

149

32 jaar ploegendienst leidt niet tot een verworven recht

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden
18 augustus 2020, nr. 200.273.292/01,
ECLI:NL:GHARL:2020:6491
(mr. Fikkers, mr. Ter Berg, mr. Mulder)
Noot mr. A. Stamoulis en mr. A. van der Vis

Wijziging. Arbeidsvoorwaarden. Ploegendienst. Ziekteverzuim. Belangenafweging. Afbouwregeling.

[BW art. 7:613]

Essentie: Werknemer verzet zich tegen overplaatsing naar dagdienst na 32 jaar in ploegendienst te hebben gewerkt. De ploegendienst is geen arbeidsvoorwaarde en wijziging is niet in strijd met goed werkgeverschap. De afbouwperiode is in het voordeel van werknemer en blijft derhalve in stand.

Samenvatting: Werknemer is sinds 1987 in dienst bij Swedish Match Lighters B.V. (hierna: SML) en heeft vanaf zijn eerste werkdag in ploegendienst gewerkt. Werknemer kampt al enige jaren met gezondheidsproblemen. SML heeft met een brief van 3 juli 2019 bevestigd dat zij werknemer per 1 september 2019 in de dagdienst plaatst. Werknemer zal zijn salarisschaal behouden, maar de toeslag wordt in zes maanden afgebouwd. SML is ondanks bezwaar van werknemer om bedrijfs-economische redenen bij haar beslissing gebleven. Vanwege zijn hoge verzuim (tussen 2015 en 2019 gemiddeld 26,95%) kan zij niet op hem rekenen in de ploegendienst en dat werkt al langere tijd verstrend voor de voortgang van de productie. De kantonrechter heeft in eerste aanleg geoordeeld dat niet in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen dat werknemer in ploegendienst werkt, maar dat het werken in ploegendienst na 32 jaar wel een aanvullende arbeidsvoorwaarde is geworden. De arbeidsovereenkomst bevatte echter een eenzijdig wijzigingsbeding, op grond waarvan SML werknemer mocht overplaatsen, aldus de kantonrechter. Tegen deze beslissing komt werknemer in hoger beroep op.

Allereerst is het hof van oordeel dat uit het feit dat werknemer bij zijn sollicitatie de vraag of hij in ploegendienst wilde werken bevestigend heeft beantwoord en daarop een rooster voor de ploegendienst heeft ontvangen, niet kan worden afgeleid dat werknemer met SML heeft afgesproken dat zijn werkzaamheden bestaan uit enkel werk in ploegendienst. Bovendien heeft SML conform de arbeidsovereenkomst het recht de dienst van werknemer aan te wijzen. Werknemer heeft verder aangevoerd dat de ploegendienst na 32 jaar een arbeidsvoorwaarde is geworden. Het hof is echter van oordeel dat dit niet om de enkele reden dat SML de aanwijzing bijna 32 jaar ongewijzigd heeft gelaten, kan worden aangenomen. Het aanwijzingsrecht uit de arbeidsovereenkomst is dan geen eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW. Voorts voert werknemer aan dat de kantonrechter zijn belang bij behoud van de ploegendienst onvoldoende heeft afgewogen tegen de belangen van SML. Het hof is daarentegen van oordeel dat SML op grond van de continuïteit van het productieproces een voldoende zwaarwegende reden heeft voor de plaatsing van werknemer in de dagdienst. De belangen van

werknemer wegen daartegen, na zoveel uitval in de jaren vanaf 2015, niet voldoende op. Door die plaatsing handelt SML dus niet in strijd met haar verplichtingen als goed werkgever. Tot slot heeft werknemer een grief aangevoerd tegen het oordeel van de kantonrechter dat hij geen recht heeft op een periode van meer dan zes maanden waarin de ploegentoeslag wordt afgebouwd. Het hof is van oordeel dat de door werknemer aangedragen argumenten niet tot de conclusie leiden dat de afbouwperiode te kort is. Het getuigt van goed werkgeverschap dat SML een afbouwperiode biedt, in aanvulling op de cao die hierover niets bepaalt en een minimumkarakter heeft. De regeling in het Handboek is overeengekomen met de ondernemingsraad en houdt, voor wat de duur van de afbouw betreft, rekening met de lengte van de periode waarover de toeslag is genoten. Werknemer krijgt de maximale zes maanden volgens die regeling. In dit kort geding is er derhalve geen reden voor het hof om SML te veroordelen tot inachtneming van een langere afbouwtermijn. Het hof wijst alle vorderingen van werknemer op grond van het vorenstaande af.

[appellant], wonende te [A],
appellant,
in eerste aanleg: eiser,
hierna: [appellant],
advocaat: mr. A.A.M. Broos,
tegen
Swedish Match Lighters B.V., gevestigd te Assen,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: SML,
advocaat: mr. J.F.H. Terpstra.

1. Het verloop van deze procedure

1.1. [appellant] heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis in kort geding van 4 november 2019 van de kantonrechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen.

1.2. In hoger beroep is de procedure begonnen met de appeldagvaarding van 25 november 2019. Daarna zijn de volgende stukken ingediend:

- de memorie van grieven van 10 maart 2020 met producties;
- de memorie van antwoord van 21 april 2020 met een productie.

[appellant] is in de gelegenheid gesteld te reageren op de productie van SML. Hij heeft daarvan geen gebruik gemaakt.

1.3. Hierna hebben partijen hun procesdossiers overgelegd voor arrest. Het hof heeft uitspraak bepaald op 25 augustus 2020.

2. Waar gaat deze zaak over?

2.1. SML heeft [appellant] na bijna 32 jaar overgeplaatst van de ploegendienst naar de dagdienst. In dit kort geding gaat het om de vraag of [appellant] recht heeft op tewerkstelling in ploegendienst en vanaf 1 september 2019 recht blijft houden op de ploegentoeslag van € 678,98 bruto per maand, bovenop zijn salaris van € 2.380,07 bruto per maand exclusief vakantie-toeslag. Als dat niet zo is, wil [appellant] een afbouwtermijn van die toeslag gedurende 24 maanden in plaats van 6 maanden.

2.2. De kantonrechter heeft deze vorderingen van [appellant] afgewezen en hem veroordeeld in de proceskosten. Daar is [appellant] het niet mee eens om vier redenen (grievens).

3. Wat is het oordeel van het hof?

3.1. Het hof moet, voordat het de kwestie inhoudelijk mag beoordelen, eerst toetsen of [appellant] ten tijde van de uitspraak van het hof nog steeds een spoedeisend belang heeft bij zijn vorderingen. Dat is zo, want het gaat om zijn dagelijkse werk en een groot deel van zijn maandelijks inkomsten.

3.2. Bij de inhoudelijke beoordeling komt het hof tot dezelfde eindconclusie als de kantonrechter op de aan het hof voorgelegde geschilpunten. Dat zal het hof hierna uitleggen.

Wat is het overeengekomen werk van [appellant]?

3.3. In de arbeidsovereenkomst, die de [in] 1956 geboren [appellant] in 1987 heeft gesloten met de rechtsvoorgangster van SML, staat dat hij is aangesteld als machinebediener voor 40 uur per week en dat de Cao voor het Metaalbewerkingbedrijf van toepassing is. Ook staat onder letter s. van de afspraken in de arbeidsovereenkomst: 'indien werknemer daartoe wordt aangewezen is hij gehouden, arbeid te verrichten in 2-, 3- of 5-ploegendienst.' Onder letter i. staat het percentage van de ploegentoeslag. Voor de dagdienst geldt geen toeslag.

3.4. [appellant] heeft vanaf zijn eerste werkdag in ploegdienst gewerkt. Hij kampt nu al enige jaren met gezondheidsproblemen. Toen in 2010 een nieuwe ploegenindeling gemaakt moest worden, hebben partijen samen vastgesteld dat [appellant] alleen nog op de afdeling Valve inzetbaar is. Op die afdeling zijn in 2017/2018 andere, complexere, machines gekomen en er is een organisatiewijziging doorgevoerd. Van de drie Valve-operators is er nog maar één nodig die als monteur storingen moet kunnen oplossen. Daarvoor is een collega omgeschoold. Een ploeg telt geen 12 man meer, maar 11 en van die 11 moeten er minimaal 9 aanwezig zijn wil het productieproces kunnen doorgaan. Bij afwezigheid van een van die 9 operators kan alleen de reserve-operator of de operator ED4 een gat opvullen. Een operator moet daarom op alle 9 vaste posities inzetbaar zijn. [appellant] werd, nadat zijn plaats als Valve-operator was vervallen, ingezet als ED4-operator.

3.5. SML heeft met een brief van 3 juli 2019 bevestigd dat zij [appellant] per 1 september 2019 in de dagdienst plaatst, in eerste instantie op de Valve-afdeling maar in overleg ook voor andere werkzaamheden. De redenen daarvoor zijn: vele jaren hoog ziekteverzuim zonder uitzicht op verbetering, daardoor geen vaste plek in een cel in ploegen, gezondheidsredenen en bedrijfseconomische redenen. [appellant] zal zijn salarisschaal behouden maar de toeslag wordt in 6 maanden afgebouwd.

SML is ondanks bezwaar van [appellant] om bedrijfseconomische redenen bij haar beslissing gebleven. Vanwege zijn hoge verzuim (tussen 2015 en 2019 gemiddeld 26,95%) kan zij niet op hem rekenen in de ploegdienst en dat werkt al langere tijd verstoring voor de voortgang van de productie. Volgens SML is [appellant] niet voldoende inzetbaar. Dat blijkt al uit wat in 2010 is besproken, maar is in het kader van de organisatiewijziging nog eens bekeken. Inzet van uitzendkrachten op de afdeling is duur. Daarom vindt SML dat zij [appellant] niet langdurig op een operatorplek in de ploegdienst kan plaatsen.

Zij denkt ook dat de rust en regelmaat van dagdienst beter is voor zijn gezondheid. In de dagdienst kan [appellant] bovendien worden ingezet.

3.6. De kantonrechter heeft geoordeeld dat niet is overeengekomen dat [appellant] in ploegdienst werkt, maar hij vindt voorshands dat werken in ploegdienst na 32 jaar wel een aanvullende arbeidsvoorwaarde is geworden. De bepaling

onder s. in het contract is echter een eenzijdig wijzigingsbeding en daarvan mocht SML in dit geval gebruik maken, aldus de kantonrechter.

3.7. Met grief 1 betwist [appellant] dat niet zou zijn overeengekomen dat hij in ploegdienst werkt. Daartoe voert hij aan dat hij bij zijn sollicitatie de vraag kreeg of hij in ploegdienst wilde werken. Die vraag heeft hij bevestigend beantwoord. Nadat hij was aangenomen kreeg hij het rooster voor de ploegdienst.

Het hof vindt dat [appellant] hieruit niet mag afleiden dat hij met SML heeft afgesproken dat zijn werkzaamheden bestaan uit werk in ploegdienst. Zijn arbeidsovereenkomst vermeldt als functie 'machinebediener'. En verder geeft de arbeidsovereenkomst in letter s. aan SML het recht de dienst aan te wijzen waarin hij werkt. Dat SML daarom bij een sollicitatie vraagt naar bereidheid om te werken in ploegdienst is begrijpelijk, ter voorkoming van problemen hierover nadat een werknemer is aangenomen.

Grief 1 faalt.

Is werk in ploegdienst een arbeidsvoorwaarde geworden en mag SML die dan ook eenzijdig wijzigen?

3.8. [appellant] heeft aangevoerd dat, als ploegdienst niet is overeengekomen, dit wel na 32 jaar een arbeidsvoorwaarde is geworden. SML heeft dit betwist, maar de kantonrechter heeft [appellant] op dit punt gelijk gegeven.

Mocht een grief van [appellant] opgaan, dan moet het hof opnieuw beoordelen of het verweer van SML op dit punt terecht was. Het hof ziet reden om die vraag nu al te behandelen, omdat hoe dan ook het bepaalde onder letter s. uitgelegd moet worden.

3.9. Het hof leest de bepaling onder letter s. ('indien werknemer daartoe wordt aangewezen is hij gehouden, arbeid te verrichten in ... ploegdienst') zo, dat SML [appellant] kan verplichten zijn werk in ploegdienst uit te voeren. Maar de bepaling houdt niet in dat, als SML van die bevoegdheid gebruik maakt, zij daar later niet meer op kan terugkomen en geen dagdienst of andere ploegdienst meer van [appellant] kan verlangen.

Het enkele feit dat [appellant] al zo'n 32 jaar in ploegdienst werkt brengt, zonder nadere omstandigheden, niet mee dat SML geen beroep meer mag doen op haar aanwijzingsrecht. Nadere omstandigheden die tot een ander oordeel kunnen leiden, heeft [appellant] niet aangevoerd. Het hof is daarom voorshands van oordeel dat het werken in ploegdienst geen arbeidsvoorwaarde van [appellant] is geworden om de enkele reden dat SML de aanwijzing bijna 32 jaar ongewijzigd heeft gelaten. En het bepaalde onder letter s. is dan geen eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW, want daarbij moet het gaan om wijziging van tussen partijen geldende arbeidsvoorwaarden.

SML moet natuurlijk wel als goed werkgever handelen bij gebruik van haar bevoegdheid om een bestaande ploegenindeling te wijzigen.

3.10. [appellant] betoogt met grief 2 dat SML aan het bepaalde onder letter s. niet de bevoegdheid kan ontlenuen om zijn arbeidsvoorwaarde van werken in ploegdienst te wijzigen. Dat standpunt vindt het hof, zoals blijkt uit wat onder 3.7 en 3.9 staat, onjuist. Grief 2 gaat niet op.

Mag SML [appellant] in dit geval in de dagdienst plaatsen?

3.11. Met grief 3 voert [appellant] aan dat de kantonrechter zijn belang bij behoud van de ploegdienst onvoldoende heeft afgewogen tegen de belangen van SML. Zijn belang bij

het in ploegendienst blijven bestaat uit het behoud van de ploegentoeslag, die een aanzienlijk deel van zijn maandinkomen vormt. Verder kan hij dan overdag sporten.

Volgens hem is niet voldoende helder waarom het belang van SML bij continuïteit van het productieproces rechtvaardigt dat hij in dagdienst zou moeten. Hij wijst erop dat niet aanneemelijk is dat zijn uitval verband houdt met het werken in ploegendienst.

Daarmee ziet [appellant] over het hoofd dat het bij de continuïteit van het productieproces gaat om het gegeven dat hij vaak niet kan werken, niet waarom dat zo is. SML heeft gesteld dat zij [appellant] in de dagdienst makkelijker boventalig werk kan laten verrichten. [appellant] heeft dat niet weersproken. Het belang van SML daarbij is aanneemelijk, gelet op het feit dat zij bij uitval van [appellant] dan geen extra kosten voor vervanging van [appellant] met ploegentoeslag verschuldigd is.

Het hof vindt dat SML daarmee een voldoende zwaarwegende reden heeft voor de plaatsing in de dagdienst. De belangen van [appellant] wegen daartegen, na zoveel uitval in de jaren vanaf 2015, niet voldoende op. Door die plaatsing handelt SML dus niet in strijd met haar verplichtingen als goed werkgever.

Grief 3 gaat daarom ook niet op.

Moet de afbouwperiode 24 maanden in plaats van 6 maanden duren?

3.12. [appellant] heeft met zijn grief 4 enkele argumenten aangevoerd tegen het oordeel van de kantonrechter dat hij geen recht heeft op een periode van meer dan 6 maanden waarin de ploegentoeslag wordt afgebouwd.

– [appellant] is niet gebonden aan het Handboek, waarin de met de OR gemaakte afspraak over de afbouwperiode is vastgelegd.

Dit argument is juist, zo erkent ook SML. De arbeidsovereenkomst en de cao kennen echter geen afbouwperiode voor de ploegentoeslag, zodat [appellant] contractueel zelfs helemaal geen recht heeft op een afbouwperiode.

– Artikel 36 lid 4 van de cao dient naar analogie toegepast te worden: als werknemer van 55+ lijdt hij loonverlies door het verlies van de ploegentoeslag, waardoor hij naar analogie recht heeft op het verschil als toeslag.

Dit argument gaat niet op. [appellant] behoudt zijn overeengekomen functie en salaris en verliest alleen de toeslag voor het ongemak van ploegendienst. Een cao moet in beginsel ook naar de letter worden uitgelegd, zodat in dit kort geding een beroep op analogische toepassing niet toewijsbaar is. De, kenmerkende, stelling van [appellant] dat dit ook volgt uit goed werkgeverschap, verwerpt het hof.

– Als SML vindt dat hij om medische redenen niet in ploegendienst kan werken, moet zij hem arbeidsongeschikt melden en door de arbo-arts laten onderzoeken.

De ziektegeschiedenis van [appellant] houdt wel verband met het besluit tot overplaatsing, maar het is niet zo dat [appellant] volgens SML door ziekte arbeidsongeschikt is voor zijn overeengekomen werkzaamheden als machinebediener. Die werkzaamheden kan hij met minder problemen voor SML overdag uitvoeren.

– Het is onjuist dat de herplaatsing als ED4-operator niet succesvol was.

Dit argument is al besproken onder 3.11: het gaat er niet om of [appellant] de vaardigheid mist om het werk te doen of al dan niet ziek wordt door het werk, maar om het gevolg dat

zijn grote mate van afwezigheid heeft voor het bedrijf en de bedrijfsprocessen.

– De functiewijziging leidt tot substantiële en structurele vermindering van het salaris; de transitievergoeding zou gelijk staan aan ongeveer 20 maanden ploegentoeslag.

[appellant] wijst naar prejudiciële vragen die aan de Hoge Raad zijn gesteld over de transitievergoeding bij plaatsing in een lager betaalde functie zonder verlies van uren. Die vragen zijn inmiddels beantwoord in een voor [appellant] ongunstige zin.¹ Overigens is ook geen sprake van een functiewijziging met een lager salaris, zoals hiervoor – bij het beroep op artikel 36 lid 4 van de cao – al is overwogen.

3.13. De door [appellant] aangedragen argumenten leiden dus niet tot de conclusie dat de afbouwperiode te kort is. Het getuigt van goed werkgeverschap dat SML een afbouwperiode biedt, in aanvulling op de cao die hierover niets bepaalt en een minimumkarakter heeft.

De regeling in het Handboek is overeengekomen met de Ondernemingsraad en houdt, voor wat de duur van de afbouw betreft, rekening met de lengte van de periode waarover de toeslag is genoten. [appellant] krijgt de maximale zes maanden volgens die regeling. [appellant] heeft niet aangevoerd dat de Ondernemingsraad indertijd vond dat de regeling eigenlijk nog te mager was. Ook heeft hij niet aangevoerd dat SML soms van dit beleid afwijkt in het voordeel van werknemers. Ook daarom is er in dit kort geding geen reden voor het hof om SML te veroordelen tot inachtneming van een langere afbouwtermijn.

Grief 4 gaat niet op.

4. De slotsom

4.1. De grieven gaan geen van alle op. Het hof zal de beslissing van de kantonrechter tot afwijzing van de vorderingen van [appellant], voor zover zij aan het hof zijn voorgelegd, bekrachtigen onder aanvulling van de gronden ervoor. Ook de proceskostenveroordeling wordt bekrachtigd.

4.2. [appellant] wordt, als de in hoger beroep in het ongelijk te stellen partij, veroordeeld in de proceskosten aan de kant van SML. Die kosten zijn € 760,= voor griffierecht en € 1.074,= voor salaris advocaat (1 punt, tarief II voor onbepaalde waarde).

5. De beslissing

Het hof doet uitspraak in kort geding in hoger beroep en

– bekrachtigt het besteden vonnis onder aanvulling van gronden;

– veroordeelt [appellant] in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van SML vastgesteld op € 760,= griffierecht en € 1.074,= salaris advocaat in hoger beroep;

– verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

– wijst af wat [appellant] meer of anders heeft gevorderd.

NOOT

Inleiding

1. Is sprake van een arbeidsvoorwaarde en zo ja, mag deze voorwaarde éénzijdig gewijzigd worden? Dit is de kern van de kwestie die bij het hof aan de orde was. Meer specifiek ging het om de vraag of een werknemer die na 32 jaar ge-

¹ zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749

werkt te hebben in ploegendienst, het werken in deze ploegendienst en de bijbehorende ploegentoeslag als arbeidsvoorwaarde mocht aanmerken en – in aansluiting hierop – of aan de werkgever het recht toekwam om eenzijdig te besluiten de werknemer over te plaatsen van de ploegendienst naar de dagdienst met verlies van de ploegentoeslag als gevolg. Ook de door de werkgever toegepaste afbouwregeling van 6 maanden kwam aan de orde; de werknemer achtte een afbouw over 24 maanden hier meer op zijn plaats.

Instructierecht of arbeidsvoorwaarde?

2. Ondanks dat dit door het hof niet nadrukkelijk wordt overwogen, lijkt het hier de beslissing van de werkgever om het niet langer tewerkstellen van de werknemer in de ploegendienst binnen het bereik van het wettelijke instructierecht (art. 7:660 BW) te brengen. Zo verwijst het hof in zijn overwegingen meermaals naar het in de arbeidsovereenkomst van de werknemer opgenomen recht van de werkgever om het verrichten van arbeid in de ploegendienst *aan te wijzen*.¹

Maar is het wel terecht dat het feitelijke gevolg van deze in de arbeidsovereenkomst opgenomen aanwijzingsbevoegdheid, namelijk 32 jaar lang werken in ploegendienst met bijbehorende ploegentoeslag, nog immer geen arbeidsvoorwaarde is?

3. Hetzelfde hof kwam nog niet zo lang geleden in een vergelijkbare kwestie tot het tegenovergestelde oordeel.² Het betrof hier een viertal werknemers die al zeer geruime tijd in een ploegendienst werkten met een bijbehorende toeslag van 14%. De werkgever stopte eenzijdig de tewerkstelling van de betrokken werknemers in de ploegendienst, evenals de toekenning van de ploegentoeslag (met enige mate van afbouw). De voorzieningenrechter had in eerste aanleg geoordeeld dat niet aannemelijk was geworden dat de werkgever voldoende reden had om tot eenzijdige wijziging van deze arbeidsvoorwaarde over te gaan, en dat derhalve de verzochte voorlopige voorzieningen strekkende tot wedertewerkstelling in de ploegendienst onder doorbetaling van de ploegentoeslag moesten worden toegewezen. In hoger beroep bekrachtigde het hof de uitspraak van de voorzieningenrechter. Het wettelijke instructierecht kwam daarbij expliciet aan de orde: anders dan de werkgever hier stelde kon het verplaatsen van de werknemers uit de ploegendienst niet als een instructierecht in de zin van art. 7:660 BW worden beschouwd. Een van de belangrijkste overwegingen van het hof daarbij was dat de werknemers jarenlang in de ploegendienst gewerkt hadden en dat zij gedurende die jaren de ploegendiensttoeslag ter hoogte van 14% van hun salaris van de werkgever hadden ontvangen; mede hierdoor mochten zij er gerechtvaardigd op vertrouwen dat zij het *recht hadden verworven* in de ploegendienst te werken tegen betaling van voornoemde toeslag, aldus het hof. Het feit dat aan het verrichten van de werkzaamheden in ploegendienst een deel van het salaris is gekoppeld, leidt er mede toe dat het werken in de ploegendienst niet valt onder de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid en ook niet onder de voorwaarden die strekken tot bevordering van de goede orde in de onderneming zoals bedoeld in art. 7:660 BW.³

4. Zo op het eerste gezicht zijn de parallellen met de onderhavige kwestie groot: ook hier was sprake van het jarenlang werken in een ploegendienst onder toekenning van een ploegentoeslag die een substantieel gedeelte van het vaste brutomaandloon bedroeg (circa 28%). Er is echter ook een belangrijk verschil. In de arbeidsovereenkomsten van de hiervoor bedoelde vier werknemers stond expliciet vermeld dat zij als ‘Productiemedewerker in ploegendienst’ in dienst zouden treden bij de werkgever daar waar dit in de onderhavige zaak niet het geval was.

Het hof nam ook deze omstandigheid nadrukkelijk in overweging: het recht om in ploegendienst te werken was als zodanig in de arbeidsovereenkomst vastgelegd en kon reeds hierom volgens het hof niet eenzijdig op basis van het instructierecht worden beëindigd.⁴ Het hof leek daarnaast echter, met vorenstaande overwegingen, enige zelfstandige betekenis toe te kennen aan het jarenlang werkzaam zijn in de ploegendienst met daaraan gekoppeld een bepaald loon.

Verworven recht: wanneer is hier sprake van?

5. In het licht van voornoemd arrest uit 2017⁵ kunnen dus vraagtekens geplaatst worden aangaande de juistheid van het oordeel van het hof dat er geen sprake is van een verworven recht van de werknemer, dus een arbeidsvoorwaarde. Het hof overweegt dat de enkele omstandigheid dat 32 jaar lang in ploegendienst gewerkt is, zonder nadere omstandigheden, niet maakt dat de werkgever geen gebruik meer mag maken van zijn aanwijzingsrecht. Deze nadere omstandigheden zouden niet door de werknemer zijn aangevoerd.⁶

6. De vraag rijst dan ook welke omstandigheden de werknemer nog meer aan had moeten voeren. Noch de wet noch de wetsgeschiedenis biedt aanknopingspunten met betrekking tot de vraag wanneer sprake is van een verworven recht. Een verworven recht is een recht dat in de loop van de tijd is ontstaan en vloeit dus niet voort uit de wet of cao. In 2018 heeft de Hoge Raad enige richting gegeven bij de beantwoording van de vraag hoe en wanneer een rechtens afdwingbare arbeidsvoorwaarde ontstaat. In het arrest *FNV/Pontmeyer* zijn door de Hoge Raad een zestal gezichtspunten geformuleerd aan de hand waarvan in de lagere rechtspraak kan worden geoordeeld of al dan niet sprake is van een arbeidsvoorwaarde.⁷ Het gaat om de volgende – niet limitatief bedoelde – gezichtspunten die niet alleen op zichzelf beoordeeld dienen te worden, maar in samenhang met andere gezichtspunten:

- i. de inhoud van de gedragslijn;
- ii. de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen;
- iii. de lengte van de periode gedurende welke de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd;
- iv. hetgeen de werkgever en de werknemer in verband met deze gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard of juist niet hebben verklaard;
- v. de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien;

1 R.o. 3.3, 3.7 en 3.9.

2 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:882.

3 R.o. 5.2.

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:882, r.o. 5.2.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:882.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6491, r.o. 3.9.

7 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976 (*FNV/Pontmeyer*).

vi. de aard en de omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd.

7. De Hoge Raad geeft in voornoemd arrest geen nadere invulling aan deze gezichtspunten noch beoogt de Hoge Raad hiermee een rangorde qua zwaarte te scheppen. Uit de sindsdien gepubliceerde vakliteratuur (onder andere een artikel van Sagel van september 2019⁸) alsook de jurisprudentie kunnen wat meer handvatten worden afgeleid. Hierna volgt een korte samenvatting.

Ad i. De inhoud van de gedragslijn

8. In de literatuur⁹ wordt wel aangenomen dat het hier gaat om de regelmaat waarmee toekenningen hebben plaatsgevonden. Bij een vast en bestendig gebruik dat steeds en zonder uitzondering op vaste tijdstippen plaatsvindt, is de kans op aanwezigheid van een verworven recht groter dan bij een incidentele en onregelmatige toekenning. Het betreft hier zowel regelmaat met betrekking tot het moment als aangaande de hoogte van de toekenning. Wat dit laatste betreft: is de hoogte van de toekenning steeds gelijk of is de manier waarop die wordt berekend steeds hetzelfde, dan zal ook dit 'vaste' element gerechtvaardigde verwachtingen voor de toekomst kunnen wekken.

Ad ii. De aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen

9. In eerste instantie lijkt dit gezichtspunt te duiden op de tussen de werkgever en de werknemer bestaande gezagsrelatie, een afhankelijke relatie. Dit is echter in beginsel inherent aan iedere arbeidsverhouding zodat het onwaarschijnlijk is dat hierop gedoeld wordt. Aannemelijker is dat het zo moet worden uitgelegd dat het recht op een bepaalde arbeidsvoorwaarde bij sommige functies meer voor de hand ligt dan bij andere. Zo zal bij een productiemedewerker die bij overwerk – bijvoorbeeld – steeds een extraatje (bonus) ontvangt eerder sprake zijn van een verworven recht dan bij de leidinggevende bij wie het inherent aan zijn functie is dat overwerk wordt verricht. Ook hier gaat het weer om al dan niet gerechtvaardigde verwachtingen. De productiemedewerker mag vanwege de aard van zijn functie er eerder op vertrouwen dat het extraatje een vaste beloning vormt voor zijn overwerk.

Ad iii. De lengte van de periode gedurende welke de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd

10. Dit gezichtspunt is het meest duidelijke: hoe langer de gedragslijn van de werkgever heeft geduurd, hoe meer dat zal pleiten voor het aannemen van een verworven recht.

Ad iv. Hetgeen de werkgever en de werknemer in verband met deze gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard of juist niet hebben verklaard

11. Hierbij is met name van belang wat partijen over en weer omtrent de gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard en of er bijvoorbeeld iets over in de arbeidsovereenkomst staat vermeld. Door als werkgever bij elke toekenning of betaling te benadrukken dat die onverplicht plaatsvindt en dus geen afdwingbaar recht is, zal een dergelijk recht niet snel ont-

staan (uiteraard binnen de grenzen van het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW). Daarnaast zal aan een stilzwijgend bestendig gebruik dat ziet op een terrein dat niet door de arbeidsovereenkomst of andere schriftelijke afspraken wordt bestreken, eerder gerechtvaardigde verwachtingen kunnen worden ontleend dan wanneer dat wel in de arbeidsovereenkomst of andere schriftelijke afspraken geregeld is.

Ad v. De aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien

12. Omstandigheden die in dit kader moeten worden meegewogen zijn bijvoorbeeld het karakter van bepaalde faciliteiten/betalingen en of het vanwege dit karakter duidelijk had moeten zijn dat het als een gift bedoeld was (bijvoorbeeld een kerstpakkiet of een cadeaubon bij de verjaardag). Gaat het om faciliteiten/betalingen waarvan het gebruikelijk zou kunnen zijn dat deze bij de betreffende functie als arbeidsvoorwaarde overeengekomen worden (denk bijvoorbeeld aan een leaseauto bij bepaalde functies of een ploegentoeslag bij het werken in ploegen), dan kunnen daar eerder gerechtvaardigde verwachtingen aan worden ontleend. Een andere mee te wegen omstandigheid is de financiële impact voor de werkgever versus het financiële voordeel voor de werknemer. Hoe groter de financiële impact voor de werkgever, hoe minder snel in beginsel tot de aanwezigheid van een verworven recht kan worden geoordeeld.

Ad vi. De aard en de omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd

13. Voor dit gezichtspunt wordt gekeken naar het gebruikelijke binnen een kring. Wanneer binnen een kring van werknemers een bepaalde faciliteit/betaling wordt ontvangen waar de werknemers naar de aard van die kring geen recht op hebben, is de kans dat dit een verworven recht wordt minder groot. Andersom is ook denkbaar dat de aard van de kring van werknemers juist bijdraagt aan de redelijke verwachting dat sprake is van een verworven recht. Sagel noemt hier als voorbeeld de werknemers die in ploegendienst werken en die onverplicht een ploegentoeslag ontvangen. Bij hen zal dan eerder sprake zijn van de gerechtvaardigde verwachting dat deze toeslag een recht is dat toekomt aan de groep.¹⁰ Wat betreft de omvang is niet duidelijk of eerder van een verworven recht sprake is wanneer een grote groep werknemers de betreffende faciliteit/betaling ontvangt of juist wanneer een kleine, afgebakende groep werknemers deze ontvangt. Logischer lijkt het om van het eerste uit te gaan.

Toch een recht op werken in de ploegendienst met ploegentoeslag?

14. Gelet op de hiervoor genoemde gezichtspunten, in samenhang gezien, valt er veel voor te zeggen dat in de onderhavige casus had moeten worden geoordeeld tot het bestaan van een verworven recht om in de ploegendienst te mogen werken.

15. De inhoud van de gedragslijn als eerste gezichtspunt in ogenschouw nemende, blijkt uit het onderhavige arrest dat de werknemer sinds zijn indiensttreding in 1987 onafgebroken in ploegendienst werkte en dat hij hiervoor steeds een ploegentoeslag bovenop zijn salaris heeft ontvangen. Daarnaast bedroeg conform zijn arbeidsovereenkomst de ploeg-

8 S.F. Sagel, 'Maakt gewoonte recht of blijven goede daden onbestraft?', *ArbeidsRecht* 2019/42.

9 O.a. S.F. Sagel, 'Maakt gewoonte recht of blijven goede daden onbestraft?', *ArbeidsRecht* 2019/42.

10 Mr. S.F. Sagel, 'Maakt gewoonte recht of blijven goede daden onbestraft?', *ArbeidsRecht* 2019/42.

gointoeslag een vast percentage van zijn maandsalaris. Hierdoor kan dus van een vast en bestendig gebruik worden gesproken, zowel voor wat betreft de momenten van toekenning als de hoogte daarvan.

16. Op grond van het tweede gezichtspunt lijkt er ook een grond te zijn voor het aannemen van een gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de werknemer dat hier sprake is van een recht om in de ploegendienst te mogen blijven werken. Hij was immers al sinds 1987 aangesteld in een functie (Machinebediener/Operator) waarvan het werken in ploegendienst een gebruikelijk onderdeel leek uit te maken en waaraan aldus ook steeds invulling is gegeven. Het ligt dan ook gelet op de aard van de functie voor de hand dat de werknemer mag verwachten dat deze tewerkstelling met bijbehorende toekenning van de ploegentoeslag voort zal duren.

17. Met betrekking tot het derde gezichtspunt geldt dat de werknemer uitzonderlijk lang heeft gewerkt in ploegendienst, namelijk 32 jaar. Gedurende deze 32 jaar heeft de werknemer altijd zijn ploegentoeslag ontvangen. Hoewel de lengte van deze gedragslijn niet op zichzelf staat bij de aanname van een verworven recht, zal een dergelijke lange periode wel bijdragen aan het vermoeden van het bestaan van een arbeidsvoorwaarde.

18. Het vierde gezichtspunt weegt op het eerste gezicht niet in het voordeel mee van de werknemer. De arbeidsovereenkomst spreekt namelijk niet over een recht om in de ploegendienst te werken, maar slechts over de mogelijkheid van de werkgever om de werknemer hiertoe *aan te wijzen*. Deze arbeidsovereenkomst dateert echter uit 1987. In de 32 jaar die daarna volgden en waarin de werknemer steevast en zonder uitzondering in de ploegendienst heeft gewerkt, is voor zover bekend nimmer een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten waarin een soortgelijk aanwilsrecht was vastgelegd. Alsdan, en met name indien dat recent was geweest, had de werknemer zich moeten realiseren dat hij hier geen rechten aan kon ontlenen. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat de werknemer dit werk in ploegendienst met de bijbehorende toeslag als een arbeidsvoorwaarde was gaan beschouwen: hij leek immers permanent door de werkgever aangewezen te zijn om in ploegendienst te werken.

19. Met betrekking tot het vijfde gezichtspunt geldt ten eerste dat de betreffende toekenning (werken in ploegendienst met bijbehorende toeslag) evident niet het karakter van een gift draagt. Het betreft hier een gebruikelijke arbeidsvoorwaarde gelet op de aard van de onderneming (producent van aanstekers, dus een productiebedrijf) en de positie van de werknemer (Machinebediener/Operator). Ten tweede zal het financiële voordeel van behoud van deze arbeidsvoorwaarde voor de werknemer behoorlijk groot zijn. De ploegentoeslag bedraagt een substantieel onderdeel van zijn vaste maandloon (circa 28%). Voor de werkgever is er uiteraard ook financieel nadeel indien de werknemer wel in ploegendienst moet blijven werken. Dit heeft niet alleen betrekking op de ploegentoeslag, maar ook op de kosten die gemaakt moeten worden om de werknemer te vervangen tijdens zijn – zoals in de procedure vastgesteld – veelvuldige ziekteverzuim. De vraag zal dan zijn hoe dit financiële nadeel voor de werkgever zich verhoudt tot het evidente financiële voordeel voor de werknemer.

20. Over de aard en omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn wordt gevolgd, het laatste gezichtspunt, wordt in het arrest niet met zoveel woorden gesproken. Wel kan uit het arrest worden afgeleid dat het binnen de onderneming van de werkgever gebruikelijk is om in

ploegen te werken. Daarbij is er een cao van toepassing (cao Metaalbewerkingsbedrijf) die het werken in ploegendiensten en de bijbehorende toeslagen reguleert.

Eenzijdige wijziging

21. Het bestaan van een verworven recht en dus een arbeidsvoorwaarde had hier zeer wel in de rede kunnen liggen. Ook de kantonrechter was in eerste aanleg tot dit oordeel gekomen: het werken in ploegendienst was na 32 jaren een aanvullende arbeidsvoorwaarde geworden, aldus de kantonrechter.

De werkgever kwam daarbij wel het recht toe om deze arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen.¹¹ Het hof neemt het bestaan van de arbeidsvoorwaarde op zijn beurt niet aan, maar gaat wel in op de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging: het gaat dan niet om de vraag of een tussen partijen geldende arbeidsvoorwaarde eenzijdig mag worden gewijzigd *maar of de werkgever als goed werkgever heeft gehandeld bij gebruik van zijn bevoegdheid om de bestaande ploegenindeling te wijzigen*.¹²

22. De primaire redenen voor de werkgever voor deze wijziging bestaan uit het hoge ziekteverzuim van de werknemer sinds 2015 waardoor hij niet op hem kan rekenen in de ploegendienst. Hiervan gaat, zo stelt de werkgever, een verstorende werking uit op het productieproces hetgeen niet met dure uitzendkrachten kan worden verholpen. Daarnaast zou het werken in dagdienst voor de werknemer beter zijn voor zijn gezondheid en kan hij op de dag ook gemakkelijker in andere werkzaamheden worden ingezet.¹³ De werknemer stelt daar onder andere tegenover dat hij een aanzienlijk belang heeft bij behoud van de ploegendienst en de bijbehorende toeslag aangezien deze een substantieel onderdeel uitmaakt van zijn maandinkomen. Ook wijst de werknemer erop dat niet aannemelijk is dat zijn uitval verband houdt met het werken in ploegendienst.¹⁴

23. Het hof oordeelt vervolgens dat de werkgever na zoveel uitval van de werknemer wegens ziekte in de jaren vanaf 2015 een voldoende zwaarwegende reden heeft voor de plaatsing van de werknemer in de dagdienst. De verstorende werking hiervan op het productieproces wordt aangenomen waarbij eveneens van belang is, aldus het hof, dat de werknemer niet heeft weersproken dat in de dagdienst gemakkelijker boventallig werk kan worden verricht. De belangen van de werknemer wegen daar niet tegenop.¹⁵

24. Op zich is dit laatste een opmerkelijke overweging aangezien het hof de bevoegdheid tot deze plaatsing in de dagdienst onder het instructierecht leek te scharen en voor het gebruik hiervan geen belangenafweging noodzakelijk lijkt. Een beslissing valt immers ofwel binnen het bereik van het instructierecht ofwel daarbuiten (indien het een arbeidsvoorwaarde betreft) waarbij dan de gebruikelijke toets zal moeten worden toegepast indien van eenzijdige wijziging sprake is.¹⁶ Het hof lijkt hier een soort 'mix' toe te passen.

25. De vraag rijst dan ook of de werknemer met een ander oordeel van het hof, namelijk dat wél sprake is van een arbeidsvoorwaarde, beter af was geweest. Naar onze inschat-

11 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6491, r.o. 3.6.

12 R.o. 3.9.

13 R.o. 3.5.

14 R.o. 3.11.

15 R.o. 3.11.

16 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

ting was ook dan aangenomen dat de werkgever in het onbetwiste hoge ziekteverzuim van de werknemer (gemiddeld 26,95% sinds 2015) en de daarvan uitgaande verstoring van het productieproces voldoende aanleiding heeft kunnen vinden om een voorstel tot wijziging te doen. Wat lastiger zou de werkgever het dan krijgen met de toets of het gedane voorstel redelijk is en of aanvaarding hiervan in alle redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd. Een afbouwregeling van slechts 6 maanden versus een periode van 32 jaar waarin een meer dan substantieel deel (circa 28%) van het inkomen uit ploegentoeslag bestaat, komt niet redelijk voor. Mogelijk dat het daar dan op was gestrand en er uiteindelijk een beter financieel voorstel uit was voortgekomen: dit had de werknemer dan kunnen winnen met het oordeel dat toch sprake was van een arbeidsvoorwaarde.

mr. A. Stamoulis en mr. A. van der Vis
Stamoulis Advocaten

150

Thuisquarantaine wegens zorg voor huisgenoten met coronaklachten komt voor rekening en risico van werkgever. Geen reden voor ontslag op staande voet

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp Alkmaar
27 juli 2020, nr. 8587811, ECLI:NL:RBNHO:2020:5863
(mr. Slijkhuis)
Noot mr. E.L.J. Bruyninckx

Coronacrisis. Geen arbeid wel loon. Ontslag op staande voet. Thuisblijven. Overheidsadvies. Dringende reden. Waarschuwing. Loonstop.

[BW art. 7:628, 7:677, 7:678]

Essentie: Thuisblijven van chef werkplaats door coronamaatregelen vanwege onder meer chronisch zieke vrouw en zorg voor kind is geen dringende reden voor ontslag op staande voet of loonstop, ondanks voorgeschiedenis. Loonbetaling bij geen arbeid komt voor risico van werkgever.

Samenvatting: Werknemer is van 3 maart 2003 tot 3 maart 2008 via een detachering werkzaam geweest voor Technibear Import Export B.V. (hierna: Technibear). Sinds 3 maart 2008 is werknemer in dienst bij Technibear als chef werkplaats. Werknemer heeft een chronisch zieke vrouw en een zoontje van 6 jaar. Omdat zijn vrouw niet zelfstandig voor zijn zoontje kan zorgen, gaat die normaal gesproken (met hulp vanuit de Wmo) iedere dag naar de opvang. Op 8 maart 2020 heeft werknemer zich bij Technibear afgemeld voor zijn werk omdat zijn zoontje ziek was en daardoor niet naar de opvang kon. In deze week ontwikkelde de vrouw van werknemer ook coronagerelateerde klachten. Het gezin is vervolgens op advies van de huisarts en het ziekenhuis in zelfquarantaine gegaan. Een week later ontwikkelde ook werknemer zelf klachten die ongeveer een week hebben geduurd. Dit heeft werknemer niet uitdrukkelijk met Technibear besproken. Technibear heeft werknemer op 16 maart 2020 laten weten dat zij hem weer op het werk had verwacht, waarna werknemer zijn situatie aan Technibear heeft uitgelegd. Besproken is dat de scholen en de opvang gesloten waren vanwege het coronavirus en dat het

gezin van werknemer zoveel mogelijk thuis moest blijven. Op 18 maart 2020 hebben partijen elkaar nogmaals gesproken over de vraag hoe de ontstane situatie zou kunnen worden opgelost. Werknemer heeft Technibear toen gewezen op de zogeheten NOW-regeling en verder voorgesteld zijn huisarts een verklaring te laten opstellen ter ondersteuning van een eventuele ziekmelding. Technibear heeft toen gezegd dat een ziekmelding geen optie was omdat werknemer niet ziek was, maar een oppasprobleem had, en dat eventueel onbetaald verlof kon worden opgenomen. Ook op 20 maart 2020 hebben partijen contact gehad en de mogelijkheid van opvang vanuit de gemeente voor het zoontje van werknemer besproken. Dat bleek niet mogelijk. Gedurende de periode tot 31 maart 2020 is er vervolgens geen persoonlijk contact tussen partijen geweest. Op 31 maart 2020 heeft Technibear een brief naar werknemer gestuurd met als onderwerp 'officiële waarschuwing'. Bij brief van 14 april 2020 heeft Technibear werknemer een loonstop opgelegd wegens ongeoorloofde afwezigheid en heeft zij erop gewezen dat als werknemer niet uiterlijk 20 april 2020 op het werk zou verschijnen, zij zich zou beraden op het nemen van passende maatregelen, waaronder een ontslag op staande voet. Partijen zijn niet uit een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden gekomen. Op 24 april 2020 heeft Technibear werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt de kantonrechter (primair) het ontslag op staande voet te vernietigen en Technibear te veroordelen tot doorbetaling van loon.

In het licht van de onduidelijke situatie van toenemende coronabesmettingen en -maatregelen, met een qua gezondheid kwetsbare vrouw, een ziek kind en zelf ook gedurende een korte periode klachten, kan werknemer niet worden verweten dat hij – ook gezien alle adviezen die hij ontving van huisarts, ziekenhuis, UWV en gemeente – in ieder geval tijdelijk niet op het werk aanwezig kon en wilde zijn. Uitgangspunt van overheidswege was in die tijd immers 'werk zo veel mogelijk thuis' en ook bij klachten van huisgenoten diende men thuis te blijven. Daar komt nog bij dat hem is geadviseerd thuis te blijven vanwege het risico op besmetting van zijn vrouw. Van werknemer mocht echter wel worden verwacht dat hij de benodigde inspanning zou leveren om de ontstane situatie op te lossen, zodat de gevolgen niet volledig voor rekening van Technibear zouden komen. Vooral mocht van hem worden verwacht dat hij zoveel mogelijk zou communiceren en de situatie en mogelijke oplossingen zou bespreken met Technibear. Dat heeft werknemer onvoldoende gedaan. Mede daardoor beschikte Technibear niet over alle informatie van de kant van werknemer en is een oplossing achterwege gebleven. Technibear heeft op haar beurt ook niet gehandeld zoals van een goed werkgever mocht worden verwacht. Met de officiële waarschuwing, gevolgd door de loonstop, heeft Technibear werknemer hard aangepakt en eigenlijk de toon gezet, terwijl deze maatregelen op dat moment wellicht (nog) niet passend waren. Technibear zag geen andere mogelijkheid meer en heeft met de waarschuwing werknemer in beweging willen krijgen en alsnog tot een oplossing willen komen. Dat heeft helaas niet mogen baten. Nadat bleek dat partijen niet uit een beëindiging met wederzijds goedvinden kwamen, heeft Technibear besloten tot een ontslag op staande voet. Zoals de kantonrechter partijen ter zitting ook heeft voorgehouden, was dit niet de juiste weg. Wat betreft de ziekmelding, zoals door werknemer na ingewonnen advies van de gemeente en het UWV voorgesteld en door Technibear geweigerd, had Technibear anders moeten handelen. Het voorgaande betekent dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven.