

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteurs(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2024



Margot van Herwerden¹

Een terugblik op arbeidsrechtelijke mijlpalen van 2023

2024-0002

Het nieuwe jaar is alweer enige weken geleden begonnen. Direct is een aantal arbeidsrechtelijke wijzigingen in werking getreden. Zo zijn het wettelijk minimumloon, de onbelaste kilometervergoeding en het plafond van de transitievergoeding verhoogd. Ook wordt een aantal wetswijzigingen doorgevoerd (registratie van CO₂-uitstoot per werknemer voor grote werkgevers) of verwacht (verplichte vertrouwenspersoon en aanscherping concurrentiebeding). Voordat we onze blik op de toekomst richten, besteed ik graag eerst aandacht aan een aantal belangrijke arresten die in 2023 zijn geweest. Deze hebben betrekking op het bestaan een arbeidsovereenkomst, de vakantiedagenregeling en ontslag wegens een dringende reden. Na lezing van deze bijdrage komt u in 2024 in elk geval op deze onderwerpen goed beslagen ten ijs.

Bestaan arbeidsovereenkomst

In 2023 heeft Deliveroo opnieuw in de belangstelling gestaan door een drietal interessante arresten van de Hoge Raad over de rechtspositie van de maaltijdbezorgers, toepasselijkheid van de CAO beroepsgoedervervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen en het betreffende bedrijfstakpensioenfonds. Deliveroo mag Nederland in 2022 reeds hebben verlaten, het heeft zonder meer een stempel gedrukt op de Nederlandse arbeidsrechtpraktijk.

In 2019 oordeelde de Kantonrechter Amsterdam in een door de FNV gestarte procedure dat de rechtsverhouding tussen de maaltijdbezorgers en Deliveroo aangemerkt moest worden als arbeidsovereenkomst. De rechter overwoog dat de grote vrijheid die de bezorgers ten aanzien van het verrichten van de arbeid hadden, niet onverenigbaar was met het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In hoger beroep heeft het Hof Amsterdam dit vonnis bekrachtigd. Daarvan heeft Deliveroo cassatie ingesteld bij de Hoge Raad, die in maart 2023 arrest heeft gewezen.

Volgens de Hoge Raad moet door uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden vastgesteld of partijen een arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen.² Voor de kwalificatie is niet van belang of partijen de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, hangt af van alle omstandigheden van het geval in onderling verband gezien, bijvoorbeeld de aard en duur van de werkzaamheden, de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald, de inbedding van het werk en degene die de werk-

zaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht, het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren, de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen is tot stand gekomen, de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd, de hoogte van deze beloningen, en de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt. Ook kan van belang zijn of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen.

De vrijheid die een werkende heeft om te bepalen wanneer hij werkt en de vrijheid die hij heeft om zich te laten vervangen, zijn op zichzelf niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst en moeten steeds worden gezien in het licht van alle omstandigheden van het geval. Het hof heeft erkend dat beide vrijheden eerder wijzen op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Het mocht op basis van alle overige omstandigheden niettemin tot het oordeel komen dat tussen Deliveroo en haar bezorgers een arbeidsovereenkomst bestond. Daarbij heeft het hof onder meer meegewogen dat bezorgers zich slechts incidenteel laten vervangen door een ander en niet permanent zonder toestemming van Deliveroo. De daadwerkelijke betekenis van de vervangingsclausule is daarmee gering. De Hoge Raad laat het arrest van het hof daarmee in stand.

Vanuit de beschermingsgedachte is de uitspraak goed te volgen. Toch heb ik er moeite mee dat deze nieuwe vorm van werken waarbij de vrijheid van de werkende vooropstaat, in het keurslijf van de arbeids-

overeenkomst wordt geperst. In het Verenigd Koninkrijk is recent juist geoordeeld dat de maaltijdbezorgers van Deliveroo juist géén werknemers zijn. Ik pleit ervoor meer waarde toe te kennen aan de wens van de werkende. Als die welbewust een opdrachtovereenkomst verkiest boven een arbeidsovereenkomst, zou dat mogelijk moeten zijn en gefaciliteerd moeten worden.

Toepasselijkheid CAO en Bpf

De FNV is tevens een procedure gestart tegen Deliveroo waarin zij naleving van de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen heeft gevorderd. Nadat de kantonrechter de FNV in 2019 in het gelijk had gesteld, heeft Deliveroo hoger beroep en cassatie ingesteld. De kern van het betoog van Deliveroo is dat de bezorgers de maaltijden per fiets bezorgen en dat de cao van oudsher nooit bedoeld is geweest voor ongemotoriseerd vervoer. De Hoge Raad doet de zaak af op artikel 81 lid 1 RO.³ In de conclusie van de A-G valt te lezen dat de werkingsfeerbepaling aan de hand van de cao-norm uitgelegd moet worden. Dit betekent dat op basis van objectieve maatstaven en naar aannemelijkheid van de rechtsgevolgen beoordeeld moet worden wat onder 'vervoer van goederen over de weg' wordt verstaan. Een taalkundige uitleg brengt niet met zich dat sprake moet zijn van een gemotoriseerd voertuig. Daarnaast geven de overige bewoordingen in de cao en de inhoud van de cao geen aanknopingspunten voor het standpunt dat deze alleen van toepassing is op gemotoriseerd vervoer. Tot slot laat de cao-norm geen restrictieve uitleg van het begrip 'vervoer van goederen over de weg' toe. Deliveroo valt dus onder de CAO Beroepsgoederenvervoer en had deze moeten toepassen toen deze algemeen verbindend was verklaard.

Op dezelfde dag beslist de Hoge Raad dat Deliveroo ook onder het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg valt.⁴ Ook in deze zaak voert Deliveroo aan dat de werkingsfeerbepaling zo moet worden uitgelegd dat hieronder alleen met een gemotoriseerd vervoermiddel dient plaats te vinden. De Hoge Raad overweegt dat een taalkundige uitleg van de bepaling ook maaltijdbezorging per fiets omvat. Het argument van Deliveroo dat zij zichzelf niet herkent in de bedrijfstak en bij de verplichtstelling niet is meegenomen bij de representativiteitsgegevens speelt volgens de Hoge Raad evenmin een rol bij de uitleg van de werkingsfeerbepaling onder de cao-norm. Zoals Huijg in zijn noot bij het arrest aangeeft, is de impact van deze uitspraak groot. Werkgevers worden hierdoor voor een vrij lange termijn, in het uiterste geval zeven jaar, gedwongen om deel te nemen in een pensioenfonds

terwijl ze daartoe niet behoren.⁵ Het blijft oppassen geblazen met de verplichtstellingen van bedrijfstakpensioenfondsen, ook voor nieuw soortige bedrijven die nog niet bestonden toen de verplichtstelling tot stand kwam.

Vakantiedagen 1: aanmoedigingsplicht geldt ook voor verjaringstermijn

Een ander hot topic van 2023 is vakantiedagen. De eerste zaak betreft discussie over de verjaring van vakantiedagen.⁶ De werkgever heeft om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht met zijn werknemer, laatstelijk werkzaam als advocaat, wegens een verstoorde arbeidsverhouding. De werknemer verzoekt in die (gevoegde) procedure om een verklaring voor recht dat hij gerechtigd was tot het opnemen van 256,5 vakantiedagen betrekking hebbende op de periode tot en met december 2019. De kantonrechter heeft geoordeeld dat de werkgever 22 vakantiedagen diende uit te betalen. In hoger beroep heeft het hof deze uitspraak vernietigt en de werkgever veroordeeld tot uitbetaling van 186,5 vakantiedagen. Volgens het hof is de aanspraak van de werknemer op deze vakantiedagen niet vervallen (artikel 7:640a BW) of verjaard (artikel 7:642 BW), omdat de werkgever onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat hij jegens de werknemer heeft voldaan aan de zorg- en informatieverplichting die ingevolge het *Max Planck*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie op hem als werkgever rust. De werkgever heeft cassatie ingesteld. Volgens de werkgever zouden de verplichtingen ingevolge het *Max Planck*-arrest alleen betrekking hebben op het vervallen van de wettelijke vakantiedagen als bedoeld in artikel 7:640a BW en niet ook op de verjaringstermijn van vijf jaar uit artikel 7:642 BW.

Volgens de Hoge Raad heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat de Europese wet- en regelgeving zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het recht op jaarlijkse vakantie verjaart aan het einde van een periode van drie jaar die begint te lopen aan het einde van het jaar waarin dit recht is ontstaan wanneer de werkgever de werknemer niet daadwerkelijk in staat heeft gesteld om dit recht uit te oefenen. Er kan, aldus de Hoge Raad, redelijkerwijs geen twijfel over bestaan dat hetzelfde geldt voor een verjaringstermijn van vijf jaar. Het Hof heeft artikel 7:642 BW terecht buiten toepassing gelaten. Daarmee wordt bevestigd waar men al vanuit ging: de aanmoedigingsplicht ziet ook op artikel 7:642 BW.

Vakantiedagen 2: loon over bovenwettelijke vakantiedagen

Op grond van de CAO NS kunnen de werknemers kiezen om de bovenwettelijke vakantiedagen in te zetten voor bepaalde in het keuzeplan omschreven

doelen.⁷ Eén van de mogelijkheden is het inzetten van deze dagen voor de regeling werktijdverkorting oudere werknemers waarvan de werknemer in kwestie gebruik maakt. Op 28 oktober 2016 sluiten de werkgever en de vakbonden een vaststellingsovereenkomst die is aangemeld als CAO. Daarin staat dat werknemers recht hebben op de betaling van onregelmatigheidstoelage over de opgenomen wettelijke vakantiedagen, maar niet over de wettelijke vakantiedagen. De werknemer heeft zich tot de kantonrechter gewend, die alle vorderingen heeft toegewezen. Het Hof heeft het vonnis bekrachtigd, waarna de werkgever cassatie heeft ingesteld.

De Hoge Raad overweegt dat artikel 7:639 BW bepaalt dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt. Met loon wordt daarbij bedoeld het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon. De bepaling maakt voor het recht op loon geen onderscheid tussen de wettelijk voorgeschreven vakantie en bovenwettelijke vakantie. Een dergelijk onderscheid volgt evenmin uit andere bepalingen van afdeling 7.10.3, waarin voor enkele andere onderwerpen wel onderscheid wordt gemaakt tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen. Het loon over bovenwettelijke vakantiedagen is dus hetzelfde als over wettelijke vakantiedagen.

Deze uitspraak past in de reeds bestaande lijn van de rechtspraak. Maar het blijft vreemd dat werkgevers vrij zijn om al dan niet bovenwettelijke vakantiedagen toe te kennen, maar niet vrij zijn om te bepalen wat de waarde daarvan is.

Vakantiedagen 3: afboeken vakantiedagen tijdens ziekte alleen met instemming

Dat de Hoge Raad de vakantiedagenregeling steeds in het voordeel van de werknemer uitlegt en toepast, blijkt ook uit de volgende zaak. De werknemer heeft medio december 2017 vakantie aangevraagd voor een periode van 13 mei tot en met 22 juni 2018. Die aanvraag is goedgekeurd. Op 29 januari 2018 meldt de werknemer zich ziek. In overleg met de bedrijfsarts en zijn supervisor gaat de werknemer met vakantie. De werkgever boekt 29 vakantiedagen af. De werknemer vordert uitbetaling daarvan nu hij niet met die afboeking heeft ingestemd. De kantonrechter vond dat de werknemer heeft ingestemd met het aanmerken van ziektedagen als vakantiedagen als bedoeld in artikel 7:638 lid 8 BW. In hoger beroep heeft het hof geoordeeld dat de werknemer nog niet inzetbaar was voor arbeid en dat derhalve inderdaad getoetst moet worden aan artikel 7:638 lid 8 BW. Volgens het hof volgt uit de communicatie tussen partijen niet af te leiden dat de werknemer had ingestemd.

De Hoge Raad maakt onderscheid tussen het opnemen van vakantie tijdens ziekte en het verrekenen van ziektedagen met vakantiedagen. De door de wetgever bedoelde mogelijkheid om tijdens ziekte vakantie op te nemen bestaat slechts indien op de zieke werknemer re-integratieverplichtingen rusten. Het opnemen van vakantie strekt in dat geval ertoe dat de werknemer van deze verplichtingen kan recupereren. Het voorgaande is anders bij de zieke werknemer die is vrijgesteld van verplichtingen tot re-integratie: in dat geval is recuperatie van die verplichtingen, en dus het opnemen van vakantie, niet aan de orde en komen de minimumvakantiedagen na het verstrijken van de vervalttermijn van artikel 7:640a BW niet te vervallen omdat de werknemer in dat geval redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Als een werknemer echter geen mogelijkheden heeft om te re-integreren, kunnen vakantiedagen alleen worden afgeschreven als de werknemer daar uitdrukkelijk mee instemt nadat hij ziek is geworden. Volgens de Hoge Raad kon uit het informeren van de bedrijfsarts en werkgever door de werknemer dat hij met vakantie zou gaan, geen instemming met het verrekenen van vakantiedagen worden afgeleid. Het arrest van het hof blijft daarmee in stand. Ik denk niet dat er veel zieke werknemers zijn die instemmen met het afboeken van vakantiedagen tijdens ziekte. Ik vraag me dan ook af of de regeling omtrent samenloop van ziektedagen met vakantiedagen met deze uitspraak niet zijn doel voorbij schiet.

Ontslag wegens een dringende reden

De Hoge Raad heeft twee interessante arresten gewezen over de dringende reden. In de eerste gaat het om de vraag of een deugdelijk onderzoek is vereist voor het vaststellen van een dringende reden.⁸ Via zijn oude zakelijke telefoon ontdekte de werkgever dat de werknemer een concurrerende onderneming had opgericht. Ook had de werknemer denigrerende uitspraken over collega's gedaan. De werkgever heeft daarop onderzoek ingesteld en de werknemer vervolgens op staande voet ontslagen. Het hof oordeelde dat het ontslag op staande voet onterecht was, omdat het onderzoeksbureau onzorgvuldig onderzoek zou hebben gedaan door geen hoor en wederhoor toe te passen. De werkgever stelt cassatie in. Volgens de Hoge Raad was het de werknemer uit de ontslagbrief onmiddellijk duidelijk wat hem werd verweten. Ook moet onderscheid worden gemaakt tussen de dringende reden en de mededelingseis. Het achterwege blijven van een deugdelijk onderzoek naar het bestaan van een dringende reden, waaronder het niet in acht nemen van het beginsel van hoor en wederhoor, betekent niet dat geen sprake kan zijn van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Het gaat er dus om of sprake is van een dringende reden; niet hoe tot vaststelling hiervan is gekomen.

In de andere zaak gaat het om de vraag of nog sprake is van onverwijldheid bij een samengestelde dringende reden als een deel van de ontslagredenen al eerder bekend waren.⁹ De werkgever constateert tijdens afwezigheid van de werknemer wegens ziekte diverse onregelmatigheden en schakelt een onderzoeksbureau in. De werkgever ontslaat de werknemer wegens elf ontslagredenen. De werknemer vecht het ontslag aan. De kantonrechter acht het ontslag terecht gegeven. Het hof niet, omdat het ontslag niet onverwijld zou zijn gegeven. De werkgever stelt cassatie in.

De Hoge Raad overweegt dat ter beantwoording van de vraag of het ontslag overeenkomstig artikel 7:677 lid 1 BW onverwijld is gegeven, moet worden beoordeeld of (i) de werkgever voldoende voortvarend onderzoek heeft verricht of laten verrichten naar de vermoede betrokkenheid bij onregelmatigheden, (ii) het onderzoek voldoende voortvarend heeft verricht, (iii) de werkgever zich voldoende voortvarend van de, ook tussentijdse, bevindingen uit het onderzoek op de hoogte heeft gesteld en (iv) de werkgever na kennisneming daarvan voldoende voortvarend is overgegaan tot het ontslag op staande voet. Bij de beoordeling van dit laatste kan de rechter in voorkomend geval betrekken of de tussentijdse resultaten van het onderzoek rechtvaardigen dat nader onderzoek is gedaan voordat is overgegaan tot het ontslag op staande voet. Voor zover de werkgever de aan het licht gekomen feiten als een samengestelde dringende reden aan het ontslag ten grondslag heeft

gelegd, moet de rechter onderzoeken of ten aanzien van dat samenstel voldoende voortvarend is gehandeld. Het hof had volgens de Hoge Raad van het samenstel van de aangevoerde ontslaggronden moeten onderzoeken of de werkgever voldoende voortvarend had gehandeld. Nu het hof dat niet heeft gedaan, vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof.

Een samengestelde dringende reden komt in de praktijk regelmatig voor. Het is daarbij voor werkgevers vaak zoeken naar het juiste moment om tot ontslag over te gaan. Dit arrest maakt duidelijk dat werkgevers het onderzoek mogen voortzetten ook als tussentijds de dringende reden al (deels) is komen vast te staan. Dat biedt werkgevers iets meer comfort in de aanpak van het proces.

Ter afsluiting

Op de onderwerpen arbeidsovereenkomst, vakantie en ontslag om een dringende reden heeft 2023 een aantal belangwekkende arresten voortgebracht. Ik ben benieuwd wat 2024 voor de arbeidsrechtpraktijk in petto heeft en houd u graag op de hoogte.

Noten:

1. Mr. M.J. van Herwerden is werkzaam bij Van Herwerden Arbeidsrecht.
2. HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.
3. HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1610.
4. HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622.
5. Annotatie T. Huijg bij JAR 2024/15.
6. HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955.
7. HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:816.
8. HR 30 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:1008.
9. HR 1 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1668 (gepubliceerd in 2024).