

16 januari 2007
Vijfde civiele kamer
Rekestnummer 2006/1110

GERECHTSHOF TE ARNHEM

Beschikking

in de zaak van:

de rechtspersoon naar publiek recht **De Gemeenschappelijke Regeling
Hulpverlening en Veiligheid Gelderland-Zuid**,
gevestigd te Nijmegen,
verzoekster in het principaal hoger beroep,
(voorwaardelijk) verweerster in het incidenteel hoger beroep,
verder te noemen: RAV,
procureur: mr. P.J.M. van Wersch,

tegen:

de Ondernemingsraad Regionaal Ambulancevervoer Gelderland-Zuid,
gevestigd te Nijmegen,
verweerder in het principaal hoger beroep,
verzoeker in het incidenteel hoger beroep,
verder te noemen: de OR,
procureur: mr. P.M. Wilmink,

en

Rekestnummer: 2006/1110

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **CNV Publieke Zaak**,
gevestigd te Den Haag en
de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **ABVAKABO FNV**,
gevestigd te Zoetermeer,
verweersters in het principaal hoger beroep,
voorwaardelijk verzoeksters in het incidenteel hoger beroep,
verder te noemen: CNV en ABVAKABO FNV,
procureur: mr. L. Paulus.

Rekestnummer: 2006/1110

1 Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst voor het geding in eerste aanleg naar de beschikking van de kantonrechter (rechtbank Arnhem, sector kanton, locatie Nijmegen) van 2 oktober 2006, gegeven tussen RAV als verzoekende partij en de OR als verwerende partij. Van die beschikking is een fotokopie aan deze beschikking gehecht.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Bij beroepschrift, ingekomen ter griffie van het hof op 27 oktober 2006, is RAV in hoger beroep gekomen van voornoemde beschikking. Daarbij heeft zij vier grieven tegen die beschikking aangevoerd en heeft zij één productie overgelegd. Verder heeft zij het hof verzocht:

- a. de beschikking waarvan beroep te vernietigen,
- b. alsnog op grond van artikel 36 lid 4 van de Wet op de ondernemingsraden (verder te noemen: WOR) toestemming te verlenen om het voorgenomen besluit tot wijziging van het dienstrooster te nemen, primair gebaseerd op de oorspronkelijk bij brief van 14 maart 2006 (productie 12 bij het verzoekschrift in eerste aanleg) overgelegde voorgenomen nieuwe (basis)dienstroosters, subsidiair gebaseerd op de als productie 1 bij het beroepschrift overgelegde voorgenomen (basis)dienstroosters waarin geen sprake is van enige koppeling van twee elkaar opvolgende avonden-/nachtdiensten en
- c. de beschikking uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

2.2 Bij op 17 november 2006 ter griffie van het hof ingekomen appelverweerschrift heeft de OR zich verweerd tegen het in het beroepschrift aangevoerde, heeft hij één productie overgelegd en is hij, onder aanvoering van één grief, in hoger beroep gekomen van voornoemde beschikking. De OR heeft daarbij het hof verzocht de grieven van RAV te verwerpen en de bestreden beschikking te bekrachtigen, zo nodig met verbetering en/of aanvulling van gronden, dan wel opnieuw recht doende (het hof begrijpt:) het verzoek om instemming ex artikel 36 lid 4 WOR juncto 27 lid 4 WOR, voor zover dit primair is gebaseerd op de oorspronkelijk bij brief van 14 maart 2006 overgelegde voorgenomen nieuwe (basis)dienstroosters af te wijzen, en voor zover dit verzoek om instemming subsidiair is gebaseerd op de als productie 1 bij het

Rekestnummer: 2006/1110

beroepschrift overgelegde voorgenomen (basis)dienstroosters, RAV in haar hoger beroep niet-ontvankelijk te verklaren, althans dit verzoek om instemming eveneens af te wijzen.

2.3 Bij op 20 november 2006 per fax ter griffie van het hof ingekomen "verzoekschrift/verweerschrift" hebben CNV en ABVAKABO FNV zich verweerd tegen het in het beroepschrift aangevoerde, zijn zij, onder aanvoering van verschillende grieven, voorwaardelijk in hoger beroep gekomen van voornoemde beschikking en hebben zij een aantal artikelen uit de Uitwerkingsovereenkomst van de collectieve arbeidsvoorwaardenregeling voor de sector gemeenten (verder te noemen: CAR-UWO) overgelegd. Daarbij hebben zij het hof verzocht de grieven van RAV te verwerpen en de bestreden beschikking te bekrachtigen, zo nodig met verbetering en/of aanvulling van gronden, dan wel opnieuw recht doende (het hof begrijpt:) het verzoek om instemming ex artikel 36 lid 4 WOR juncto 27 lid 4 WOR, voor zover gebaseerd op de oorspronkelijke brief van RAV van 14 maart 2006, af te wijzen, en (het hof begrijpt:) RAV niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek, voor zover gebaseerd op de als productie 1 bij het beroepschrift van RAV overgelegde voorgenomen dienstroosters, althans dat verzoek eveneens af te wijzen, met veroordeling van RAV in de kosten van deze procedure.

2.4 Bij op 17 november 2006 per e-mail ter griffie van het hof ingekomen brief van diezelfde datum heeft mr. H.A. Hoving, advocaat te Nijmegen, namens RAV, aan het hof het artikel "In het gevolg van Jaeger - de saga van de arbeidstijdenrichtlijn" van mr. dr. A.H. van Hoek gezonden. Een afschrift van die brief heeft mr. Hoving voornoemd aan de OR en CNV en ABVAKABO FNV gezonden.

2.5 Bij op 23 november 2006 per e-mail ter griffie van het hof ingekomen brief van diezelfde datum heeft mr. A. Schellart, advocaat te Utrecht, namens CNV en ABVAKABO FNV, aan het hof een brief van 16 november 2006 van het managementteam van RAV aan de medewerkers van RAV gezonden. Een afschrift van die brief heeft mr. Schellart voornoemd aan RAV en de OR gezonden.

2.6 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 24 november 2006. Namens RAV zijn verschenen M. Honigh en F. Spe, bijgestaan door mr. Hoving voornoemd. Namens de OR zijn verschenen G. Mulder, M. Pheijffer en F. Ebing, bijgestaan door mr. L.J.M. van Westeriaak, advocaat te Utrecht. Namens CNV is M. Matser en namens ABVAKABO FNV is B.L. Groen

Rekestnummer: 2006/1110

verschenen, ieder bijgestaan door mr. A. Schellart voornoemd. Bij die gelegenheid zijn aan het hof inlichtingen verstrekt en hebben de advocaten de wederzijdse standpunten toegelicht, mede aan de hand van door hen overgelegde pleitaantekeningen. Mr. Hoving voornoemd heeft bij die gelegenheid "bijlagen 1 t/m 5" aan het hof overgelegd, welke bijlagen voorafgaand aan de zitting aan de OR en CNV en ABVAKABO FNV zijn overhandigd. De OR en CNV en ABVAKABO FNV hebben desgevraagd verklaard dat zij ermee instemmen dat die bijlagen deel uitmaken van de processtukken.

2.7 Daarna heeft het hof een datum bepaald voor het geven van een beschikking.

3 De grieven

In het principaal hoger beroep

Grief 1: Ten onrechte verwijst de kantonrechter op diverse plaatsen naar artikel 19:1 van de op de arbeidsovereenkomsten van de betrokken medewerkers van de RAV toepasselijke CAR-UWO. Zie (o.a.) punt 1.5 en 8 van de bestreden beschikking.

Grief 2: Ten onrechte overweegt de kantonrechter in punt 9: *"Volgens het rooster zou na een dergelijke aanwezigheidsdienst reeds diezelfde dag om 17.00 uur een nieuwe vijftien uur durende aanwezigheidsdienst moeten aanvangen. De rusttijd is aldus negen uren in plaats van de voorgeschreven elf uren. De RAV weerspreekt deze voorstelling van zaken niet, maar stelt..."*.

Grief 3: Ten onrechte oordeelt de kantonrechter dat artikel 4.8:1 lid 5 ATB buiten toepassing dient te blijven wegens strijd met de Richtlijn 2003/88/EG.

Grief 4: Ten onrechte wijst de kantonrechter het verzoek van RAV af.

In het incidenteel hoger beroep

Ten onrechte oordeelt de kantonrechter onder punt 8: *"De aard van de arbeid van de*

Rekestnummer: 2006/1110

medewerkers van de RAV, die als ambulancepersoneel werkzaam zijn, maakt het noodzakelijk dat aanwezigheidsdiensten worden opgelegd en voldoende aannemelijk is gemaakt dat dit door het op een andere wijze organiseren van de arbeid redelijkerwijs niet is te voorkomen. Dat dit gelegen is in budgetoverwegingen leidt niet tot een ander oordeel (...). De stelling van de OR dat er andere mogelijkheden zijn dan het invoeren van aanwezigheidsdiensten, wordt, nu een toelichting ontbreekt, als ongemotiveerd gepasseerd."

4 De motivering van de beslissing in het principaal en incidenteel hoger beroep

De ontvankelijkheid van CNV en ABVAKABO FNV

4.1 De onderhavige zaak heeft primair betrekking op het voorgenomen besluit van (de individuele onderneming) RAV tot wijziging per 1 juli 2006 van de dienstroosters voor de regionale ambulancevoorziening Gelderland-Zuid. Dergelijke dienstroosters moeten worden beschouwd als werktijdregelingen. Krachtens artikel 27 lid 1 sub b WOR behoeft RAV voor deze wijziging de instemming van de ondernemingsraad. Daarover zijn RAV en de OR het eens. Op grond van artikel 27 lid 3 WOR is de in artikel 27 lid 1 bedoelde instemming niet vereist, voor zover de betrokken aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan. CNV en ABVAKABO FNV zijn betrokken geweest bij de totstandkoming van de CAR-UWO. Vast staat dat de vaststelling, wijziging of intrekking van dienstroosters niet inhoudelijk is geregeld in de CAR-UWO. Dit betekent dat uitsluitend RAV en de ondernemingsraad bevoegd zijn om op de in de WOR voorgeschreven wijze en met gebruikmaking van de in deze wet vermelde (proces)bevoegdheden, te komen tot wijziging van de dienstroosters bij RAV. Het enkele feit dat CNV en ABVAKABO - in het algemeen - als vakverenigingen, in verband met de belangenbehartiging van hun leden, belang hebben bij een strikte naleving van de CAR-UWO, in het bijzonder van de primaire arbeidsvoorwaarden, is onvoldoende om hen op die grond in deze specifieke WOR-procedure als belanghebbenden in de zin van de artikelen 358, 362 en 282 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan te merken. Feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel zouden moeten leiden zijn niet (door CNV en ABVAKABO FNV) gesteld of gebleken. Dit betekent dat zij in dit hoger beroep niet-ontvankelijk worden verklaard. Voorts zullen zij in de kosten van RAV worden veroordeeld.

Rekestnummer: 2006/1110

In het principaal en incidenteel hoger beroep voorts

4.2 Tussen partijen staat vast dat de kantonrechter onder 1.5 van de bestreden beschikking per abuis heeft verwezen naar "art. 19:7 " (CAR-UWO) en "arbeidsovereenkomsten" heeft vermeld in plaats van "artikel 19a:7 CAR-UWO" respectievelijk "aanstellingen als ambtenaar". In zoverre slaagt de eerste grief in het principaal hoger beroep. Voor het overige is tegen de vaststelling van de tussen partijen vaststaande feiten niet gegriefd, reden waarom het hof eveneens van deze feiten zal uitgaan.

4.3 De grief in het incidenteel hoger beroep richt zich tegen de hiervoor vermelde overweging van de kantonrechter in de bestreden beschikking onder 8. Met het incidenteel hoger beroep wordt (mede) beoogd de in eerste aanleg door de OR naar voren gebrachte stellingen en verweren, die niet door de kantonrechter zijn behandeld, aan de orde te stellen. Het hof zal daarom eerst het incidenteel hoger beroep behandelen.

4.4 Artikel 2 van de Richtlijn 93/104/EG van de Raad van de Europese Unie van 23 november 1993 (en van de Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 november 2003, die eerstgenoemde Richtlijn vervangt) definieert voor de toepassing van deze richtlijnen:

"1. arbeidstijd: 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;

2. rusttijd: de tijd die geen arbeidstijd is".

Volgens de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) van 3 oktober 2000, C-303/98, NJ 2001, 193 (Simap) en 9 september 2003, C-151/02, JAR 2003, 226 (Jaeger) (vgl. ook HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot en met C-403/01, NJ 2005, 333 (Pfeiffer)) moet een beschikbaarheidsdienst in zijn geheel als arbeidstijd worden aangemerkt, ongeacht of de werknemer gedurende deze dienst niet permanent daadwerkelijk werkzaamheden verricht. Gelet hierop verzet(ten) deze richtlijn(en) zich tegen een regeling die perioden waarin de werknemer tijdens de beschikbaarheidsdienst geen werkzaamheden verricht, gelijkstelt met rusttijd in de zin van deze richtlijn(en).

4.5 Bij brieven van 9 maart 2006 en 14 maart 2006 heeft RAV de OR verzocht om

Rekestnummer: 2006/1110

instemming met de voorgenomen aanpassing van de dienstroosters per 1 juli 2006, onder meer inhoudende de invoering van een aanwezigheidsdienst. RAV heeft aangevoerd (zie onder andere punt 5.2 van haar pleitnotities in hoger beroep) dat in de door haar opgestelde dienstroosters de ingeroosterde nachtelijke aanwezigheidsdiensten (hierna: AWD-uren), die lopen van 23.00 uur tot 8.00 uur, voor 30% als arbeidstijd worden meegerekend bij de berekening van de formatieve uren. Volgens RAV zijn deze dienstroosters geoorloofd omdat zij in overeenstemming zijn met artikel 19a:7 van de CAR-UWO. In dit artikel is bepaald dat de ambtenaar een vergoeding in tijd ontvangt voor uren die worden doorgebracht in een aanwezigheidsdienst. RAV heeft in dit verband verwezen naar de officiële toelichting op dit artikel, waarin is vermeld dat de tijd die wordt vergoed, meetelt voor het berekenen van de 36-urige werkweek. Het hof verwerpt de hiervoor vermelde stelling van RAV. Weliswaar is juist dat RAV in haar dienstroosters de tijd, doorgebracht in nachtelijke aanwezigheidsdiensten, als arbeidstijd meetelt bij de berekening van de formatieve uren en dus bij de werktijd van de werknemers. Zij telt deze tijd echter niet volledig als arbeidstijd mee, maar slechts voor 30%. Daarmee handelt zij, zoals de OR ook als verweer heeft aangevoerd, in strijd met de in rechtsoverweging 4.4 vermelde richtlijn(en) van (het Europees Parlement en) de Raad van de Europese Unie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, waarin, zoals hiervoor is overwogen, is bepaald dat een dergelijke aanwezigheidsdienst geheel als arbeidstijd dient te worden aangemerkt. Voormelde richtlijnen hebben in de verhouding tussen RAV als rechtspersoon naar publiek recht en het bij haar werkzame personeel directe werking. Reeds hierom kan de beslissing van de OR de verlangde instemming niet te verlenen niet als onredelijk worden aangemerkt. Dit betekent dat het verweer en de grief in het incidenteel beroep van de OR slaagt.

4.6 Gelet op hetgeen hiervoor onder 4.3 tot en met 4.5 is overwogen behoeven de grieven twee tot en met vier van het principaal hoger beroep geen behandeling meer. Niettemin zal het hof voor de gewenste duidelijkheid ook deze grieven behandelen.

Deze grieven richten zich - kort gezegd - tegen de afwijzing door de kantonrechter van het verzoek van RAV en tegen de daarvoor gegeven motivering. Artikel 3 van de Richtlijn 93/104/EG van de Raad van de Europese Unie van 23 november 1993 (en van de Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 november 2003, die eerstgenoemde Richtlijn vervangt) inzake de dagelijkse rusttijd luidt als volgt: "De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat alle werknemers in elk tijdvak van vierentwintig

Rekestnummer: 2006/1110

uur een rusttijd van ten minste elf aaneengesloten uren genieten". Ingevolge artikel 17 leden twee en drie sub c onder iii van voormelde richtlijnen is weliswaar een verkorting van de dagelijkse rusttijd van elf aaneengesloten uren door het verrichten van een aanwezigheidsdienst toegestaan, "mits de betrokken werknemers gelijkwaardige compenserende rusttijden worden geboden of, in de uitzonderlijke gevallen waarin dat op objectieve gronden niet mogelijk is, een passende bescherming." Voormeld voorgenomen besluit van RAV tot wijziging van de dienstroosters maakt mogelijk dat werknemers in een tijdvak van vierentwintig uren slechts een rusttijd hebben van negen aaneengesloten uren in plaats van elf aaneengesloten uren. Gelet op het arrest van het HvJ EG van 9 september 2003, C-151/02, JAR 2003, 226 (Jaeger) is dit in strijd met voormelde richtlijnen. RAV heeft immers geen volstrekt uitzonderlijke omstandigheden gesteld, waardoor het op objectieve gronden niet mogelijk is compenserende rusttijden en een andere passende bescherming te bieden. Ook op deze grond kan de beslissing van de OR de verlangde instemming niet te verlenen niet als onredelijk worden aangemerkt.

4.7 Het subsidiaire verzoek van RAV heeft betrekking op de voorgenomen aanpassing van de dienstroosters gebaseerd op de als productie 1 bij het beroepschrift overgelegde dienstroosters. Deze dienstroosters houden - eveneens - een wijziging van de werktijdregeling in, terwijl vast staat dat deze wijziging niet voorafgaande aan de(ze) procedure (in eerste aanleg) voor instemming aan de OR is voorgelegd. Gelet op artikel 27 lid 4 WOR kan RAV niet in dit verzoek worden ontvangen.

4.8 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, falen de grieven in het principaal beroep. De bestreden beslissing zal - met aanvulling van de gronden - worden bekrachtigd.

De beslissing

Het hof, beschikkende in het principaal en incidenteel hoger beroep:

verklaart CNV en ABVAKABO FNV niet ontvankelijk in het hoger beroep;

veroordeelt CNV en ABVAKABO FNV in de kosten van het hoger beroep aan de zijde van RAV gevallen en tot heden begroot op € 894,- voor salaris procureur;

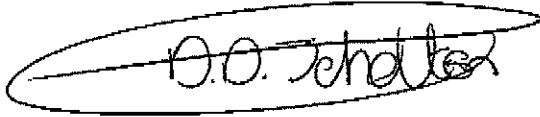
Rekestnummer: 2006/1110

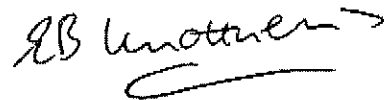
bekrachtigt - met aanvulling van de gronden - de tussen RAV en de OR gegeven beschikking van de kantonrechter (rechtbank Arnhem, sector kanton, locatie Nijmegen) van 2 oktober 2006;

verklaart RAV niet-ontvankelijk in haar subsidiaire verzoek;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mrs Knottnerus, Groefsema en Brack en is uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier ter openbare terechtzitting van 16 januari 2007.

Handwritten signature of D.O. Jendler, enclosed in an oval.

Handwritten signature of EB Knottnerus.