

Rechtbank 's-Gravenhage
sector bestuursrecht
derde afdeling, meervoudige kamer

Reg. nr. AWB 06/8743 AW

UITSPRAAK
als bedoeld in artikel 8:77
van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)

UITSPRAAK IN HET GEDING TUSSEN

B. Nies, wonende te Zoetermeer, eiser,
Vereniging Abvakabo FNV te Zoetermeer, eiseres

en

het college van Burgemeester en Wethouders van Den Haag, verweerder.

I. PROCESVERLOOP

1. Eiser, brandweerman en als zodanig werkzaam bij de Brandweer Den Haag, heeft bij brief van 15 juni 2006 verzocht om met ingang van 1 juni 2006 met instandhouding van zijn arbeidsvoorwaarden in aanmerking te komen voor een arbeidsduur van 48 uur per week, in plaats van de voor hem tot dat moment geldende arbeidsduur van 54 uur.
2. Bij besluit van 21 augustus 2006 heeft verweerder aan eiser toegestaan om met ingang van 1 september 2006 gemiddeld 48 uur per week te gaan werken, evenwel onder aanpassing van zijn salaris.
3. Bij brief van 28 september 2006 hebben eiser en eiseres tegen dit besluit gezamenlijk bezwaar gemaakt. Vervolgens hebben zij aan verweerder verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep.
4. Verweerder heeft ingestemd met dit verzoek en bij brief van 13 oktober 2006 heeft verweerder het bezwaarschrift aan de rechtbank doorgezonden.
5. Ofschoon de rechtbank reeds had ingestemd met het verzoek om rechtstreeks beroep, heeft verweerder bij besluit van 7 december 2006 alsnog beslist op het bezwaar van eiser en eiseres. Conform het advies van de Algemene bezwarencommissie personeelsbesluiten, is het bezwaar ongegrond verklaard.
6. Tegen dit besluit hebben eiser en eiseres bij brief van 15 januari 2007 beroep ingesteld bij deze rechtbank
7. Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken ingezonden en een verweerschrift ingediend.

Reg.nr. AWB 06/8743 AW

2

8. De openbare behandeling van het beroep heeft plaatsgevonden op 30 januari 2007. Eiser is aldaar in persoon verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde mr. L.A.A. Ongenae. Eiseres werd eveneens vertegenwoordigd door mr. L.A.A. Ongenae. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen door zijn gemachtigde mr. D. den Hertog, die vergezeld werd door R. Brons (commandant van de Brandweer Den Haag), M. Evers (plaatsvervangend commandant van de Brandweer Den Haag) en mr. B. Schone.

II OVERWEGINGEN

1. De rechtbank merkt op dat het haar heeft bevreemd dat verweerder ondanks het ingewilligd verzoek om rechtstreeks beroep alsnog een beslissing op bezwaar heeft genomen, maar zij zal thans deze beslissing op bezwaar aan haar toetsing onderwerpen.

2. Alvorens over te gaan tot een inhoudelijke beoordeling van het beroep, dient de rechtbank allereerst ambtshalve te beoordelen of het door eiseres gemaakte bezwaar tegen het besluit van 21 augustus 2006 terecht ontvankelijk is geacht.

2.1 Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

2.2 Ingevolge artikel 1:2, derde lid, van de Awb worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

2.3 Blijkens artikel 2 van de Statuten van Vereniging Abvakabo FNV heeft de vereniging onder meer ten doel het behartigen van de individuele en collectieve belangen van haar leden, alsmede het bevorderen en beschermen van de beroepsbelangen van haar leden, zowel in ideële, materiële als sociale zin.

2.4. Hoewel niet kan worden ontkend dat het antwoord op de in dit geding te stellen vraag met zeer grote waarschijnlijkheid gevolgen zal hebben voor een aanzienlijk aantal leden van eiseres, kan toch niet worden geoordeeld dat het belang van eiseres rechtstreeks bij het bestreden besluit is betrokken. Het besluit is genomen naar aanleiding van een verzoek van één enkele ambtenaar. Zijn belang is rechtstreeks bij het besluit betrokken. Het belang van eiseres slechts indirect.

2.5 Eiseres kan derhalve niet worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Awb, zodat zij geen bezwaar kon maken. Verweerder had gelet hierop eiseres in haar bezwaar niet-ontvankelijk dienen te verklaren. In dit licht bezien zal het beroep van eiseres gegrond worden verklaard en zal met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb het bezwaar van eiseres alsnog niet-ontvankelijk worden verklaard.

Reg.nr. AWB 06/8743 AW

3

3. De rechtbank zal thans inhoudelijk ingaan op het geschil tussen eiser en verweerder. Deze partijen houdt de vraag verdeeld of een aanpassing van de contractuele arbeidsduur van eiser van gemiddeld 54 uur per week naar gemiddeld 48 uur per week al dan niet gevolgen dient te hebben voor het aan hem toekomende salaris.

3.1 Eiser stelt zich op het standpunt dat de wijziging van de contractuele arbeidsduur naar 48 uur per week geen gevolgen mag hebben voor de oorspronkelijke salariering die eerder was afgestemd op een hogere arbeidsduur, te weten gemiddeld 54 uur. Eiser is van mening dat de gemiddelde arbeidsduur van 48 uur per week, die dwingend is opgelegd, als de normale arbeidsduur dient te worden beschouwd en dat het oorspronkelijke salaris mitsdien gehandhaafd dient te worden. Eiser verwijst in dat kader naar het arrest van het Hof van Justitie van de EG in zaak C-52/04, de uitspraak van de sector Kanton van de Rechtbank Rotterdam van 13 november 2006 in zaak 06/4612 en de door hem overgelegde uitspraak van het Gerechtshof te Arnhem van 16 januari 2007 in de zaak met rekestnummer 2006/1110. Eiser heeft er verder nog op gewezen dat ingevolge het bepaalde in artikel 18, eerste lid, sub b, onder i, van Richtlijn 93/104/EG geen enkele werknemer nadeel mag ondervinden van het feit dat hij niet bereid is gemiddeld meer dan 48 uur per week arbeid te verrichten. Ook in de Nota van Toelichting bij het besluit van 25 november 2005 tot wijziging van het Arbeidstijdenbesluit (hierna: ATB) staat als waarborg omschreven dat de werknemer die niet instemt met de *opt out* hiervan geen enkel nadeel mag ondervinden. Dit nadeel ziet tevens op financieel nadeel, aldus eiser.

3.2 Verweerder heeft in zijn verweerschrift aangevoerd dat een wijziging van de contractuele arbeidsduur dient te leiden tot een aanpassing van het salaris. Verweerder heeft in dat kader uiteengezet dat op basis van de in de arbeidsvoorwaarden overeengekomen weegfactoren, dat wil zeggen de werk-, wacht- en slaapuren die elk hun eigen weging kennen, er oorspronkelijk gekomen is tot een gemiddelde wekelijkse inzet van 54 uur. Evenwel komt deze inzet feitelijk uit op een beloning van 36 uur, daargelaten onregelmatigheidstoeslag. Bij wijziging van de tijdsruimte zal het naar tijdsruimte vastgestelde salaris zich evenredig aanpassen. Verweerder is verder van mening dat de salarisconsequenties die voortvloeien uit het hanteren van een gemiddelde arbeidsduur van 48 uur, niet opgevat kunnen worden als een nadeel of sanctie zoals bedoeld in richtlijn 93/104/EG en het ATB.

Ter zitting heeft verweerder nog aangegeven dat bij de Brandweer Den Haag thans roosters in de maak zijn die uitgaan van de maximale arbeidsduur van 48 uur. Dit wordt de normale arbeidsduur. Nu richtlijn 93/104/EG en het ATB slechts de arbeidsduur regelen en geen voorziening bieden voor het belonen van binnen de arbeidsduur gewerkte uren, zijn het Arbeidsvoorwaardenregeling Gemeente Den Haag (hierna: ARG) en de Beloningsregeling Gemeente Den Haag (hierna: de Regeling) van toepassing voor wat betreft het belonen van gewerkte uren. In dat kader dient voor het begrip normale oftewel volledige betrekking uit te worden gegaan van een betrekking van 36 uur. Invoering van een rooster van 48 uur met een gelijkblijvende onderlinge verdeling van wacht-, slaap- en productieve uren kan gelet daarop alleen maar leiden tot een lager salaris, naar het adagium loon naar werk. Een gelijkblijvend salaris kan alleen gegarandeerd worden als in het 48-uur rooster meer productieve uren worden opgenomen. Dat was voor de bonden tot op heden evenwel onbespreekbaar.

Reg.nr. AWB 06/8743 AW

4

4.1 Op 23 november 1993 heeft de Raad van de Europese Unie Richtlijn 93/104/EG (hierna: Richtlijn I) betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd vastgesteld. In deze Richtlijn zijn minimumvoorschriften opgenomen om de verbetering van met name het arbeidsmilieu te bevorderen ten einde een hogere graad van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te waarborgen.

4.2 In artikel 6, aanhef en tweede lid, van Richtlijn I is bepaald dat de Lid-Staten de nodige maatregelen treffen opdat in verband met de noodzakelijke bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers de gemiddelde arbeidstijd in elk tijdvak van zeven dagen, inclusief overwerk, niet meer dan achtenveertig uren bedraagt.

4.3 Ingevolge artikel 18, eerste lid, sub b, onder i, aanhef en eerste en tweede gedachtestreepje, van Richtlijn I kan een Lid-Staat evenwel, met inachtneming van de algemene beginselen in zake de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, besluiten artikel 6 niet toe te passen, mits hij door de nodige maatregelen te treffen het volgende waarborgt:

- geen enkele werkgever verlangt dat een werknemer meer dan achtenveertig uur werkt tijdens een periode van 7 dagen, berekend als gemiddelde van de in artikel 16, punt 2, bedoelde referentieperiode, tenzij de werknemer met het verrichten van dergelijke arbeid heeft ingestemd;
- geen enkele werknemer mag nadeel ondervinden van het feit dat hij niet bereid is dergelijke arbeid te verrichten.

4.4 Ter uitlegging van Richtlijn I is door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de afgelopen jaren een aantal uitspraken gedaan, waaronder de uitspraak van 9 september 2003 in zaak C-151/02 (hierna: het Jaeger-arrest). In deze uitspraak is onder meer overwogen dat *Richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, aldus moet worden uitgelegd dat beschikbaarheidsdienst, waarbij een arts fysiek in het ziekenhuis aanwezig moet zijn, volledig als arbeidstijd in de zin van deze richtlijn moet worden beschouwd, zelfs indien de belanghebbende op zijn werkplek mag rusten tijdens de perioden waarin van hem geen werkzaamheden worden verlangd, zodat deze richtlijn zich verzet tegen de nationale regeling van een lidstaat die de perioden tijdens welke de werknemer gedurende een dergelijke beschikbaarheidsdienst geen werkzaamheden verricht, als rusttijd aanmerkt.*

4.5 Op 4 november 2003 hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie Richtlijn I met ingang van 2 augustus 2004 ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2003/88/EG (hierna: Richtlijn II). De onder 4.2 en 4.3 genoemde artikelen zijn ongewijzigd in Richtlijn II overgenomen in respectievelijk artikel 6, aanhef en onder sub b, en artikel 22, lid 1, aanhef en onder sub a en b.

4.6 Met het Jaeger-arrest werd bevestigd dat enkele bepalingen uit het ATB, zoals dat gold tot 1 juni 2006, strijdig waren met het gemeenschapsrecht. Deze strijdigheid heeft ertoe geleid dat bij Besluit van 22 november 2005 de bepalingen uit het ATB die betrekking hebben op aanwezigheidsdiensten, met ingang van 1 juni 2006 zijn aangepast.

Reg.nr. AWB 06/8743 AW

5

4.7 Ingevolge artikel 1:2, aanhef en onder c, van het ATB, dient onder aanwezigheidsdienst te worden verstaan: een aaneengesloten tijdruimte van ten hoogste 24 uren waarin de werknemer, zo nodig naast het verrichten van de bedongen arbeid, verplicht is op de arbeidsplaats aanwezig te zijn om op oproep zo spoedig mogelijk de bedongen arbeid te verrichten.

4.8 In artikel 4.8:1, derde lid, aanhef en onder b, van het ATB is bepaald dat de werknemer ten hoogste gemiddeld 48 uren per week in elke periode van 26 achtereenvolgende weken arbeid verricht.

4.9 In artikel 4.8:2, tweede lid, van het ATB is bepaald dat artikel 4.8:1 van toepassing is, met dien verstande dat in afwijking van het derde lid, onder b, van dat artikel de werkgever de arbeid zodanig organiseert dat de werknemer in elke periode van 26 achtereenvolgende weken ten hoogste gemiddeld 60 uren per week arbeid verricht.

Het eerste lid van dit artikel bepaalt vervolgens dat het tweede lid uitsluitend bij een aanwezigheidsdienst kan worden toegepast, indien de werknemer daarmee uitdrukkelijk instemt (de zogenaamde *opt out* oftewel maatwerkregeling).

4.10 In de Nota van Toelichting bij het Besluit van 22 november 2005 is ter toelichting op de maatwerkregeling – en onder verwijzing naar Richtlijn II – opgemerkt dat indien de werknemer niet instemt met de maatwerkregeling de werknemer hiervan geen enkel nadeel mag ondervinden.

5.1 De rechtbank heeft vastgesteld dat ter uitvoering van artikel 6, aanhef en onder sub b, van Richtlijn II, in artikel 4.8:1, derde lid, aanhef en onder b, van het ATB is bepaald dat de werknemer ten hoogste gemiddeld 48 uur per week in elke periode van 26 achtereenvolgende weken arbeid verricht. Gelet op artikel 1, eerste lid, van Richtlijn II vallen hieronder de uren waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking staat van de werkgever en zijn werkzaamheden of functie uitoefent. Ingevolge het Jaegerarrest is hierbij niet van belang of de werknemer tijdens de uren dat hij fysiek ter beschikking staat van de werkgever daadwerkelijk arbeidsprestaties verricht. Gelet hierop heeft als uitgangspunt te gelden, dat ook brandweerlieden gemiddeld per week maximaal 48 uur mogen werken in aanwezigheidsdiensten. Dit dient als de normale arbeidsduur per week te worden beschouwd. De rechtbank wijst in dit verband op de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 14 juli 2005 in zaak C-52/04. Daarin heeft het Hof geoordeeld, dat de activiteiten van de brandweer in de regel binnen de werkingssfeer van Richtlijn I vallen, zodat artikel 6, aanhef en tweede lid, van die richtlijn zich in beginsel ertegen verzet dat de maximale wekelijkse arbeidstijd, met inbegrip van de beschikbaarheidsdienst, meer dan 48 uren bedraagt. Het gaat hierbij om activiteiten die onder normale omstandigheden conform de aan de brandweer opgedragen taak worden uitgeoefend, ook al zijn de interventies die met deze activiteiten zijn verbonden naar hun aard niet te voorzien. De maximale arbeidstijd kan alleen in uitzonderlijke omstandigheden (bijvoorbeeld bij rampen of grote ongevallen) tijdelijk worden overschreden.

5.2 Voorts heeft de rechtbank op grond van de stukken in het dossier en hetgeen ter zitting is aangevoerd vastgesteld, dat verweerder in eerste instantie een werkweek van gemiddeld 54 uur per week misschien niet als normale standaard werkweek heeft aangemerkt, maar er wel van is uitgegaan dat het oude rooster, dat uitging van een werkweek van gemiddeld 54 uur,

Reg.nr. AWB 06/8743 AW

6

gehandhaafd zou worden. In die visie werd een werkweek van gemiddeld 48 per uur als een uitzondering op de regel gezien en als deeltijdbetrekking aangemerkt. In die zin is ten aanzien van eiser bepaald dat zijn salaris evenredig zou worden verlaagd.

5.3 Deze handelwijze van verweerder is naar het oordeel van de rechtbank in strijd met het ATB en de daaraan ten grondslag liggende richtlijn. Een gemiddelde arbeidsduur van 48 uur is immers het uitgangspunt, en een verlenging naar maximaal 60 uur de uitzondering.

5.4 Met verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 11 januari 2007 in zaak C-437/05 (hierna: het Vorel-arrest) is de rechtbank van oordeel dat een dergelijk rooster met een aangepaste gemiddelde arbeidsduur het niveau van de bezoldiging kan beïnvloeden. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat de Richtlijnen I en II er niet aan in de weg staan dat de perioden die de werknemer wachtdienst verricht op zijn werkplek, de perioden tijdens welke daadwerkelijk arbeidsprestaties worden verricht en de perioden tijdens welke geen daadwerkelijke arbeid wordt verricht, voor de vergoeding van de werknemer op verschillende wijze in aanmerking worden genomen.

5.5 Niet alleen staan de genoemde richtlijnen hieraan niet in de weg, de rechtbank acht het ook alleszins redelijk dat de verschillende soorten werkzaamheden op verschillende wijze voor de vergoeding in aanmerking worden genomen. Als goed werkgever heeft verweerder echter wel de verplichting om binnen het 48-uur rooster tot een zodanige verdeling van de te onderscheiden wacht-, slaap- en productieve uren te komen dat een salaris overeenkomstig een volledige betrekking in de zin van de Beloningsregeling Gemeente Den Haag wordt verdiend.

5.6 Eiser wordt thans echter geconfronteerd met een achteruitgang in salaris. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is de rechtbank van oordeel dat niet kan worden gezegd dat dit, zoals verweerder stelt, het logische gevolg is van zijn keuze om in overeenstemming met het ATB te kiezen voor een 48-urige werkweek. Integendeel, veeleer is dit het gevolg van de omstandigheid dat verweerder niet tijdig zijn plichten als goed werkgever is nagekomen. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat Richtlijn I reeds van 1993 dateert en dat vervolgens in ieder geval reeds vanaf 2003 (met het Jaeger-arrest) duidelijk is hoe deze richtlijn volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen moet worden uitgelegd. De Nederlandse regering heeft vervolgens tot 1 juni 2006 met het aanpassen van het ABT gewacht in afwachting van een voorstel tot wijziging van Richtlijn II door de Europese Commissie, waarover echter geen akkoord is bereikt. Het feit dat verweerder om deze redenen aanvankelijk geen stappen heeft gezet om tot een 48-uur rooster met een salaris overeenkomstig een volledige betrekking te komen, is een omstandigheid die in de risicosfeer van verweerder ligt.

5.7 Ter zitting is gebleken dat verweerder thans voornemens is een rooster met een 48-urige werkweek als bedoeld in overweging 5.5 in te voeren. Een voorstel daartoe is ter beoordeling aan de ondernemingsraad voorgelegd. De verwachting is dat het rooster per 1 september 2007, doch niet later dan 1 januari 2008, in werking zal treden.

Reg.nr. AWB 06/8743 AW

7

5.8 Tot aan dat moment is het naar het oordeel van de rechtbank in strijd met het zorgvuldigheids- en rechtszekerheidsbeginsel om eiser bij zijn keuze voor een 48-urige werkweek te confronteren met een achteruitgang in salaris.

6.1 Het beroep dient gegrond verklaard te worden en de beslissing van 7 december 2006 moet worden vernietigd, voor zover daarin is besloten dat eisers salaris neerwaarts zal worden aangepast.

6.2 De rechtbank ziet aanleiding met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, van de Awb een voorlopige voorziening te treffen in die zin dat verweerder eiser voor een 48-urige werkweek het salaris dient te betalen dat eiser verdiende (en verdient) voor de 54-urige werkweek, zoals die tot nu toe gebruikelijk is.

Deze verplichting geldt tot het tijdstip dat verweerder eiser een 48-urige werkweek aanbiedt overeenkomstig een volledige betrekking in de zin van de Beloningsregeling Gemeente Den Haag.

6.3 De rechtbank realiseert zich dat verweerder zich er in dit verband op beroept dat met de vakbonden geen overeenstemming is bereikt over de wijze waarop tot een 48-urige werkweek kan worden gekomen. Verweerder stelt immers dat zijn voorstel met een zodanige invulling met werk-, wacht- en slaapuren dat een 48-urige werkweek kan worden beloond met hetzelfde salaris dat op dit moment voor een full-time betrekking geldt, door de vakbonden is afgewezen. Ook indien dit feitelijk juist is, is de rechtbank van oordeel dat op grond van hetgeen hiervoor onder 5.6 is overwogen het risico voor het niet kunnen aanbieden van een 48-urige werkweek bij verweerder ligt. Het bereiken van overeenstemming met de vakbonden over de arbeidsvoorwaarden vormt immers een normaal onderdeel van de procedure van totstandkoming van die voorwaarden, waarvoor tijd gereserveerd dient te worden. Eerst indien binnen redelijke termijn geen overeenstemming kan worden bereikt kan onder omstandigheden het risico van het niet kunnen aanbieden van een 48-urige werkweek bij de andere partij komen te liggen.

7. De rechtbank ziet aanleiding verweerder met toepassing van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de door eiser en eisercs in verband met de behandeling van het beroep gemaakte kosten. Deze kosten zijn op voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 644,-, te weten € 322,- voor het beroepschrift en € 322,- voor het verschijnen ter zitting bij twee samenhangende zaken van gemiddeld gewicht.

Reg.nr. AWB 06/8743 AW

8

III BESLISSING

De Rechtbank 's-Gravenhage,

RECHT DOENDE:

verklaart het beroep van eiser en eiseres gegrond;

vernietigt het besluit van 7 december 2006, behoudens voor zover daarbij aan eiser is toegestaan om met ingang van 1 september 2006 gemiddeld 48 uur per week te gaan werken;

verklaart het bezwaar van eiseres tegen het besluit van verweerder van 21 augustus 2006 niet-ontvankelijk;

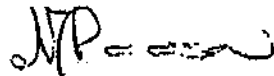
draagt verweerder op ten aanzien van eiser een nieuw besluit te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

treft de voorlopige voorziening zoals bepaald onder 6.2;

bepaalt dat de gemeente Den Haag als rechtspersoon aan eiser en eiseres gezamenlijk het betaalde griffierecht, te weten € 141,-, vergoedt;

veroordeelt evengenoemde rechtspersoon in de proceskosten ten bedrage van € 644,-, welke kosten voormelde rechtspersoon aan eiser en eiseres gezamenlijk dient te vergoeden.

Aldus gegeven door mr. C.C. de Rijke-Maas, mr. E. Kouwenhoven en mr. C. Fetter, en in het openbaar uitgesproken op 27 februari 2007, in tegenwoordigheid van de griffier mr. A.P.J. Heesen.



RECHTSMIDDEL

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Centrale Raad van Beroep.

Voor eensluidend afschrift,
de griffier van de Rechtbank 's-Gravenhage,

Verzonden op: 27 FEB 2007