

Rotterdam 6 december 2002, «JAR» 2003/67, Hof Arnhem 5 februari 2002, «JAR» 2002/153, Rb. Amsterdam 7 november 2001, «JAR» 2002/10, Hof "s-Gravenhage 8 april 1999, «JAR» 1999/191 en Rb. Zwolle 3 maart 1999, «JAR» 1999/97).

11. Gelet op het bovenstaande is het aldus hoogst opmerkelijk te noemen dat de rechtbank Roermond zich thans in onderhavige zaak onbevoegd acht en de zaak verwijst naar de kantonrechter. Is dit het spreekwoordelijke 'eerste schaap' of slechts die 'ene zwaluw'? Gezien de vaste lijn in de jurisprudentie verwacht ik voorsnog het laatste, maar de tijd zal het leren.

A.J. Hendriks  
AKD

231
Kantonrechter Middelburg 4 februari 2011, nr. 214426, LJN BP3014 (mr. Van Spronssen) Noot Bruyninckx
<b>Collectieve actie. Alternatieve stakingsvormen. Recht op loon. Belangengeschil of rechtsgeschil.</b>
<b>Werknemers hebben geen recht op loon tijdens het voeren van bijzondere collectieve acties bestaande uit het werken in aangepaste roosters. Belangengeschil versus rechtsgeschil.</b>
[ESH art. 6; BW art. 6:248 lid 2; 7:611, 7:613; 7:628]

288

Werknemers zijn in dienst van VBL. In 2009 heeft de Arbeidsinspectie aan VBL laten weten dat het binnen het bedrijf gehanteerde ploegenrooster in strijd is met de Arbeidstijdenwet. De vakbond en VBL zijn niet tot overeenstemming gekomen een nieuw rooster op te stellen. Tussen VBL en een delegatie van werknemers is een principeakkoord bereikt inhoudende dat er in zesploegendiensten gewerkt gaat worden. Dit akkoord is door de achterban weggestemd. De werknemers willen werken conform het zogenoemde 13/11-model. De FNV heeft vervolgens collectieve acties aangekondigd, inhoudende werken conform het 13/11-model in de oude ploegen-samenstelling. De actievoerende werknemers zijn niet meer tot het werk toegelaten en ontvangen geen loon. Zij vorderen thans toelating tot het werk onder het 13/11-rooster en doorbetaling van het loon. De kantonrechter oordeelt als volgt. Ook een actie zoals door FNV Bondgenoten aangekondigd op 27 december 2010 behoort tot de collectieve acties die onder de reikwijdte van art. 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest vallen. De kantonrechter wijst hier ook naar de uitleg als gegeven door de Hoge Raad in het NS-arrest (NJ 1986, 688). Nu verder aan de voorwaarden voor het uitroepen van een collectieve actie is voldaan, kan in casu gesproken worden van een rechtmatige (stakings)actie. Met het zesploegenrooster wijkt VBL af van het schema waarin gewerkt is vanaf mei 2010, het 13/11-rooster. De vraag is of VBL als een goed werkgever heeft gehandeld door het zesploegenrooster in te voeren, terwijl er nog geen overeenstemming was over een nieuw rooster tussen de werkgever en een deel van de werknemers. Voldoende aannemelijk is geworden dat het 13/11-rooster tijdelijk is gedraaid, dus in afwachting van de afloop van de onderhandelingen. VBL heeft ook belang bij een rooster dat "Arbeidstijdenwetproof" is. In het belang van de continuïteit van het bedrijf, aan welk belang op dit moment een hogere

waarde moet worden toegekend dan het sociale belang dat werknemers stellen te hebben met het kunnen hervatten van het werk, is de eis tot toelating tot het werk onder de door eisers verlangde omstandigheden, welke omstandigheden afwijken van de huidige werkwijze binnen gedaagde, niet toelaatbaar.

Wat betreft de loonvordering overweegt de kantonrechter dat hiervoor al vastgesteld is dat VBL gelet op alle omstandigheden van de zaak niet verweten kan worden dat zij met ingang van 15 december 2010 een zesploegenrooster heeft ingevoerd. Indien er door collectieve acties geen werk verricht wordt, is er ook geen recht op (volledige doorbetaling van) loon. Dit geldt ook voor de huidige collectieve actie. De kantonrechter verwijst hier naar rechtsoverweging 3.6 van de Hoge Raad in het NS-arrest en naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 29 december 2006, LJN AZ7259. Het betoog van werknemers dat in deze zaak het niet-werken zijn grond vindt in oorzaken die in de risicosfeer van de werkgever liggen, is naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter ontoereikend om tot een ander inzicht te komen. Door de wijze van actievoeren wordt er geen werk verricht en is er geen recht op loon. Er is in casu geen reden om af te wijken van de regel "geen werk geen loon". De op 27 december 2010 uitgeroepen actie lijkt een minder zwaar karakter te dragen dan een algehele staking, maar heeft in feite hetzelfde effect. Het kan niet zo zijn dat er binnen het bedrijf van VBL met verschillende roosters en ploegen gewerkt wordt en nu werknemers in afwachting van de oplossing van het probleem over de nieuwe cao niet willen werken binnen het zesploegenrooster, ligt het niet-werken in hun risicosfeer.

- [eiser sub 1], wonende te Oost-Souburg,
  - [eiser sub 2], wonende te Schoondijke,
  - [eiser sub 3], wonende te Vlissingen,
  - [eiser sub 4], wonende te Vlissingen,
  - [eiser sub 5], wonende te Arnhem,
  - [eiser sub 6], wonende te Arnhem,
  - [eiser sub 7], wonende te Vlissingen,
  - [eiser sub 8], wonende te Middelburg,
  - [eiser sub 9], wonende te Oost-Souburg,
  - [eiser sub 10], wonende te Meliskerke,
  - [eiser sub 11], wonende te Goes,
  - [eiser sub 12], wonende te Vlissingen,
  - [eiser sub 13], wonende te Breskens,
  - [eiser sub 14], wonende te 's-Gravenpolder,
  - [eiser sub 15], wonende te Kapelle,
  - [eiser sub 16], wonende te Middelburg,
- eisers,  
gemachtigde: mr. F.A.A.C. Traa CPL,  
17. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid FNV Bondgenoten,  
gevestigd te Utrecht,  
gevoegde partij aan de zijde van eisers,  
gemachtigde: mr. R. van der Stege,  
tegen:  
de besloten vennootschap  
Vlissingse Bootliedenwacht BV,  
gevestigd te Vlissingen,  
gedaagde,  
gemachtigde: mr. L.A.I. Broekhoven,

#### Kantonrechter:

Het verloop van de procedure

De procedure is als volgt verlopen:

- dagvaarding d.d. 14 januari 2011,
- akte overlegging producties mr. Broekhoven,
- brief mr. Traa d.d. 19 januari 2011,

– mondelinge behandeling d.d. 20 januari 2011, bij welke mondelinge incidentele conclusies tot onbevoegdheid en voeging zijn genomen.

#### *De beoordeling van de zaak*

1. De kantonrechter heeft bij de mondelinge behandeling het beroep van gedaagde op de onbevoegdheid van de kantonrechter bij mondelinge beslissing afgewezen, nu het in casu, gelet ook op de ingestelde vorderingen, een zaak betreft betreffende arbeidsovereenkomsten. De kantonrechter heeft verder bij mondelinge beslissing, de incidentele eis van FNV Bondgenoten tot voeging aan de zijde van de eisers, ondanks bezwaar daartegen van gedaagde, toegewezen, nu het belang bij de voeging voldoende is aangetoond.

2. De kantonrechter gaat bij de beoordeling van deze zaak uit van het volgende.

2.1 Eisers zijn in dienst van gedaagde als bootsman dan wel schipper/bootsman. FNV Bondgenoten heeft met gedaagde een Collectieve Arbeidsovereenkomst (CAO) voor de werknemers in dienst van gedaagde afgesloten voor de periode 1 januari 2007 tot en met 31 december 2009. Onbetwist is gebleven de mededeling van gedaagde dat deze CAO niet is ingediend bij het (toenmalige) Ministerie van Sociale Zaken. De CAO bevat onder de paragraaf 3 het rooster waarin gewerkt wordt.

2.2 De Arbeidsinspectie heeft bij brief van 26 juni 2009 medegedeeld te hebben geconstateerd dat het binnen het bedrijf van gedaagde gehanteerde ploegenrooster in strijd is met de Arbeidstijdenwet. De Arbeidsinspectie meldt daarbij dat het roosterpatroon hetzelfde kan blijven indien afgezien wordt van het volgens de CAO structureel inroosteren van 12-uurs nachtdiensten. Dit zou mogelijk kunnen door het hanteren van een dagdienst van 13 uren en een nachtdienst van 11 uren. Extra werk kan aan deze diensten niet meer worden toegevoegd en daarvoor zal een consignatiedienst (stand-by) moeten worden opgezet. In een mail van 24 november 2009, overgelegd door eisers, meldt [A.], specialist arbeidstijden, die ook de inspectie heeft uitgevoerd bij gedaagde, dat dit slechts één van de mogelijke oplossingen was. Omdat gedaagde zoveel mogelijk wilde aansluiten bij het bestaande rooster is de 13/11 regeling als mogelijke oplossing genoemd. De Arbeidsinspectie heeft gedaagde op 17 juli 2009 beboet voor de geconstateerde overtreding. Onbetwist is gebleven de opmerking van gedaagde bij de mondelinge behandeling dat een volgende overtreding van de Arbeidstijdenwet kan leiden tot een aanmerkelijk zwaardere sanctie, zoals stillegging van het bedrijf.

2.3 FNV Bondgenoten heeft de CAO opgezegd tegen 1 januari 2010. Daarna zijn onderhandelingen gestart tussen FNV Bondgenoten en gedaagde. De geconstateerde overtreding van de Arbeidstijdenwet heeft ook een rol gespeeld bij de onderhandelingen, in die zin dat er een "Arbeidstijdenwetproof" rooster moest komen.

2.4 Het overleg met gedaagde is gevoerd door de heer [B.], bestuurder Havens bij FNV Bondgenoten. Gedaagde laat zich bijstaan door bedrijfsadviseur de heer [C.]. Het overleg is begin 2010 vastgelopen.

2.5 Vanaf mei 2010 is er gewerkt met een aangepast rooster en wel het 13/11 rooster.

2.6 In april 2010 zijn de onderhandelingen opnieuw vastgelopen en hebben er, op verzoek van het personeel, gesprekken plaatsgevonden tussen een delegatie van het personeel en gedaagde. De delegatie van het personeel bestond uit de (FNV)kaderleden [D.] en [E.]. De delegatie heeft bij de aanvang van de onderhandelingen verklaard dat het eventueel te bereiken akkoord ter stemming zal worden voorgelegd aan het personeel. Na veel heen en weer geschuif/gepraat is er uiteindelijk tussen

de onderhandelaars een akkoord bereikt. Dit akkoord is echter door de leden bij referendum weggestemd. Het door de onderhandelaars bereikte akkoord gaat uit van de invoering van een zesploegendienst. In een vroeg stadium van de onderhandelingen is daarover al een akkoord bereikt.

2.7 Over de datum van de invoering van zesploegendienst is overleg geweest en [B.] verzoekt bij mail van 28 september 2010 die eerst te laten ingaan op 1 november 2010.

2.8 Na bericht te hebben ontvangen van de afstemming van het akkoord, heeft gedaagde per 15 december 2010 het zesploegenrooster ingevoerd. Zij heeft haar medewerkers op 15 november 2010 daarvan bericht gedaan en tevens bericht dat de enige mogelijkheid om nog bij gedaagde te kunnen werken is om akkoord te gaan met het nieuwe rooster.

2.9 Mr. Van Traa maakt bij brief van 23 november 2010 bezwaar tegen de mededeling van 15 november 2010.

2.10 Op 9 december 2010 stelt FNV Bondgenoten gedaagde een voorultimatum. Zij stelt gedaagde in de gelegenheid alsnog akkoord te gaan met een nieuwe CAO met inachtneming van de eisen die FNV Bondgenoten daartoe stelt. Die eisen staan in de brief vermeld. Nadat gedaagde niet op de eisen is ingegaan, wordt bij brief van 13 december 2010 een ultimatum gesteld door FNV Bondgenoten. Indien uiterlijk 16 december 2010 geen schriftelijke reactie is ontvangen van gedaagde, zal rekening moeten worden gehouden met acties. Bij brief van 15 december 2010 is vervolgens gemeld dat de acties zullen starten op 16 december 2010 indien gedaagde niet akkoord gaat met de eisen. De acties zullen bestaan uit het werken volgens het 13/11 rooster en in de oude ploegensamenstelling. Het ultimatum is verstrekt zonder dat aan de eisen is voldaan en FNV Bondgenoten heeft haar leden opgeroepen tot actie over te gaan. Op 16 december 2010 zijn de leden van FNV Bondgenoten gaan werken volgens het 13/11 rooster.

2.11 Gedaagde heeft tussen 16 en 21 december 2010 een aantal actievoerende werknemers op staande voet ontslagen. Dit heeft geleid tot een algehele staking voor onbepaalde tijd en een kort geding dat heeft gediend op 21 december 2010. Er is overeenstemming bereikt in die zin dat de ontslagen op staande voet zijn ingetrokken en gedaagde heeft verklaard zich te zullen onthouden van onrechtmatig handelen, waaronder in ieder geval het treffen van rechtspositionele maatregelen tegen werknemers, die, samengevat weergegeven, deelnemen aan rechtmatige collectieve acties.

2.12 De algehele staking heeft geduurd tot 27 december 2010 te 20.00 uur en FNV Bondgenoten heeft medegedeeld dat er vanaf dat tijdstip weer actie gevoerd wordt in de vorm van het werken volgens het 13/11 rooster. Gedaagde heeft aangekondigd de actievoerende werknemers geen loon te zullen betalen.

2.13 De actievoerende werknemers zijn vanaf 27 december 2010 niet meer op het werk toegelaten. Zij hebben zich wel steeds gemeld.

3. Nu zij niet meer tot het werk worden toegelaten en zij geen loon meer ontvangen, vorderen eisers thans gedaagde te veroordelen tot wedertewerkstelling van eisers volgens het 13/11 rooster en in de oude ploegensamenstelling en de veroordeling van gedaagde tot doorbetaling van loon, alles op straffe van dwangsommen. Gedaagde verzet zich tegen de vorderingen.

4. Alvorens inhoudelijk in te gaan op de vorderingen, merkt de kantonrechter het volgende op. Het onderhavige kort geding is inmiddels het derde kort geding waarbij eisers direct of indirect betrokken zijn. Ook de beslissing in dit kort geding zal de bestaande problemen tussen eisers en hun werkgever niet oplossen, integendeel, het heeft er veel van weg dat partijen steeds verder uit elkaar drijven met alle nadelige gevolgen van dien. Ook tijdens de mondelinge behandeling werden de verhoudin-

gen tussen partijen steeds grimmiger en de werknemers werd min of meer de ontbinding van hun arbeidsovereenkomst in het vooruitzicht gesteld. Gedaagde moet zich wel realiseren dat zij zich als goed werkgever heeft gedragen, ook in de toekomst. Het ontslaan van deelnemers aan een collectieve stakingsactie, zoals gebeurd is, is bepaald geen vorm van goed werkgeverschap. De enige remedie voor het oplossen van de conflictsituatie lijkt een nieuw overleg te zijn onder leiding van een onafhankelijke bemiddelaar. Tijdens de mondelinge behandeling bleek in ieder geval gedaagde daar wel oren naar te hebben, maar ook eisers, gelet op de brief van de personeelsvertegenwoordiging van 12 januari 2011, door eisers in het geding gebracht. De mogelijkheid tot bemiddeling liep bij de mondelinge behandeling echter direct stuk op eisen die vooraf gesteld werden. Dat is natuurlijk geen goed uitgangspunt. Hierbij merkt de kantonrechter verder op dat niet aan de indruk kan worden ontkomen dat de situatie is geëscaleerd als gevolg van een botsing van de bij de onderhandelingen betrokken partijen. De heer [B.] is bij gedaagde duidelijk de gebeten hond en natuurlijk is het niet de werkgever die bepaalt wie namens FNV Bondgenoten de kwestie behandelt. Maar als, zoals in casu, de oorzaak van het geschil mede gelegen lijkt te zijn in de persoon van betrokkenen, dan mag toch ook van een grote vakbond als FNV Bondgenoten verwacht worden dat zij, mede in het belang van haar leden, zich bezint over haar vertegenwoordiging. Aan de andere kant geldt een en ander ook voor gedaagde, want het optreden van haar bedrijfsadviseur [C.] leidt er toe dat er olie op het vuur gegooid wordt. Ook van een bedrijfsadviseur mag verwacht worden dat hij zich meer objectief opstelt.

290

5. De kantonrechter overweegt dat het spoedeisend belang van de vordering gegeven is in de aard van de vorderingen. Om die reden wordt het verweer dat er geen spoedeisend belang is bij de ingestelde vorderingen verworpen. Voor toewijzing van de vorderingen van eisers is nodig dat het bestaan van hun vorderingsrecht voldoende aannemelijk is doordat nu zeer waarschijnlijk wordt geacht dat in een bodemprocedure vergelijkbare vorderingen toewijsbaar zullen worden geoordeeld en dat een belangenafweging uitvalt in het voordeel van eisers.

6. Ook een actie zoals door FNV Bondgenoten aangekondigd op 27 december 2010 behoort tot de collectieve acties die onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest vallen. De kantonrechter wijst hier ook naar de uitleg als gegeven door de Hoge Raad in het NS-arrest (NJ 1986,688). Nu verder aan de voorwaarden voor het uitroepen van een collectieve actie is voldaan, kan in casu gesproken worden van een rechtmatige (stakings)actie.

7. Met betrekking tot de gevorderde wedertewerkstelling overweegt de kantonrechter dat bezien moet worden wat van gedaagde als goed werkgever verwacht mag worden en gekeken moet worden naar de aard van de arbeidsovereenkomst en naar de overeengekomen arbeid, alsmede naar de bijzondere omstandigheden van het geval. Gedaagde is een bedrijf dat 24 uren per dag en 7 dagen per week diensten moet kunnen leveren aan schepen. Er wordt binnen het bedrijf van gedaagde gewerkt met roosters en ploegen. Volgens die roosters dienen de werknemers hun werk te verrichten. Het tot de door de Arbeidsinspectie opgelegde boete gehanteerde rooster kan niet meer gevolgd worden en er dient een rooster te komen dat wel in overeenstemming is met de Arbeidstijdenwet. Gedaagde heeft uiteindelijk per 15 december 2010 een zesploegenrooster ingevoerd. Aan gedaagde komt ter zake een zekere mate van beleidsvrijheid toe en het is inderdaad de werkgever die de ploegen samenstelt en niet de werknemers. Met het zesploegenrooster wijkt gedaagde af van het schema waarin gewerkt is vanaf mei 2010, het 13/11 rooster. De vraag is of gedaagde als

een goed werkgever heeft gehandeld door het zesploegenrooster in te voeren, terwijl er nog geen overeenstemming was over een nieuw rooster tussen de werkgever en een deel van de werknemers. Voldoende aannemelijk is geworden dat het 13/11 rooster tijdelijk is gedraaid, dus in afwachting van de afloop van de onderhandelingen. Nadat het overleg is gevoerd door de personeelsdelegatie is vrij snel overeenstemming bereikt over een zesploegenrooster. Gedaagde mocht dan ook op goede gronden uitgaan dat de invoering van een zesploegendienst geen probleem zou opleveren. Eerst in de eerste week van december 2010 werd gedaagde er mee geconfronteerd dat het bereikte akkoord het referendum niet heeft overleefd.

8. Gedaagde heeft er verder in ieder geval belang bij dat er een rooster is, dat voor haar niet het risico met zich mee brengt dat er weer een overtreding van de Arbeidstijdenwet zal plaatsvinden. Onbetwist is dat dit met een zesploegenrooster niet het geval kan zijn. De directeur van gedaagde heeft bij de mondelinge behandeling onbestreden verklaard dat het 13/11 rooster tegen het maximum aanloopt van de tijd dat er gewerkt mag worden. Gedaagde loopt hier dus enig gevaar, dat zij wil voorkomen door de zesploegendienst. De bedongen arbeid is dus hetzelfde gebleven, enkel zijn het rooster en de ploegen waarin gewerkt moet worden veranderd. Gelet op deze omstandigheden kan van gedaagde als goed werkgever niet verlangd worden dat zij eisers in afwachting van de definitieve oplossing van de problemen tussen partijen weer toelaat op het werk op de voorwaarden zoals eisers die stellen. Eisers willen immers niet werken volgens het thans gehanteerde rooster. In het belang van de continuïteit van het bedrijf, aan welk belang op dit moment een hogere waarde moet worden toegekend dan het sociale belang dat eisers stellen te hebben met het kunnen hervatten van het werk, is de eis tot toelating tot het werk onder de door eisers verlangde omstandigheden, welke omstandigheden afwijken van de huidige werkwijze binnen gedaagde, niet toelaatbaar.

9. Of de door gedaagde verlangde wijzigingen binnen de arbeidsverhoudingen met haar werknemers redelijk is, is een vraag die in deze procedure niet ter beoordeling voorligt, hoe zeer ook het geschil tussen partijen wellicht opgelost dan wel verminderd kan worden met een rechterlijke uitspraak over die redelijkheid. Eisers blijven zich echter op het standpunt stellen dat er een belangengeschil is en geen rechtsgeschil. Om uit de discussie belangen- dan wel rechtsgeschil te blijven staat het partijen ook vrij om bijvoorbeeld op de voet van art. 96 Rv de vraag voor te leggen of de wijzigingen die gedaagde wil aangebrengen in de arbeidsverhouding met haar werknemers de toets met de uitgangspunten in de arresten 'Taxi Hofman' en 'Mammoet-Stoof' kan doorstaan.

10. Wat betreft de loonvordering overweegt de kantonrechter dat hiervoor al vastgesteld is dat gedaagde gelet op alle omstandigheden van de zaak niet verweten kan worden dat zij met ingang van 15 december 2010 een zesploegenrooster heeft ingevoerd. Indien er door collectieve acties geen werk verricht wordt, is er ook geen recht op (volledige doorbetaling van) loon. Dit geldt ook voor de huidige collectieve actie. De kantonrechter verwijst hier naar rechtsoverweging 3.6 van de Hoge Raad in het NS-arrest en naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 29 december 2006, LJN AZ7259. Het betoog van eiser dat in deze zaak het niet werken zijn grond vindt in oorzaken die in de risicosfeer van de werkgever liggen, is naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter ontoereikend om tot een ander inzicht te komen. Door de wijze van actievoeren wordt er geen werk verricht en is er geen recht op loon. Er is in casu geen reden om af te wijken van de regel "geen werk geen loon". De op 27 december 2010 uitgeroepen actie lijkt een minder zwaar karakter te dragen dan een algehele staking, maar heeft in feite

hetzelfde effect. Het kan niet zo zijn dat er binnen het bedrijf van gedaagde met verschillende roosters en ploegen gewerkt wordt en nu eisers in afwachting van de oplossing van het probleem over de nieuwe CAO niet willen werken binnen het zesploegen-rooster ligt het niet werken in hun risicosfeer.

11. De vorderingen van de eisers zijn dan ook niet toewijsbaar om redenen als hiervoor gemeld en de verdere stellingen van partijen kunnen buiten beschouwing worden gelaten. Dat geldt voor de vraag of eiser sub 15 nog steeds als eiser beschouwd moet worden. Om de verhouding tussen partijen niet verder onder druk te zetten, zal de kantonrechter een proceskostenveroordeling van eisers achterwege laten en die kosten compenseren.

#### *De beslissing*

De kantonrechter:

rechtdoende als voorzieningenrechter:

wijst de vorderingen af;

compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

#### **NOOT**

1. In de onderhavige zaak heeft de Arbeidsinspectie geconstateerd dat het door VLB gehanteerde ploegenrooster in strijd is met de Arbeidstijdenwet vanwege het volgens de toepasselijke ondernemings-CAO structureel inroosteren van 12-uurs nachtdiensten. Als tijdelijke oplossing voert VLB een dagdienst van 13 uur in en een nachtdienst van 11 uur. De ploegensamenstelling blijft hetzelfde. Extra werk wordt met een consignatiedienst opgelost. Hiermee wordt zo veel mogelijk aangesloten op het bestaande rooster. FNV Bondgenoten zegt vervolgens de ondernemings-CAO op waarna een periode van onderhandelingen volgt waarbij de geconstateerde overtreding van de Arbeidstijdenwet ook een rol speelt. Het overleg loopt aanvankelijk vast en vanaf eind mei 2010 is gewerkt met het aangepaste 13/11 rooster. Daarna bereiken de onderhandelaars alsnog een akkoord waarvan bij voorbaat is aangegeven dat het ter stemming zal worden voorgelegd aan het personeel. De leden stemmen dit akkoord echter bij referendum weg. Het akkoord gaat namelijk uit van een zesploegendienst in plaats van een 13/11-rooster en van een andere ploegensamenstelling. VLB voert deze zesploegendienst in gewijzigde ploegensamenstelling echter toch in. FNV Bondgenoten stelt VLB een voorultimatum en stelt VLB in de gelegenheid alsnog akkoord te gaan met een nieuwe CAO met de eisen die FNV Bondgenoten daaraan stelt. VLB gaat op die eisen niet in waarna de aangekondigde actie wordt uitgevoerd, te weten het werken volgens het 13/11 rooster in de oude ploegensamenstelling. VLB ontslaat vervolgens een aantal actievoerende werknemers met als gevolg een algehele staking voor onbepaalde tijd en een kort geding op 21 december 2010. Partijen bereiken overeenstemming in die zin dat de ontslagen op staande voet worden ingetrokken. Na de algehele staking hervatten de werknemers de actie door te werken volgens het 13/11 rooster. VLB kondigt aan de actievoerende werknemers geen loon meer te betalen en niet meer tot het werk toe te laten. De werknemers melden zich wel steeds voor werk. De werknemers vorderen in het kort geding wedertewerkstelling in het 13/11 rooster in de oude ploegensamenstelling en loondoorbetaling.

2. De eerste vraag die voorligt bij de kantonrechter is of de door FNV Bondgenoten aangekondigde actie rechtmatig is. Deze actie valt onder de reikwijdte van art. 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest (ESH), aldus de kantonrechter. Onder de enkele verwijzing naar het NS-arrest (HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688)

overweegt de kantonrechter dat sprake is van een rechtmatige (stakings)actie.

3. In het NS-arrest overwoog de Hoge Raad vooraleerst dat het enkele feit dat een staking zich richt tegen de overheid niet per definitie meebrengt dat art. 6 lid 4 ESH niet van toepassing is. Die overweging is in casu niet van belang. Verder overwoog de Hoge Raad dat art. 6 lid 4 van het ESH de mogelijkheid van collectief ageren kent ook anders dan bij wege van de klassieke (algehele) werkstakingen. De NS werd niet geconfronteerd met een algehele staking maar met 'stiptheidsacties', 'langzaamaanacties' en werkonderbrekingen van korte duur in telkens een ander deel van het bedrijf. De NS voerde in cassatie onder meer aan dat er geen sprake was van een belangenconflict als bedoeld in art. 6 lid 4 ESH. De Hoge Raad meende dat dit betoog niet als juist kon worden aanvaard. Er was in dit geval geen sprake van een rechtsgeschil als inzet van de acties maar wel degelijk van een belangenschil, namelijk een geschil zowel met betrekking tot de belemmering in de uitoefening van het recht om collectief te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in dienst van de NS, als met betrekking tot de inhoud van die arbeidsvoorwaarden. De diverse acties tegen de NS vielen daarom onder het recht van collectief onderhandelen en daarmee onder art. 6 lid 4 ESH. Ook kwam in het arrest aan de orde wat de invloed is van het bijzondere aspect van de collectieve acties. De Hoge Raad overweegt dat stiptheidsacties, langzaamaanacties en werkonderbrekingen van korte duur geen unfair karakter dragen. De NS stelde dat dit wel het geval was omdat van de kant van de werknemers en hun organisaties nauwelijks (financiële) offers werden gevergd omdat de werknemers, aldus de NS, recht op betaling van loon behielden. Er werd immers nog wel gewerkt. De Hoge Raad overweegt dat ook bij dergelijke collectieve acties (waarbij nog wel wordt gewerkt, zij het op voor de werkgever minder productieve wijze) in beginsel moet worden aangenomen dat zij – wat betreft de toepassing van art. 7:628 lid 1 BW – meer in de risicosfeer van de werknemers als groep liggen, dan in die van de werkgever. Een redelijke wetstoepassing kan er dan ook toe leiden te aanvaarden dat een werkgever die wordt geconfronteerd met personeel dat in het kader van dergelijke collectieve acties geheel of telkens in wisselende delen niet naar behoren of niet volledig presteert en daardoor zijn bedrijf ontwricht ziet, zijnerzijds tegenover het personeel wordt ontheven van zijn verplichting het loon over die periode *volledig* door te betalen. Vraag is dan vervolgens welk deel van het loon de werkgever mag inhouden. Deze vraag zal veelal lastig te beantwoorden zijn, ten gevolge waarvan de werkgever er noodgedwongen voor kiest om toch maar het volledige loon te blijven doorbetalen. Waar het dan uiteindelijk op aankomt is of de vakbonden in redelijkheid tot de collectieve acties in die zin hebben kunnen besluiten: het evenwichtsverstoring element dat aan die acties eigen is, zal naar mate de actie voortduurt eerder tot een ontkenkend antwoord op die vraag leiden, dan in het geval sprake is van een collectieve actie van het normale type. Daar kan wel tegenover staan, aldus de Hoge Raad, dat dergelijke acties de werkgever minder schade zullen toebrengen dan in het geval van een algehele werkstaking.

4. De kantonrechter in casu oordeelt op basis van dit NS-arrest dat de onderhavige actie rechtmatig is en ook dat het niet werken in de risicosfeer van de werknemer ligt. Dit is mijns inziens in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad, zoals in het bijzonder verwoord in r.o. 3.6 van het arrest met dien verstande dat de vraag of de werkgever de werknemers toegang tot het werk mag weigeren in geval van collectieve acties van bijzondere aard (zoals stiptheidsacties en korte werkonderbrekingen) om vervolgens het volledige loon niet te betalen niet in het NS-arrest aan de orde kwam. NS betaalde immers wel het loon, VLB doet dat niet en

weigert toelating tot het werk. Daarin zit het grote verschil met de casus van het NS-arrest en maakt de onderhavige zaak interessant. VLB sluit de werknemers die collectief acties voeren in feite uit om zo zijn belang, te weten het eenzijdig invoeren van een nieuw rooster, door te voeren. Hierdoor pleegt de werkgever eveneens een collectieve actie. Ook die actie valt onder het bereik van art. 6 ESH maar een dergelijk actie van de werkgever jegens zijn werknemers is zeldzaam.

5. De kantonrechter overweegt met betrekking tot de gevorderde wedertewerkstelling dat bezien moet worden wat van VLB als goed werkgever verwacht mag worden, waarbij gekeken moet worden naar de aard van de arbeidsovereenkomst, de overeengekomen arbeid en de bijzondere omstandigheden van het geval. Vervolgens legt de kantonrechter nadruk op het feit dat VLB een bedrijf is dat 24/7 diensten moet kunnen leveren aan schepen als gevolg waarvan wordt gewerkt met roosters en ploegen. Er dient een rooster te komen dat wel in overeenstemming is met de Arbeidstijdenwet, waarbij aan VLB een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt, aldus de kantonrechter. Het is de werkgever die het rooster vaststelt en niet de werknemers. De kantonrechter verliest daarbij mijns inziens uit het oog dat sprake was van een ondernemings-CAO die zal zijn geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomsten. Het aflopen van de CAO heeft niet tot gevolg dat de werkgever deze arbeidsvoorwaarde van 12 uren nachtdiensten eenzijdig mag wijzigen. Er is sprake van nawerking totdat ofwel een nieuwe CAO gaat gelden ofwel overeenstemming met de individuele werknemer wordt bereikt over de wijziging van het rooster. Het 13/11 rooster was tijdelijk ingevoerd en lag het dichtst bij de regeling opgenomen in de CAO, er werd gewerkt in dezelfde ploegensamenstelling en de uren waren nagenoeg hetzelfde (11 uur 's nachts in plaats van 12 uur 's nachts en 13 uur overdag in plaats van 12 uur overdag). Die beleidsvrijheid om het rooster (drastisch) te wijzigen heeft de werkgever mijns inziens niet, ook niet in het geval sprake is van een met de wet strijdige regeling. Dé vraag is, zo ook de kantonrechter, of VLB het zesploegenrooster mocht invoeren terwijl er nog geen overeenstemming was over een nieuw rooster tussen de werkgever en de werknemers. Het gaat dan om een rechtsgeschil en niet om een belangengeschil. De discussie of nu sprake is van een belangengeschil of een rechtsgeschil hield partijen verdeeld. De kantonrechter meent dat VLB het rooster op deze wijze eenzijdig mocht wijzigen, omdat er met de bonden overeenstemming was bereikt over invoering daarvan. Dat akkoord was echter onder voorbehoud van een referendum en de werknemers hebben dit weggestemd. Daarmee is dus sprake geweest van een eenzijdige wijziging die de toets der kritiek waarschijnlijk niet kan doorstaan. Het gaat immers om een eenzijdige wijziging van een collectieve regeling en indien er geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, geldt de terughoudende en strenge maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW ("naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar"), zoals de Hoge Raad heeft bepaald in HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471, m. nt. ARB (Frans Maas).

6. De kantonrechter overweegt vervolgens dat de bedongen arbeid hetzelfde is gebleven en dat enkel het rooster en de ploegen zijn gewijzigd. Nu het rooster onderdeel uitmaakte van de CAO en daarmee, via incorporatie, van de arbeidsovereenkomst, gaat het om een contractuele arbeidsvoorwaarde die niet zomaar eenzijdig kan worden gewijzigd. VLB heeft dat door de invoering van het zesploegenrooster zonder instemming van de werknemers echter wel gedaan. De kantonrechter vervolgt met de overweging dat van VLB onder die omstandigheden niet mag worden verwacht dat zij de werknemers in afwachting van een definitieve oplossing

van het probleem toelaat op het werk in het 13/11 rooster in de oude ploegensamenstelling. Of de door VLB verlangde wijzigingen binnen de arbeidsverhoudingen met haar werknemers redelijk is, is een vraag die in deze kortgedingprocedure niet voorligt, aldus de kantonrechter. De werknemers blijven zich op het standpunt stellen dat sprake is van een belangengeschil en niet van een rechtsgeschil. Ik zou nu juist menen dat het meer voor de hand ligt om te stellen dat sprake is van een rechtsgeschil, te weten of VLB de arbeidsvoorwaarde eenzijdig mocht wijzigen. Indien sprake is van een belangengeschil komt de rechter niet toe aan de toets van de eenzijdige wijziging (rechtsgeschil) maar die toets past de rechter wel 'stiekem' toe met betrekking tot de vordering tot wedertewerkstelling. Het al dan niet aanwezig zijn van een belangengeschil is van belang voor de toepasselijkheid van art. 6 lid 4 ESH en de kantonrechter meent dat dit het geval is. Om uit de discussie over de aard van het geschil te blijven staat het partijen ook vrij om, op de voet van art. 96 Rv aan de kantonrechter de vraag voor te leggen of de wijzigingen die VLB wil aanbrengen in de arbeidsverhouding met haar werknemers, de redelijkheidstoets van Taxi Hofman (HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767) en Stoof Mammoet (11 juli 2008, «JAR» 2008/204) kan doorstaan, aldus de kantonrechter. Hier slaat de kantonrechter de plank mis: de toets bij de eenzijdige wijziging van een collectieve regeling is zoals gezegd die van art. 6:248 lid 2 BW, tenzij er een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, in welk geval de minder zware toets van art. 7:613 BW geldt, of sprake is van een wijziging van een individuele regeling, in welk geval de (lichtere) redelijkheidstoets uit de arresten Taxi Hofman en Stoof Mammoet geldt. Laatstgenoemde redelijkheidstoets is gebaseerd op de maatstaf van art. 7:611 BW. In het arrest Stoof Mammoet is de Hoge Raad ingegaan op de verhouding tussen de redelijkheidstoets ex art. 7:611 BW en de redelijkheidstoets ex art. 7:613 BW. Hoewel het hier volgens de Hoge Raad op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, neemt de Hoge Raad aan dat art. 7:613 BW "veeleer" ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen, niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer, maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen. In zo'n situatie van de wijziging van een collectieve regeling is art. 7:611 BW niet de maatstaf, aldus ook onder meer Beltzer voorafgaand aan het Stoof Mammoet-arrest (R.M. Beltzer, 'De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248', *Arbeid Integraal* 2004/2) en Bruyninckx en Kehrer-Bot (E.L.J. Bruyninckx en C.S. Kehrer-Bot, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadering door rechters gewenst', *ArbeidsRecht* 2005/4, 26).

7. De kantonrechter had mijns inziens in dit kort geding moeten beoordelen wat 'met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid' de uitkomst in een bodemprocedure zou zijn geweest met betrekking tot de vraag of de werkgever eenzijdig tot de invoering van het zesploegenrooster had mogen overgaan. Die vraag is niet zo gemakkelijk te beantwoorden, aangezien de daarvoor in beginsel toe te passen strenge maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW noopt tot een zeer terughoudende toetsing.

E.L.J. Bruyninckx  
AKD