

Arbeidsvoorwaardenrichtlijn kwalificatie en nevenwerkzaamheden

VvA, 7 december 2021, prof.mr. G.C. Boot (raadsheer hof Amsterdam)



Universiteit Leiden

Bereik richtlijn en kwalificatie

- Artikel 1 -2: Deze richtlijn bepaalt minimumrechten die van toepassing zijn op elke werknemer in de Unie met een arbeidsovereenkomst of arbeidsrelatie zoals omschreven in het recht, de praktijk of de collectieve arbeidsovereenkomst die van kracht zijn in elke lidstaat, met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Overweging 8 richtlijn 2019/1152

In zijn jurisprudentie heeft het HvJ criteria vastgesteld om de rechtspositie van een wn te bepalen (Lawrie-Blum; Isere; Balkaya; FNV KIEM; Ruhrlandklinik). Bij de uitvoering van deze richtlijn moet rekening worden gehouden met de interpretatie door het HvJ van deze criteria. (...) Echte zelfstandigen mogen niet binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen, aangezien zij niet aan deze criteria voldoen. (...) . Er is sprake van schijnzelfstandigheid wanneer iemand voldoet aan de voorwaarden die kenmerkend zijn voor een arbeidsrelatie, wordt aangemerkt als zelfstandige, met als doel te ontkomen aan bepaalde juridische of fiscale verplichtingen. (...) Of er sprake is van een arbeidsrelatie moet worden bepaald aan de hand van de feiten die verband houden met de daadwerkelijke uitvoering van het werk en niet aan de hand van de beschrijving van de arbeidsrelatie door de betrokken partijen.

Wat valt op in richtlijn?

- In definitie zowel verwijzing naar nationaal werknemersbegrip als naar EU-jurisprudentie
- Die EU-jurisprudentie kent een (voor NL en kort weergegeven) breed bereik.
- I.v.m. HR-gemeente Amsterdam: alleen kijken naar de daadwerkelijke uitvoering van het werk, niet aan de hand van de beschrijving van de arbeidsrelatie door partijen
- Lidstaten mogen relaties van gemiddeld minder dan vaste 3 u/w (12 u/4w) uitsluiten

Uitvoeringswetsvoorstel

- Niets gedaan met definitie; geen gebruik gemaakt van uitzonderingsmogelijkheid bij minder dan 12 u/4w.
- Wel uitzondering voor huishoudelijke personeel doorgaans minder dan 4 dagen (hoewel RvdR er op had gewezen dat de uitbreiding van <3 naar <4 d/w strijdig was met ondertekening ILO conventie 175, nog los van het overige indirecte onderscheid).

Stelling 1

- Richtlijn 2019/1152 is weer een stapje naar een uniform EU-werknemersbegrip.



Verbod op verbod nevenwerkzaamheden

- Artikel 9 Meerdere banen
 1. De lidstaten zorgen er voor dat de werkgever de werknemer niet verbiedt, buiten het werkrooster bij die werkgever, voor andere werkgevers te gaan werken en dat de werkgever de werknemer daarvoor geen nadelige behandeling doet ondergaan.
 2. De lidstaten kunnen voorwaarden vastleggen voor het gebruik van onverenigbaarheids-beperkingen door wg's, om objectieve redenen, zoals gezondheid en veiligheid, de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie, de integriteit van overheidsdiensten of het vermijden van belangenconflicten.

Overwegingen richtlijn

- Ov. 29. bijna letterlijke weergave van artikel 9.



Voorontwerp implementatie

Artikel 653a

1. Een beding waarbij de werkgever verbiedt of beperkt dat de werknemer voor anderen arbeid verricht buiten de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht bij die werkgever, is nietig, tenzij dit beding kan worden gerechtvaardigd op grond van een objectieve reden.
2. Van lid 1 kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.
3. De werkgever mag de werknemer niet benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op lid 1 of ter zake bijstand heeft verleend.

Reacties Raad van State en RvdR

RvSt: geen opmerkingen hierover

RvdR: (i) lijst uitzonderingen niet limitatief, bv bij beroep op ATW; (ii) te verstrekkend verbod nevenwerkzaamheden is nietig; dat geeft onzekerheid, ook voor werknemer; neem daarom in arbeidsovereenkomst op waarom verbod (zoals met concurrentiebeding bij arbeidsovereenkomst bepaalde tijd); (iii) driekwartdwingendheid staat niet in Richtlijn.

Wetsontwerp naar Tweede Kamer

- (i en ii): het moeten opnemen van de reden van het nevenwerkzaamhedenverbod niet overgenomen; maar ook niks gedaan met art. 9 lid 2 Richtlijn. Dus het is nu extra onduidelijk in welke gevallen zo'n verbod is toegestaan. Waarom niet?
- (iii) afwijkingsmogelijkheid bij cao geschrapt.

Toelichting MvT 653a

- Algeheel verbod nevenwerkzaamheden wordt nu ook al niet-algemeenverbindend verklaard;
- Het is niet nodig dat het beding zelf de rechtvaardiging (van een objectieve reden) bevat, want: bestaande bedingen waarin de objectieve rechtvaardiging niet is opgenomen kunnen op deze wijze in stand blijven. De rechtvaardiging kan daarnaast, onder omstandigheden zoals tijdsverloop, wijzigen.

vervolg

- Beding kan bestaan uit een door de werkgever verplicht te verlenen toestemming. Voor die toestemming zal dan een objectieve grond moeten zijn. In de praktijk moet de werkgever dus een rechtvaardigingsgrond hebben zoals het beschermen van bedrijfsgeheimen (...) of het voorkomen van belangenconflicten. [Ook valt te denken aan de verenigbaarheid van de arbeid met de verplichtingen ogv de ATW]

Vergelijking met huidig recht

- Verbod nevenwerkzaamheden staande praktijk.
- Uitgebreid artikel E. Hagendoorn, TAP dec 2019 (op basis van Richtlijn). Hij signaleert omkering bewijslast als wn aannemelijk maakt te zijn ontslagen/benadeeld wegens verrichten nevenwerkzaamheden. Voor geheimhouding is beding toch niet nodig, gelet op Wet bescherming bedrijfsgeheimen. Art. 5.15 ATW verplicht wn al nevenwkzh te melden.

Huidige jurisprudentie

- Naleving verbod nevenwerkzaamheden wordt zonder veel discussie opgelegd, al dan niet rechtstreeks of vanwege niet melden nvwzh.
- ECLI:NL:RBMNE:2020:5420
- ECLI:NL:RBROT:2020:7965 en 2021:3001
- ECLI:NL:GHDHA:2020:872 (cao en 613)
- ECLI:NL:GHAMS:2021:5161 (toetsing 677)
- ECLI:NL:RBARN:2012:BY2378(19-3 Gw/o.d.) en ECLI:NL:GHSHE:2018:1131 (fin.belang tijdens arb.ovk minder zwaar dan erna. Juist?)

Conclusie

- Toetsing nevenwerkzaamhedenverbod straks echt anders;
- Of nu al (een beetje) vanwege bestaan Richtlijn?



Stelling 2

- Art. 7:653a lid 1 BW zou beter kunnen luiden:
Een beding waarbij de werkgever verbiedt of beperkt dat de werknemer voor anderen arbeid verricht buiten de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht bij die werkgever, is nietig, tenzij dit beding kan worden gerechtvaardigd op grond van **een in de arbeidsovereenkomst genoemde** objectieve reden.