

# VU Research Portal

## Case note *Gerechtshof Den Haag 2 mei 2023*

Eleveld, Anja

2023

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Eleveld, A., (2023). *Case note Gerechtshof Den Haag 2 mei 2023: Arbeidstijd; Loon; Aanwezigheidsplicht*, No. JAR 2023/158, No. ECLI:NL:GHDHA:2023:738, May 02, 2023.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

ingediend en dat het ingevolge art. 362 Rv niet mogelijk is dat voor het eerst in hoger beroep te doen. Weliswaar kan het verzoek tot een billijke vergoeding op grond van art. 7:683 lid 3 BW worden behandeld, maar omdat de ontbinding in stand blijft komt het hof daar niet aan toe.

Een laatste 'creatieve' oplossing voor art. 362 Rv komt eveneens van het hof Arnhem-Leeuwarden (25 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:654). Ook hier had de werknemer het eigen verzoek ingetrokken en geen zelfstandige tegenverzoeken ingediend in het door werkgever ingediende tegenverzoek tot ontbinding. Het hof stelt dat uit de bestreden beslissing niet kan worden afgeleid of werknemer überhaupt in de gelegenheid is gesteld op het tegenverzoek van werkgever een zelfstandig tegenverzoek in te dienen. Verder stelt het hof dat de kantonrechter kennelijk heeft begrepen dat de billijke vergoeding niet alleen verzocht werd bij ontbinding op eigen verzoek, maar ook indien ontbonden zou worden op verzoek van werkgever. Het hof concludeert dat dat ook voor de hand ligt, en behandelt het verzoek. Het is de vraag of dat echt voor de hand ligt. Hoe wordt omgegaan met art. 362 Rv lijkt vooralsnog willekeurig, met wellicht een voorzichtige trend naar een mildere benadering, in ieder geval bij het hof Arnhem-Leeuwarden. Vanuit een gewenste efficiëntere rechtspraak is dat te begrijpen. Het is onwenselijk dat connexe verzoeken in aparte procedures worden behandeld en de rechtspraak zo extra wordt belast. Art. 362 Rv volledig loslaten doet echter afbreuk aan het uitgangspunt van een feitelijke behandeling in twee instanties. Een oplossing zou kunnen zijn dat verzoeken die in eerste aanleg zijn behandeld maar later zijn ingetrokken – bijvoorbeeld ter verkrijging van een billijke vergoeding – in hoger beroep behandeld kunnen worden. De wederpartij heeft zich in eerste aanleg daartegen immers al verweerd. Als het een heel nieuw verzoek is dat in eerste aanleg niet aan de orde is geweest – zoals in onderhavige procedure – zou het hof art. 362 Rv strikter moeten toepassen. De tegenverzoeken hadden dan niet behandeld kunnen worden. Nu een nieuwe of duidelijke lijn nog ontbreekt, is het advies in eerste aanleg voor te sorteren op mogelijke wendingen en voldoende zelfstandige tegenverzoeken in te dienen.

mr. H.H.M.A. Foesenek  
advocaat bij Liber Dock Advocaten in Amsterdam

## 158

### Verplicht 10 minuten voor aanvang aanwezig moeten zijn is werktijd

Gerechtshof Den Haag  
2 mei 2023, nr. 200.308.991/01,  
ECLI:NL:GHDHA:2023:738  
(mr. Van der Ven, mr. Verbeek, mr. Ulrici)  
Noot mr. dr. A. Eleveld

### Arbeidstijd. Loon. Aanwezigheidsplicht.

[BW art. 7:628]

*De werknemer is sinds 26 september 2016 bij de werkgever werkzaam op basis van een min-max-contract. In de Planningsregels van de werkgever staat met betrekking tot de werktijden onder andere bepaald: '(...) 09.00 uur beginnen betekent dat je exact om 09.00 uur klaar zit om je eerste call aan te nemen danwel te maken. Meld je daarom altijd 10 minuten voor aanvang van je dienst bij je supervisor, dan ben je nooit te laat; (...)'. Bij brief van 16 maart 2021 maakt de werknemer aanspraak op nabetaaling van salaris. Zijn stelling is dat het eerder aanwezig zijn om zich te melden bij de supervisor, de systemen op te starten en met zijn headset klaar te zitten voor de eerste call, een opdracht van de werkgever is en derhalve kwalificeert als werktijd. Deze werktijd dient te worden uitbetaald, aldus de werknemer. De werkgever heeft betwist dat de werknemer aanspraak kan maken op achterstallig loon, omdat de werknemer nog geen productieve arbeid verricht. In eerste aanleg wees de kantonrechter de vorderingen van werknemer tot betaling van achterstallig loon toe. De werkgever is in hoger beroep gekomen. Het hof oordeelt dat de verplichte tien minuten aanwezigheid voor aanvang van de dienst kwalificeert als werktijd. De werknemer is op grond van zijn arbeidsovereenkomst gebonden aan de Planningsregels. Uit het – in de gebiedende wijs geformuleerde – art. 3 van de Planningsregels ('de 10 minutenregel') volgt dat de werknemer zich tien minuten voor zijn dienst dient te melden bij zijn supervisor. De werkgever verwacht dit ook van hem. Dat de werkgever niet controleert of de werknemer tien minuten voor aanvang aanwezig*

is en dat geen sanctie volgt als de werknemer zich één of enkele minuten te laat meldt, doet hieraan niet af. Vaststaat verder dat in deze 10 minuten diverse handelingen moeten worden verricht die tijd in beslag nemen. Ook dit duidt erop dat een werknemer geacht wordt vóór zijn dienst aanwezig te zijn op zijn werk en dat dus 'de 10 minuten-regel' niet een vrijblijvend advies is. Dat de werknemer tien minuten voor aanvang geacht wordt aanwezig te zijn, maakt dat hij beperkt is in zijn mogelijkheden tijd aan eigen zaken te besteden. Dat hij in die tijd nog niet productief is voor de werkgever doet daaraan niet af. Het vonnis wordt bekrachtigd.

*NB. Het verplicht aanwezig zijn voordat een dienst aanvangt, of 'uitwerktijd' na afloop van een dienst kunnen als arbeidstijd kwalificeren. Het Hof van Justitie heeft hierover op 15 juli 2021 in de zaak B.K./Slovenië (ECLI:EU:C:2021:183) een principiële uitspraak gedaan. Het Hof oordeelt dat wanneer tijdens de wachttijd aan de werknemer verplichtingen worden opgelegd die een objectieve en aanzienlijke impact hebben op de mogelijkheden om de wachtdienst vrij in te vullen en te besteden aan de eigen interesses van de werknemer, sprake is van arbeidstijd in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88/EG).*

*Teleperformance Netherlands B.V. te Zoetermeer, appellante,  
advocaat: mr. C. Staudt-Bos, kantoorhoudend in Eindhoven,  
tegen  
[geïntimeerde] te [woonplaats],  
verweerder,  
niet verschenen.*

### 1. De zaak in het kort

1.1. Het gaat in deze zaak om een loonvordering van een werknemer van een callcenter. Het geschilpunt betreft de vraag of de tien minuten die de werknemer volgens de planningsregels van zijn werkgever aanwezig moet zijn voor de start van zijn dienst als betaalde werktijd zijn aan te merken.

### 2. Procesverloop in hoger beroep (...; red.)

### 3. Vordering in hoger beroep

3.1. Teleperformance is in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens is met het vonnis. Zij heeft verschillende grieven tegen het vonnis aangevoerd. Teleperformance wil dat het hof de vorderingen van [geïntimeerde] alsnog afwijst.

3.2. Kort gezegd zien de bezwaren van Teleperformance op het volgende: zij stelt dat zij is overvallen door alle nieuwe stellingen van [geïntimeerde] op de zitting bij de kantonrechter, waarop zij niet adequaat heeft kunnen reageren. De kantonrechter is daardoor uitgegaan van onjuiste/onvolledige informatie. Zo is niet juist dat [geïntimeerde] zelf de computer moet aanzetten, dat doen de leidinggevende voor aanvang van de werkzaamheden van de Agents, waaronder [geïntimeerde]. Wel moet een Agent het Windows systeem opstarten door zijn computer te ontgrendelen, hiermee is slechts tien tot twintig seconden gemoeid. Daarna zou [geïntimeerde] zijn Passwordmanager moeten openen, hetgeen hij gezien zijn verklaring ter zitting kennelijk niet doet. Daarna hoeft hij slechts vier programma's (te weten: het urenregistratie systeem, GCIC, RMST agenda en de remote teamviewer) op te starten en niet tien, zoals [geïntimeerde] ter zitting heeft verklaard. Het opstarten van deze programma's duurt één minuut en dertig seconden. Het inloggen in de diverse programma's gebeurt met steeds dezelfde gebruikersnaam en met steeds hetzelfde wachtwoord. De overige zes computerprogramma's zoals genoemd in rov. 4.1 van het vonnis bevinden zich weliswaar op de computers van Teleperformance, maar deze hoeven de Agents niet voor aanvang van hun rooster te hebben opgestart. Dat kan ook later. Het opstarten van deze programma's duurt circa anderhalve minuut. Voordat [geïntimeerde] zijn eerste klant belt, dient hij – naast de handelingen op zijn computer – in te loggen op zijn telefoon. Dit betreft twee handelingen te weten i) het inloggen in het toestel en ii) het invoeren van een aux-code (voor "outbound calls", het terugbellen van klanten, totaal twaalf seconden), dan wel drukken op de knop "auto in" (voor "inbound calls", het gebeld worden door klanten, totaal acht seconden). Vanaf dat moment kan hij klanten terugbellen, ([geïntimeerde] werkt meestal outbound), zij het dat hij dan eerst de vier hiervoor genoemde programma's moet hebben opgestart. Het moment dat [geïntimeerde] "in de lijn zit" wordt geregistreerd en volgt uit het overzicht ("Avaya"). Het opstarten duurt dus geen tien

minuten, maar circa één minuut en 40 seconden. [geïntimeerde] ontgrendelt zijn Windows account overigens gemiddeld 3,76 minuut voor aanvang van het rooster. Daarna kan hij inloggen op de vier bovengenoemde programma's en desgewenst zelfs op de zes niet verplichte programma's en toch op tijd beginnen.

3.3. Weliswaar heeft de kantonrechter terecht overwogen dat een Agent niet te vroeg "in de lijn" mag gaan, omdat dat dan het scherm van de leidinggevende vervuult, maar [geïntimeerde] doet dat consequent wel. [geïntimeerde] heeft daarvoor echter nooit een officiële waarschuwing gekregen. Dat geldt ook voor de tien minuten dat [geïntimeerde] voor aanvang van zijn dienst aanwezig moet zijn. [geïntimeerde] voldoet daaraan geregeld niet. [geïntimeerde] heeft zelfs nooit een waarschuwing ontvangen voor het te laat "in de lijn gaan": hij heeft ook steeds vanaf de aanvang van zijn dienst zijn salaris ontvangen.

3.4. Teleperformance is daarom van mening dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de tien minuten voor aanvang van de dienst zijn aan te merken als werktijd: deze vroege aanwezigheid is immers niet zodanig essentieel voor het uitvoeren van de werkzaamheden, dat Teleperformance consequenties verbindt aan schending van deze regel. In die tien minuten kan [geïntimeerde] ook nog niet opgeroepen worden om werkzaamheden te verrichten en ontvangt hij geen instructies. Er is daarom geen sprake van meeruren als bedoeld in art. 21 van de CAO en evenmin van overwerk als bedoeld in art. 22 van de CAO.

3.5. Volgens Teleperformance is de "10 minutenregel" uit de Planningsregels gebaseerd op de CAO zoals deze gold tot 2012. In deze CAO was toen vermeld: "Niet als meerwerk wordt beschouwd een overschrijding voorafgaand of aansluitend op het rooster van minder dan een kwartier". Daarna is deze regel komen te vervallen, maar is in de CAO geen andersluidende bepaling opgenomen. Dat "de 10 minutenregel" in de Planningsregels is blijven staan, betekent niet dat deze een verplichting tot aanwezigheid inhoudt. Er is geen sprake van een plicht van de werknemers om fysiek aanwezig te zijn en zo nodig onmiddellijk een noodzakelijke prestatie te leveren. [geïntimeerde] staat tijdens de bedoelde tien minuten niet al ter beschikking van Teleperformance. Hij kan niet worden opgeroepen voor een noodzakelijke prestatie en is niet verplicht zijn werkzaam-

heden uit te voeren en ontvangt evenmin instructies. De conclusie van de kantonrechter dat [geïntimeerde] op grond van artikel 6 van de arbeidsovereenkomst en de meerurenbepaling uit de CAO aanspraak kan maken op betaling van de bedoelde tien minuten, acht Teleperformance onjuist.

#### 4. Beoordeling in hoger beroep

4.1. Ook in hoger beroep ligt aldus de vraag voor of de tien minuten die [geïntimeerde] voor aanvang van zijn dienst aanwezig moet zijn, moet worden aangemerkt als betaalde arbeidstijd.

4.2. Het hof beantwoordt deze vraag evenals de kantonrechter bevestigend en maakt de overwegingen 4.4. tot en met 4.7 van het bestreden vonnis tot de zijne. De kantonrechter heeft terecht geconstateerd dat dat [geïntimeerde] op grond van zijn arbeidsovereenkomst is gebonden aan de Planningsregels en dat uit het – in de gebiedende wijs geformuleerde – artikel 3 van de Planningsregels ("de 10 minutenregel") volgt dat [geïntimeerde] zich tien minuten voor zijn dienst dient te melden bij zijn supervisor. Teleperformance verwacht dit ook van hem, gelet op de e-mail van 23 februari 2021 van de Business Unit Manager (zie hiervoor onder 2.2 sub e). [geïntimeerde] dient dus tien minuten voor aanvang van zijn dienst aanwezig te zijn op de werkplek. Dat Teleperformance dit niet controleert en dat geen sanctie volgt als een agent zich één of enkele minuten te laat meldt, doet hieraan niet af.

4.3. Teleperformance monitort wel het "in de lijn gaan": tussen partijen staat vast dat als een Agent later dan het aanvangstijdstip van zijn dienst "in de lijn gaat", er automatisch een melding gaat naar de supervisor. Als dit vaker voorkomt, zal de Agent hierop worden aangesproken door zijn supervisor. Vaststaat dat de Agent voordat hij "in de lijn" kan gaan, tenminste

- het Windows systeem moet opstarten door zijn computer te ontgrendelen;
  - vier programma's (te weten: het urenregistratie systeem, GCIC, RMST agenda en de remote tienviewer) dient op te starten; en
  - dient in te loggen op zijn telefoon
- en dat dat enkele (althans op zijn kortst circa twee) minuten in beslag neemt.

Ook dit duidt erop dat de Agent geacht wordt vóór zijn dienst aanwezig te zijn op zijn werk (om te zorgen dat hij tijdig "in de lijn" gaat), en dat dus

“de 10 minutenregel” niet een vrijblijvend advies is.

4.4. Dit betekent dat het hof ervan uitgaat dat op grond van genoemde regel een Agent gehouden is om zich tien minuten voor aanvang van zijn dienst bij zijn supervisor te melden. Dit brengt met zich dat niet van belang is hoeveel tijd met het opstarten/inloggen is gemoeid en dat evenmin relevant is of een Agent is gehouden alle tien de programma's op te starten voor hij “in de lijn gaat” (zoals door [geïntimeerde] in eerste aanleg is betoogd), of dat hij kan volstaan met de vier programma's (zoals Teleperformance in hoger beroep heeft aangevoerd) en de overige programma's later kan opstarten. Als een Agent – zoals door Teleperformance is betoogd – geen tien minuten nodig heeft om “in de lijn” te gaan, kan de Agent – nu Teleperformance geen gebruik wenst te maken van de mogelijkheid om nadere instructies te geven over het gebruik van de tijd – de eventueel resterende tijd gebruiken om zich voor te bereiden op de aanvang van zijn dienst op de wijze zoals hem goedgebeurt. Of Teleperformance al dan niet haar Agents heeft geadviseerd gebruik te maken van een passwordmanager kan daarom in het midden blijven.

4.5. Uit het feit dat een Agent de eventueel resterende tijd kan gebruiken om zich voor te bereiden op de aanvang van zijn dienst op de wijze zoals hem goedgebeurt, volgt echter niet dat deze tijd niet is aan te merken als (door Teleperformance te betalen) arbeidstijd. In de tien minuten voor aanvang van de dienst wordt de Agent immers geacht aanwezig te zijn op de werkplek en zich gereed te maken voor zijn dienst. De Agent is met andere woorden beperkt in zijn mogelijkheden zijn tijd aan eigen zaken te besteden. Dat hij in die tijd nog niet productief is voor Teleperformance, omdat dat Teleperformance pas door haar klant betaald wordt vanaf het moment dat de Agent in de lijn zit, doet daaraan niet af. De Agents zijn immers geen partij bij de afspraken van Teleperformance met haar klanten. Uit het vorenstaande volgt verder dat voor de vraag of sprake is van te betalen arbeidstijd niet relevant is dat [geïntimeerde] volgens Teleperformance structureel onnodig vroeg “in de lijn gaat”, zelfs voordat hij zijn Windows account heeft ontgrendeld.

4.6. De omstandigheid dat “de 10 minutenregel” tot stand is gekomen in de tijd dat in de (algemeen verbindend verklaarde) CAO 2012 was bepaald dat “niet als meerwerk wordt beschouwd een over-

*schrijding voorafgaand of aansluitend op het rooster van minder dan een kwartier*” noopt niet tot een ander oordeel, al was het maar omdat deze bepaling niet meer in de CAO was opgenomen toen [geïntimeerde] in dienst trad. [geïntimeerde] hoefde er toen hij akkoord ging met de Planingsregels daarom in redelijkheid geen rekening mee te houden dat – in navolging van deze vervalten CAO-bepaling – de in geding zijnde tien minuten niet tot de werktijd zouden worden gerekend. Daarbij komt dat het niet aannemelijk is dat het schrappen van deze CAO-bepaling zonder betekenis was, in die zin dat na het schrappen van die bepaling nog steeds moet worden geoordeeld dat geen sprake is van meerwerk indien voorafgaand of aansluitend aan het rooster minder dan een kwartier wordt gewerkt.

4.7. Teleperformance heeft opgemerkt dat ook in andere sectoren (de zorg, detailhandel en productiebedrijven) gebruikelijk is dat van een werknemer wordt verwacht dat deze (onbetaald) wat eerder aanwezig is dan dat de werkzaamheden aanvangen, maar dat argument leidt niet tot een ander oordeel. Gesteld noch gebleken is immers dat i) ook voor die werknemers een “10-minutenregel” (althans vergelijkbare regel) geldt en ii) de werknemers in die sectoren ook op een vergelijkbare manier (per gewerkt uur) betaald worden.

4.8. Vaststaat dat [geïntimeerde] werkzaam is op basis van een zogenoemd min/max-contract. Op grond van (artikel 3 en 7 van) zijn arbeidsovereenkomst, heeft hij recht op betaling van ieder (het hof begrijpt: deel van een) uur dat gewerkt is boven het minimum overeengekomen aantal uren. Daar gesteld noch gebleken is dat [geïntimeerde] minder uren was ingeroosterd dan het minimum aantal uren van zijn arbeidsovereenkomst, heeft hij dus recht op nabetaaling van tien minuten per dag. Nu niet is gebleken dat [geïntimeerde] (daardoor) op meer gewerkte uren uitkomt dan 2.080 uur per jaar, is geen sprake van overuren in de zin van de CAO (zie artikel 22 CAO).

4.9. Bij gebreke van stellingen die – indien bewezen – tot een ander oordeel zouden leiden, wordt aan bewijsoverlevering niet toegekomen.

#### *Conclusie en proceskosten*

4.10. De conclusie is dat het hoger beroep van Teleperformance niet slaagt. Nu Teleperformance geen grieven heeft gericht tegen de hoogte van de door de kantonrechter toegewezen vordering,

gaat het hof van de juistheid daarvan uit. Daarom zal het hof het vonnis bekrachtigen. Het hof zal Teleperformance als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep. De kosten van [geïntimeerde] begroot het hof op nihil.

### 5. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Den Haag van 8 december 2021;
- veroordeelt Teleperformance in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde] tot op heden begroot op nihil.

### NOOT

Wanneer een callcenter medewerker tien minuten voor de aanvang van zijn werkzaamheden aanwezig moet zijn op zijn werkplek, dient die tijd aangemerkt te worden als werktijd. Het hof Den Haag volgt hiermee de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 8 december 2021 («JAR» 2022/111) waartegen de werkgever, Teleperformance, beroep had aangetekend. De tienminutenregel was ingesteld om voldoende tijd te hebben om in te loggen in alle programma's en in de telefoon, zodat werknemers direct bij aanvang van de 'echte' arbeidstijd met de werkzaamheden konden starten. Dat betrokkene in de praktijk slechts een paar minuten voor aanvang van zijn werkzaamheden aanwezig was en dat hij voor dit 'verzuim' niet werd gewaarschuwd door zijn werkgever, acht het hof niet van belang. Wat aldus het hof wel relevant is, is dat de tienminutenregel een formele regel betrof waaraan de werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst was gebonden, en dat Teleperformance verwachtte dat de werknemer zich aan deze regel hield.

De uitspraken van het hof en de rechtbank in eerste aanleg zijn in lijn met een eerdere uitspraak van de rechtbank Noord-Holland (4 november 2020, «JAR» 2020/297). In die zaak ging het om de regel dat werknemers van een filiaal van de supermarkt Vomar na sluitingstijd om 22.00 uur de winkel alleen gemeenschappelijk mochten verlaten. In de praktijk betekende dit dat werknemers op elkaar moesten wachten en dat die wachttijd kon oplopen tot een kwartier. De kantonrechter oordeelde dat de tijd na sluitingstijd

moet worden aangemerkt als arbeidstijd. Daaraan deed niet af dat die wachttijd was ingegeven uit veiligheidsoverwegingen.

Mijns inziens is het oordeel van het hof in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Hoewel niet naar het EU-recht wordt verwezen, zal ik ter toelichting kort ingaan op de doorwerking van het EU-recht in deze zaak. Richtlijnconforme interpretatie betekent dat de nationale rechter in deze zaken verplicht was om het begrip 'arbeidstijd' uit art. 1:7 lid 1 sub k Arbeidstijdenwet uit te leggen in overeenstemming met de definitie van 'arbeidstijd' dat is neergelegd in art. 2 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88/EG). Deze bepaling definieert arbeidstijd als 'de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken'. Het Hof van Justitie heeft deze bepaling meermalen uitgelegd. De eerste zaken gingen over de vraag of de tijd die artsen tijdens een wachtdienst bereikbaar moeten zijn, aangemerkt moet worden als arbeidstijd in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn. Het Hof van Justitie oordeelde dat dit het geval is wanneer is vereist dat de arts tijdens zijn wachtdienst fysiek aanwezig moet zijn in het gezondheidscentrum waar hij werkt (HvJ EG 3 oktober 2000, C-303/98 (*Simap*)) of wanneer hij verblijft op een door de werkgever ter beschikking gestelde rustkamer (HvJ EG 9 september 2003, C-151/02 (*Jaeger*)). Onder die omstandigheden is de werknemer namelijk niet helemaal vrij om zijn tijd in te delen (HvJ EG 9 september 2003, C-151/02 (*Jaeger*)).

Vijftien jaar na het *Jaeger*-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat ook wanneer een werknemer (in dit geval een brandweerman) zijn wachtdienst thuis mag doorbrengen, die wachtdienst als arbeidstijd moet worden aangemerkt, indien hij hierdoor sterk wordt beperkt in zijn mogelijkheden om andere activiteiten te ondernemen. Hier van kan, aldus het Hof van Justitie, sprake zijn indien een brandweerman binnen acht minuten na oproep op zijn werk moet verschijnen (HvJ EU 22 februari 2018, C-518/15 (*Matzak*)). In een later arrest heeft het Hof van Justitie hieraan toegevoegd dat steeds op basis van alle omstandigheden van de zaak moet worden beoordeeld of de thuiswachttijd aangemerkt moet worden als arbeidstijd. Bij die afweging is doorslaggevend de mate waarin de werknemer wordt beperkt door

de verplichtingen die uit de instructies van de werkgever voortvloeien en met name het tijdsbestek waarbinnen hij op de oproep moet reageren (HvJ EU 9 maart 2021, gevoegde zaken C-344/19 en C-580/19 (*D.J./Radiotelvizija Slovenija en RJ Stadt Offenbach am Main*); HvJ EU 11 november 2021, C-214/20 (*Dublin city council*)). Ook werknemers die tijdens hun werkpaauze beschikbaar moeten zijn kunnen, aldus het Hof van Justitie, zodanig worden beperkt in de mogelijkheden om de tijd waarin ze geen beroepswerkzaamheden hoeven te verrichten naar eigen inzicht in te vullen en aan zijn eigen interesses te besteden, dat die pauze aangemerkt moet worden als arbeidstijd (HvJ EU 9 september 2021, C-107/19 (*Dopravní podnik hl. m. Prahy*)).

Het lijkt me duidelijk dat een werknemer die verplicht is om tien minuten voor aanvang van zijn dienst op zijn werkplek aanwezig te zijn, objectief wordt beperkt om zijn/haar tijd naar eigen inzicht in te vullen, zoals uitgelegd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het hof stelt dan ook terecht dat de loonvordering van de medewerker over niet uitbetaalde arbeidsuren slaagt. Deze uren moeten immers worden aangemerkt als arbeidstijd en arbeidstijd moet beloond worden zoals is afgesproken in de arbeidsovereenkomst. Daarbij merk ik op dat het recht op loon niet wordt geregeld door de Arbeidstijdenrichtlijn (zie ook HvJ EU 22 februari 2018, C-518/15 (*Matzak*) en HvJ EU 15 juli 2021, C-742/19 (*Ministrstvo za obrambo – Slovenië*)). Bovendien is een communautaire regulering van het recht op loon uitgesloten in art. 153 lid 5 VWEU. Dit betekent dat de werkgever of de cao-partijen niet worden beperkt door het EU-recht om een (lager) loon vast te stellen voor de periode dat de werknemer voor de aanvang van zijn dienst op het werk moet verschijnen en waarin hij (nog) geen arbeid hoeft te verrichten, zoals ook het geval is bij de beloning van slaapdiensten in verzorgingsinstellingen. Deze uitspraak kan gevolgen hebben voor andere bedrijven of organisaties waar werknemers voor diensttijd aanwezig dienen te zijn. Denk bijvoorbeeld aan ziekenhuizen waar verpleegkundig personeel voor aanvang van de diensttijd het (gewassen) uniform op de werkplek dienen op te halen om zich vervolgens aldaar om te kleden. Gezien de beslissing van het hof Den Haag, is het werkgevers wellicht aan te raden om aparte (lagere) beloningen af te spreken indien van werknemers gevraagd wordt om voorafgaand of na

afloop van de 'echte' diensttijd aanwezig te zijn op de werkvloer.

mr. dr. A. Eleveld  
universitair docent sociaal recht, Vrije Universiteit

## 159

### Werkgever hoeft werknemer geen vast contract aan te bieden wegens goed functioneren

Gerechtshof Den Haag  
16 mei 2023, nr. 200.306.592/01,  
ECLI:NL:GHDHA:2023:753  
(mr. Thiessen, mr. Honée, mr. Bouwens)

#### Beoordelingsvrijheid werkgever.

[BW art. 7:611]

*De werknemer is met ingang van 15 oktober 2018 aangesteld als directeur Finance. In het aanstellingsbesluit is onder meer opgenomen dat de werknemer bij goed functioneren na twee jaar een dienstverband voor onbepaalde tijd krijgt. In augustus 2019 en juni 2020 vinden er Resultaat- en Ontwikkelingsgesprekken (R&O) plaats. Ter voorbereiding op die gesprekken vraagt de werknemer feedback aan een groot aantal collega's. Op 3 augustus 2020 laat de werkgever weten dat de arbeidsovereenkomst wordt verlengd tot 15 oktober 2021. De werknemer maakt per e-mail aanspraak op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar de werkgever honoreert die aanspraak niet. In eerste aanleg heeft de werknemer onder meer gevorderd dat de kantonrechter de werkgever zal veroordelen om per 15 oktober 2020 op straffe van een dwangsom een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden. In hoger beroep houdt de conclusie van de werknemer in dat het hof alsnog voor recht zal verklaren dat TU Delft op grond van de contractuele afspraak, dan wel goed werkgeverschap een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had moeten aanbieden. Uit de stukken, waaronder het verslag van een R&O-gesprek, blijkt voldoende dat de werkgever twijfelde over het functioneren van de werknemer. Ook de door collega's gegeven feedback is*