van een nauw omschreven en zeer korte reactietijd, maar hadden de artsen – net als RJ in *Stadt Offenbach am Main* – langer de tijd om zich na een oproep naar de werkplek te begeven en konden zij hun tijd vrijer besteden. Met zijn keuze voor een genuanceerde benadering in *Stadt Offenbach am Main* verheldert het Hof de verhouding tussen *SIMAP* en *Matzak* en maakt het duidelijk dat deze arresten met elkaar verenigbaar zijn.

2. Ten tweede past de genuanceerde interpretatie van *Matzak* bij de wijze waarop de Europese wetgever de begrippen arbeidstijd en rusttijd definieert. Blijkens arti-

kel 2 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn is rusttijd 'de tijd die geen arbeidstijd is'. Deze definitie impliceert dat de omstandigheid dat de werknemer niet daadwerkelijk kan rusten nog niet maakt dat sprake is van arbeidstijd. In dit verband valt op dat het Hof in zowel *Matzak* als in *SIMAP* en *Jaeger* voor de kwalificatie als arbeidstijd beslissend achtte of de werknemer tijdens zijn dienst een zekere mate van vrijheid geniet en dus uit kan rusten. Deze redenering kon worden gelezen als een benadering waarbij het begrip rusttijd vooropstaat en elke periode van beschikbaarheid die een werknemer niet relatief vrij kan besteden aan privéactiviteiten geen rusttijd en *dus* arbeidstijd is. In *Stadt Offenbach am Main* maakt het Hof duidelijk dat deze lezing niet de juiste is. Het stelt weliswaar ook in dit arrest de door de werknemer genoten mate van vrijheid centraal, maar concretiseert en limiteert de betekenis die aan die vrijheid moet worden toegekend. Het overweegt dat doorslaggevende betekenis toekomt aan de verplichtingen die zijn opgelegd door de werkgever (of door een cao of door wetgeving) en in hoeverre die verplichtingen objectief gezien ingrijpen in het privéleven van de werknemer. Hiermee maakt het Hof duidelijk dat de door de werknemer genoten mate van vrijheid geen opzichzelfstaand, doorslaggevend criterium is. Beslissend is de intensiteit van het werkgeversgezag: het gaat erom of tijdens een beschikbaarheidsdienst de door de werkgever uitgeoefende mate van gezag zodanig ingrijpend is dat sprake is van arbeidstijd, en (slechts) ter beantwoording van *die* vraag moet worden gekeken of de tijdsbesteding van de werknemer objectief en aanzienlijk wordt beperkt.

3. Voor de precisering dat alleen de door de werkgever opgelegde verplichtingen ertoe doen, valt iets te zeggen. Immers, als het niet vrij kunnen invullen van de tijd primair het gevolg is van eigen keuzes van de werknemer, is er minder reden de tijd als arbeidstijd aan te merken. Toch heb ik mijn twijfels bij de overwegingen van het Hof. De precisering die het Hof aanbrengt, leidt namelijk niet altijd tot bevredigende uitkomsten. Ter illustratie wijs ik op het gelijktijdig met *Stadt Offenbach am Main* gewezen arrest *Radiotelevizija Slovenija*. Dit arrest betrof een technicus werkzaam bij een zendstation hoog in de bergen dat zeer moeilijk bereikbaar is. Tijdens een beschikbaarheidsdienst was de technicus niet verplicht op het zendstation te blijven, maar moest hij telefonisch bereikbaar zijn en zo nodig binnen een uur daarheen kunnen terugkeren. Gezien de afgelegen ligging van het zendstation was de technicus echter in feite verplicht om op het zendstation te blijven. Het Hof oordeelt net als in *Stadt Offenbach am Main* dat de afstand tussen huis en werk geen relevante omstandigheid is. Het maakt geen onderscheid tussen de situatie waarin de werknemer ervoor kan kiezen dicht bij het werk te gaan wonen en de situatie waarin die keuze vanwege de bijzondere ligging van de werkplek niet bestaat. In combinatie met de lange reactietijd kwalificeert de beschikbaarheidsdienst van de technicus daarom niet als arbeidstijd. Met andere woorden: in

de ogen van het Hof kwalificeert een beschikbaarheidsdienst die een werknemer vanwege de bijzondere aard van de werkplek door moet brengen op het werk in principe niet als arbeidstijd, terwijl een beschikbaarheidsdienst met een korte reactietijd die een werknemer thuis doorbrengt, wel arbeidstijd is. Ik sta hier kritisch tegenover. In het eerste geval lijkt sprake van een grotere inmenging in de vrijheid van de werknemer dan in het tweede geval, bijvoorbeeld omdat de werknemer de tijd dan niet kan doorbrengen met zijn of haar gezin. Bovendien vallen de aard en de ligging van de werkplek onder de organisatorische keuze van de werkgever, en de werkgever beslist op welke locatie de werknemer wordt ingezet. Om deze redenen had het mij niet verbaasd als het Hof de bijzondere ligging van de werkplek, en de daaruit voortvloeiende onmogelijkheid de werkplek te verlaten, had teruggevoerd tot de verplichtingen die de werkgever heeft opgelegd en de beschikbaarheidsdienst van de technicus had aangemerkt als arbeidstijd. Hoewel er dus iets voor te zeggen valt om de door de werknemer genoten mate van vrijheid te plaatsen in de sleutel van de gezagsbevoegdheid, geeft het Hof aan die bevoegdheid mijns inziens een te beperkte betekenis.

4. Los van voornoemde aanscherpingen van *Matzak* springt in het oog dat het Hof de Arbokaderrichtlijn betreft in zijn beoordeling. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat de begrippen arbeids- en rusttijd elkaar uitsluiten: er is geen tussencategorie. Met dit binaire systeem in het achterhoofd kan het dan ook baanbrekend worden genoemd dat het Hof oordeelt dat, ook als een beschikbaarheidsdienst als rusttijd geldt, de Arbokaderrichtlijn eist dat de frequentie en duur daarvan wordt gelimiteerd. Via de Arbokaderrichtlijn creëert het Hof als het ware dus alsnog een tussencategorie. Het Hof laat het vervolgens aan de lidstaten om deze tussencategorie nader vorm te geven (r.o. 60). Voor Nederland geldt dat de arbeidstijdenwetgeving al in een dergelijke tussencategorie voorziet. De Nederlandse arbeidstijdenwetgeving merkt beschikbaarheidsdiensten niet aan als arbeidstijd, maar legt alsnog een aantal beperkingen op in de frequentie en duur daarvan (zie W.L. Roozendaal, 'Arbeidstijdregulering en oproeparbeid', *ArA* 2019/1).

5. Het bestaan van een tussencategorie neemt niet weg dat ook in Nederland steeds moet worden gekeken of een beschikbaarheidsdienst kwalificeert als arbeidstijd. Als sprake is van arbeidstijd, levert onverkorte toepassing van het tussenregime namelijk strijd op met de Arbeidstijdenrichtlijn (Roozendaal a.w., p. 70-71). In dit verband is interessant dat de Nederlandse arbeidstijdenwetgeving een onderscheid maakt tussen twee soorten beschikbaarheidsdiensten: de 'bereikbaarheidsdienst' en de 'consignatiedienst'. Het verschil tussen de twee zit in de frequentie: in geval van een bereikbaarheidsdienst (denk bijvoorbeeld aan een verloskundige) is volgens de wetgever op voorhand duidelijk dat er één of meer oproepen

zullen plaatsvinden, terwijl een consignatiedienst (zoals bij de brandweer) niet goed planbare of niet zeer frequente oproepen betreft (Roozendaal a.w., p. 69-70). Het Hof maakt in *Stadt Offenbach am Main* een soortgelijk onderscheid. Het overweegt dat wanneer een werknemer tijdens een beschikbaarheidsdienst gemiddeld vaak wordt gebeld, de beschikbaarheidsdienst in principe arbeidstijd vormt. Anderzijds is de omstandigheid dat de werknemer niet vaak wordt opgeroepen niet doorslaggevend. In dat geval is beslissend of de overige door de werkgever opgelegde verplichtingen de tijdsinvulling van de werknemer alsnog aanzienlijk beperken (r.o. 53-54). Als gevolg hangt de kwalificatie van een consignatiedienst – net als de BvE-dienst van RJ – af van de concrete verplichtingen (met name de reactietijd) die de werkgever heeft opgelegd. Een bereikbaarheidsdienst kwalificeert daarentegen in principe als arbeidstijd, zodat de Nederlandse arbeidstijdenwetgeving op dit punt afwijkt van de Arbeidstijdenrichtlijn.

Mr. M.A.N. van Schadewijk

Socialezekerheidsrecht

TRA 2021/61

Centrale Raad van Beroep 11 maart 2021, 17/5679 ZW
m.nt. mr. M.J.A.C. Driessen

Art. 29 lid 2 onder c ZW

RSV 2021/82
ECLI:NL:CRVB:2021:550

Ziektewetuitkering en wijziging van de arbeidsovereenkomst.

Feiten en procesverloop

Betrokkene heeft een contract voor onbepaalde tijd en heeft in verband met het zwangerschaps- en bevallingsverlof van een collega gedurende vijf maanden tijdelijk extra werkzaamheden verricht. Dit is schriftelijk vastgelegd in een document met het opschrift “wijzigingsformulier”. Opgenomen is dat de deeltijdfactor tijdelijk wordt gewijzigd van 40% naar 69,44% tot 14 september 2016. Betrokkene meldt zich per 30 augustus 2016 ziek. Werkgeefster meldt betrokkene vervolgens per 5 oktober ziek bij het UWV wegens einde dienstverband van het tijdelijke dienstverband en vraagt in verband hiermee een ZW-uitkering aan. Deze wordt geweigerd omdat volgens het UWV bij een tijdelijke uitbreiding van uren bij een dienstverband voor onbepaalde tijd geen recht op ziekingeld ontstaat als de uitbreiding van uren tijdens ziekte eindigt. Er is dan geen sprake van beëindiging van een

dienstbetrekking. Het daartegen ingestelde bezwaar wijst het UWV af omdat van een afzonderlijk gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst geen sprake is. Er heeft een tijdelijke wijziging van de bestaande arbeidsovereenkomst plaatsgevonden.

De rechtbank verklaart het ingestelde beroep gegrond en verwijst daarbij naar een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 18 augustus 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:3109), welke aanknopingspunten biedt om bij de beoordeling van het recht op ziekingeld op grond van de ZW het bestaan van een tweede dienstverband voor bepaalde tijd aan te nemen. In het wijzigingsformulier, dat tot stand is gekomen naast de bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is de specifieke reden opgenomen waarom de urenuitbreiding is overeengekomen en er staan bepalingen over de arbeidsomvang en de maximumduur van de urenuitbreiding in.

Oordeel van de Centrale Raad van Beroep

De Raad verwijst eerst naar eerdere jurisprudentie uit 2003 en 2012 waarin de Raad overwoog dat er geen grond is om een splitsing in twee dienstbetrekkingen tussen dezelfde werknemer en werkgever te maken als de werkzaamheden in de extra uren niet wezenlijk verschillen van het werk binnen de contractueel vastgelegde uren, en er ook overigens geen verschillende arbeidsvoorwaarden gelden. In zijn uitspraak van 18 augustus 2016 is de Raad tot een ander oordeel gekomen. Uit die uitspraak vloeit voort dat als partijen door middel van afzonderlijke arbeidsovereenkomsten duidelijk kenbaar hebben gemaakt dat zij aan te onderscheiden delen van hun arbeidsverhouding afzonderlijke rechtsgevolgen hebben willen verbinden, moet worden gesproken van te onderscheiden dienstbetrekkingen, ook als de werkzaamheden in beide dienstverbanden niet van elkaar verschillen. I.c. sluit de Raad aan bij het door het UWV gehanteerde uitgangspunt dat er niet kan worden gesproken van een afzonderlijke arbeidsovereenkomst, maar moet worden uitgegaan van een tijdelijke wijziging in de bestaande overeenkomst. Er dient niet van twee naast elkaar bestaande dienstbetrekkingen bij één en dezelfde werkgever te worden uitgegaan als geen sprake is van wezenlijke verschillen in de afgesproken arbeid en er geen verschillende arbeidsvoorwaarden gelden.

Commentaar

1. Deze uitspraak vraagt om close reading: wanneer is nu eigenlijk sprake van het bestaan van twee naast elkaar bestaande, afzonderlijke arbeidsovereenkomsten en wanneer van een gewijzigde arbeidsovereenkomst in het geval een werknemer tijdelijk extra taken gaat verrichten? Bovendien blijkt uit deze uitspraak ook weer dat over het bestaan en de wijziging van een arbeidsovereenkomst in het civiele recht en het bestuursrecht niet altijd hetzelfde wordt gedacht.