

ECLI:NL:RBOVE:2020:2309

□ Rechtspraak.nl, Rechtbank Overijssel, 24-06-2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2309, 8325326 \ EJ VERZ 20-58

Ontbindingsverzoek 10 dagen voor pensionering ingediend. Ontbinding niet meer mogelijk. Geen aanspraak op transitievergoeding en billijke vergoeding. Verzoek om schadevergoeding wegens vermeend feitelijk slapend dienstverband ex artikel 7:611 BW afgewezen. Overuren als onderdeel van vakantieloon eveneens afgewezen.

GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak	24-06-2020
Datum publicatie	08-07-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBOVE:2020:2309
Zaaknummer	8325326 \ EJ VERZ 20-58
Bijzondere kenmerken	Beschikking
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht
Overige publicaties	AR-Updates.nl 2020-0785

UITSPRAAK

RECHTBANK OVERIJSEL

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Zwolle

Zaaknummer : 8325326 \ EJ VERZ 20-58

Beschikking van de kantonrechter van 24 juni 2020

in de zaak van

[verzoeker] ,wonende te [plaats] ,
verzoekende partij, hierna te noemen [verzoeker] ,
gemachtigde: mr. M. Kuiper,

tegen

de besloten vennootschap **DISTRIBUTIE TRANSPORT ZWOLLE B.V.**,gevestigd en kantoorhoudende te IJsselmuiden,
verwerende partij, hierna te noemen DTZ,
gemachtigden: mrs. M.S. Kikkert en M.D. Vrolijk.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift, ter griffie binnengekomen op 14 februari 2020
- de wijziging van eis/aanvulling op het verzoekschrift van 10 maart 2020
- het verweerschrift
- de vermeerdering van eis van 14 mei 2020
- het bezwaar van DTZ van 18 mei 2020 tegen die vermeerdering van eis en de reactie daarop van [verzoeker] van 19 mei 2020
- het aanvullend verweerschrift
- de pleitnota van [verzoeker]
- de mondelinge behandeling van 27 mei 2020, die via Skype heeft plaatsgehad.

1.2. Hierna is beschikking bepaald.

2 De feiten

- 2.1. [verzoeker] , geboren op 24 oktober 1953, is op 2 april 2000 bij de rechtsvoorganger van DTZ in dienst getreden in de functie van chauffeur.
- 2.2. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen was de CAO Beroepsgebederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna te noemen: de cao) van toepassing. In die cao staat, voor zover relevant, het volgende vermeld:
“**Artikel 16**
Loon bij arbeidsongeschiktheid

1. Het loon bij ziekte ingevolge artikel 7: 629 BW bestaat uit:

(...)

d) het bedrag dat de werknemer gemiddeld gedurende de periode van 52 weken voorafgaande aan de eerste dag van arbeidsongeschiktheid heeft ontvangen aan overuren, zaterdag- en zondaguren voor zover deze de 40 uur per week overschrijden en de toeslagen van 50% en 100% over deze uren. Het gemiddelde aantal overuren kan niet hoger zijn dan 15 en het totale bedrag van dit onderdeel kan niet meer bedragen dan 48,75% van het functieloon (zijnde de waarde van 15 overuren a 130%). Indien er geen sprake is van een bedrijfsongeval, worden voorts de volgende verminderings op dit bedrag toegepast: allereerst wordt er een kwart van het gemiddelde aantal overuren afgetrokken. Vervolgens kan het bedrag niet meer bedragen dan 22,75% van het functieloon (zijnde de waarde van 7 overuren à 130%).”

- 2.3. Op 21 februari 2017 heeft [verzoeker] zich arbeidsongeschikt gemeld in verband met rugklachten.
- 2.4. [verzoeker] hield zich vóór zijn arbeidsongeschiktheid uitsluitend bezig met het distributietransport voor Albert Heijn.
- 2.5. In een terugkoppeling van de bedrijfsarts van 9 januari 2018 staat het volgende advies vermeld:
“Meneer kan geleidelijk weer zijn eigen werk doen voor Albert Heijn. De eerste weken geen zware ritten met veel laden en lossen. Voorwaarde is wel dat hij voor hij begint een elektrisch hulpmiddel krijgt voor het laden en lossen van de zwaardere containers.”
- 2.6. In de eerstejaarsevaluatie van 6 februari 2018 adviseert de bedrijfsarts een arbeidsdeskundige in te schakelen om de mogelijkheden en aanpassingen van het werk te bezien en schrijft hij dat daaruit kan volgen dat een pompwagen nodig is voor het goed en duurzaam uitvoeren van het werk.
- 2.7. In het rapport van de vervolgens ingeschakelde arbeidsdeskundige van 13 maart 2018 staat, voor zover van belang, het volgende vermeld:
“**4.2 Aanpassing eigen werk** Het beschikbaar stellen van een elektrische pompwagen draagt zeker bij in het verlagen van de functiebelasting, omdat werknemer daarmee substantieel minder handmatig rolcontainers hoeft te verplaatsen (duwen/trekken). Maar ook mét die voorziening zal werknemer veel containers het laatste stukje handmatig in positie moeten manoeuvreren. Oftewel, het is niet goed te voorkomen dat werknemer bij het laden en lossen van rolcontainers (te) veel moet duwen/trekken.
(...)
(...)”

6.1 Conclusie

- De belasting in de functie van chauffeur (werkzaam voor distributiecentra van Albert Heijn) overschrijdt op dit moment de belastbaarheid van werknemer en is daarmee niet passend. De functie van chauffeur, waarbij werknemer containervervoer verzorgt sluit wel voldoende aan bij de gegeven belastbaarheidskaders en is derhalve wel passend.
- De eigen functie – i.c. het verzorgen van ritten voor Albert Heijn – is slechts ten dele passend te maken. Het beschikbaar stellen van een elektrische pompwagen kan bijdragen in het passend maken van de functie.
- Werkgever heeft goede mogelijkheden werknemer binnen de eigen organisatie te herplaatsen in een andere (chauffeurs-) functie. Ook is op basis van de vergelijking belasting/

belastbaarheid de functie van heftruckchauffeur in principe als passend aan te merken.

□ (...) (...) Gezien de positieve verwachtingen ten aanzien van de re-integratiemogelijkheden in het 1e spoor is het starten van een extern gericht (2e spoor) traject vooralsnog niet noodzakelijk.

(...)”

- 2.8. DTZ heeft [verzoeker] vervolgens het werk van chauffeur containervervoer aangeboden en later van heftruckchauffeur. Omdat dit werk fysieke klachten opleverde, is de re-integratie in deze functies gestopt en heeft DTZ [verzoeker] ander werk aangeboden.
- 2.9. Op 15 mei 2018 heeft [verzoeker] bij het UWV een deskundigenoordeel aangevraagd over de re-integratie-inspanningen van DTZ, waarna het UWV begin juni 2018 heeft geoordeeld dat DTZ onvoldoende meewerkt aan de re-integratie. Voor zover van belang, staat in het in dit kader opgestelde rapport van de arbeidsdeskundige het volgende vermeld:
“**3.1 Beoordeling re-integratie-inspanningen**
(...) Het voorstel van de heer [verzoeker] is om een elektrische mover (niet te verwarren met een elektrische pompwagen) aan de vrachtwagen te bevestigen. Kosten € 3.250,- zonder bevestiging. Ik heb vervolgens aan de werkgever gevraagd wat zij hebben onderzocht om de heer [verzoeker] te ondersteunen bij zijn re-integratievisie. De werkgever heeft echter nog geen actie ondernomen behalve dat er gewacht wordt tot half september 2018 wanneer de met een elektrische pompwagen uitgeruste vrachtwagen wordt geleverd. Tot september kan de heer [verzoeker] als rijder een aantal ritten mee.
- 3.2. **Belemmerende factoren en / of aandachtspunten bij onvoldoende inspanningen**
De re-integratie-inspanningen zijn onvoldoende vanwege voornamelijk drie belemmerende factoren.

De eerste belemmerende factor is het 'delen' van een vrachtwagen waarbij wordt aangenomen dat de elektrische pompwagen de oplossing biedt. Bij het gebruik van een dergelijke pompwagen moet de heer [verzoeker] nog steeds zelf een deel duwen en trekken. De bedrijfsarts heeft aangegeven dat de heer [verzoeker] hierin beperkt is en daarom is de kans van een duurzame oplossing mijns inziens dusdanig klein dat de werkgever een te groot risico neemt om af te wachten of deze oplossing soelaas biedt.

De tweede belemmering lijkt het gezamenlijk gebruik maken van één vrachtwagen een utopie omdat de collega's beiden veel uren maken en ook nog eens dezelfde uren. De werkgever heeft hierover niet gesproken met de werknemers maar de heer [verzoeker] geeft terecht aan dat hier een probleem kan ontstaan dan zoals het nu lijkt vooruit geschoven wordt.

De derde belemmerende factor is het verwerven van het voorstel van de werknemer zonder de mogelijkheden te onderzoeken. Of het voorstel van de werknemer al dan niet redelijk is, is niet te beoordelen omdat de werkgever de opties voor een elektrische mover niet heeft onderzocht. De werkgever had zelf onderzoek kunnen doen, offertes kunnen opvragen bij (gespecialiseerde) bedrijven zoals de heer [verzoeker] ook heeft gedaan of bij het UWV kunnen informeren naar de mogelijkheden om de voorziening (deels) te vergoeden maar de werkgever heeft dat nagelaten. De werkgever mist hier een reële kans om de re-integratie te laten slagen. Op basis van bovengenoemde belemmeringen zijn de inspanningen van de werkgever zijn tot nu toe niet voldoende geweest.”

- 2.10. In een door de bedrijfsarts opgestelde periodieke evaluatie van 8 oktober 2018 staat als advies vermeld dat [verzoeker] passend werk kan doen en wordt in dat kader verwezen naar het rapport van de arbeidsdeskundige (van 13 maart 2018). Als doel staat in deze evaluatie hervatting in passend werk vermeld.
- 2.11. Per e-mail van 5 november 2018 heeft DTZ bij het UWV geïnformeerd naar de voorwaarden waaronder een elektrische mover door het UWV beschikbaar kan worden gesteld.
- 2.12. Op 19 november 2018 heeft een gesprek plaatsgehad tussen DTZ, [verzoeker] en het UWV over de door [verzoeker] gewenste elektrische mover. In een e-mail van 11 december 2018 van DTZ aan het UWV staat vermeld dat in dat gesprek is afgesproken dat [verzoeker] zelf contact zou leggen met een leverancier om een week proef te draaien met een mover.
- 2.13. Op 10 januari 2019 heeft het UWV de beslissing genomen om aan DTZ een loonsanctie op te leggen, inhoudende doorbetaling van het loon van [verzoeker] tot 18 februari 2020. De reden daarvoor was dat DTZ geen volledig re-integratieverslag had ingediend.
- 2.14. Op 11 januari 2019 heeft [verzoeker] het UWV een e-mail gestuurd over de mogelijkheden voor de aanschaf van een specifieke elektrische pompwagen. Hij heeft daarop geen reactie ontvangen.
- 2.15. In een door de bedrijfsarts op 20 februari 2019 opgestelde periodieke evaluatie staat als advies vermeld dat [verzoeker] passend werk kan doen en als doel van de re-integratie hervatting in passend werk.
- 2.16. Op 23 december 2019 heeft [verzoeker] DTZ verzocht zijn dienstverband te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding. DTZ heeft afwijzend op dat verzoek gereageerd.
- 2.17. Op 24 februari 2020 heeft [verzoeker] de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt en is hij met pensioen gegaan. Zijn dienstverband bij DTZ is in verband hiermee per 20 februari 2020 geëindigd.

3 Het verzoek

- 3.1. Na herhaalde wijziging van het verzoek, verzoekt [verzoeker] de kantonrechter om bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren beschikking de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van DTZ met ingang van 17 februari 2020, dan wel op een in goede justitie te bepalen tijdstip, te ontbinden. Dit primair onder toekenning van een billijke vergoeding van € 119.650,60 bruto, althans € 97.647,78 bruto en met veroordeling van DTZ tot betaling van een transitievergoeding van € 32.880,67 bruto, althans € 22.885,12 bruto. Subsidiair verzoekt [verzoeker] DTZ te veroordelen tot betaling van een (schade)vergoeding van € 80.401,03 bruto, althans € 55.560,31 bruto. [verzoeker] verzoekt DTZ verder te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 3.074,44 bruto aan te weinig uitbetaald overwerkloon en een bedrag van € 4.198,68 bruto aan te weinig uitbetaald vakantieloon, beide te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 en 7:686a lid 1 BW en met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW, alsmede tot betaling van de kosten van deze procedure, de nakosten daaronder begrepen.
- 3.2. DTZ verweert zich tegen deze verzoeken.
- 3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

ontbinding arbeidsovereenkomst 4.1. [verzoeker] verzoekt allereerst de arbeidsovereenkomst met DTZ te ontbinden wegens omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen als bedoeld in artikel 7:671c lid 1 BW. Omdat hij meent dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van DTZ, verzoekt hij in dit kader primair tevens op grond van artikel 7:673 lid 1 sub b aanhef en onder 2 BW en op grond van artikel 7:671c lid 2 sub b BW om toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding. [verzoeker] legt aan deze verzoeken kort samengevat ten grondslag dat DTZ haar re-integratieverplichtingen ernstig heeft veronachtzaamd door te verhinderen dat [verzoeker] vanaf maart/april 2018 zijn eigen werkzaamheden weer volledig zou hebben kunnen gaan uitoefenen.

- 4.2. Tussen partijen is niet in geschil dat de arbeidsovereenkomst van [verzoeker] per 20 februari 2020 is geëindigd vanwege het door hem bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan om die reden niet meer aan de orde zijn. Voor zover [verzoeker] meent dat zijn arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht per 17 februari 2020 dient te worden ontbonden, geldt dat dit op grond van de wet niet mogelijk is. Het ontbindingsverzoek zal dus worden afgewezen.

transitievergoeding en billijke vergoeding

- 4.3. Het primaire verzoek van [verzoeker] tot betaling van de transitievergoeding en een billijke vergoeding is evenmin toewijsbaar. Op grond van artikel 7:673 lid 1 sub b aanhef en onder 2 BW kan een werknemer aanspraak maken op de transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op verzoek van de werknemer is ontbonden. Ook voor de in artikel 7:671c lid 2 sub b BW bedoelde billijke vergoeding geldt de voorwaarde van het inwilligen van het door de werknemer ingediende ontbindingsverzoek. Nu het ontbindingsverzoek wordt afgewezen, is niet aan deze voorwaarde voldaan en kan [verzoeker] dus geen aanspraak maken op de transitievergoeding en op een billijke vergoeding. De primair door [verzoeker] verzochte vergoedingen zullen dus worden afgewezen, behoudens het navolgende.

kosten woon-werkverkeer 4.4. Onderdeel van de door [verzoeker] verzochte billijke vergoeding is een bedrag van € 1.915,20 aan extra gemaakte kosten voor woon-werkverkeer. Voor het geval geoordeeld wordt dat die kosten niet als onderdeel van de billijke vergoeding toegewezen kunnen worden, meent [verzoeker] dat deze op grond van artikel 39 van de cao aan hem betaald dienen te worden. DTZ heeft dit laatste niet weersproken. De kantonrechter ziet daarom aanleiding de betreffende kosten als achterstallige vergoeding toe te wijzen, met dien verstande dat slechts een brutobedrag van € 1.915,20 toewijsbaar is. Hoewel in punt 35 van het verzoekschrift vermeld staat dat het om een nettobedrag gaat, is namelijk slechts om betaling van een brutobedrag verzocht. Weliswaar heeft DTZ zich nog op het standpunt gesteld dat zij gedurende het tweede en derde ziektejaar onverplicht 100% in plaats van 70% van het loon aan [verzoeker] heeft betaald en de kantonrechter verzocht bij het toekennen van enig bedrag aan [verzoeker] hiermee rekening te houden, maar de kantonrechter gaat aan dit verzoek voorbij. DTZ heeft namelijk formeel geen beroep op verrekening gedaan en de door haar gestelde onverschuldigde betaling in het geheel niet onderbouwd.

verkeerde procedure gevolgd?

- 4.5. De kantonrechter volgt DTZ niet in haar betoog dat [verzoeker] , omdat hij had moeten weten dat het vanwege het tijdstip van het indienen van het verzoekschrift nooit tot een ontbinding had kunnen komen, ten aanzien van zijn overige verzoeken/vorderingen niet-ontvankelijk moet worden verklaard aangezien deze bij dagvaarding hadden moeten worden ingediend. Feit is immers dat sprake is van een geding dat gebaseerd is op het in afdeling 9 van titel 10 van boek 7 BW bepaalde en dat op grond van artikel 7:686a lid 3 BW daarmee verband houdende andere vorderingen met een verzoekschrift kunnen worden ingediend. Voor zover het ontbindingsverzoek al tegen beter weten is ingediend, maakt dit deze feiten niet anders.

(schade)vergoeding ex artikel 7:611 BW

- 4.6. [verzoeker] verzoekt subsidiair op grond van artikel 7:611 BW en onder verwijzing naar een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland (ECLI:NL:RBNNE:2020:912) om een (schade)vergoeding van € 80.401,03 bruto, althans € 55.560,31 bruto. [verzoeker] legt in zijn 'vermeerdering van eis' van 10 maart 2020 aan dat verzoek ten grondslag dat DTZ in december 2019 niet heeft ingestemd met zijn verzoek om het dienstverband te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding, terwijl zij geen redelijk belang had bij het voortduren van het dienstverband en dus op grond van het arrest van de Hoge Raad van 8 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1734) tot instemming met dat verzoek gehouden was. [verzoeker] voert daartoe het volgende aan. Vanaf februari 2019 was feitelijk sprake van een slapend dienstverband. [verzoeker] verrichtte vanaf dat moment namelijk geen passende werkzaamheden meer, maar werd slechts ingezet voor klusjes. DTZ heeft [verzoeker] alleen vanwege de loonsanctie het loon betaald, maar niet als tegenprestatie voor de verrichte arbeid. Na twee jaar arbeidsongeschiktheid heeft zij geen concrete pogingen en serieuze inspanningen verricht om [verzoeker] te werk te stellen in zijn eigen (aangepaste) werk, dan wel hem passende werkzaamheden aan te bieden. DTZ heeft er middels de loonsanctie voor gekozen de AOW-gerechtigde leeftijd van [verzoeker] af te wachten, teneinde te voorkomen dat zij een transitievergoeding zou moeten gaan betalen.
- 4.7. In voornoemd arrest heeft de Hoge Raad het slapend dienstverband omschreven als een dienstverband dat een werkgever na twee jaar arbeidsongeschiktheid van een werknemer niet heeft opgezegd, hoewel hij daartoe wel bevoegd is, en waarbij hij de werknemer geen loon meer betaalt. De Hoge Raad heeft in dat arrest geoordeeld dat als is voldaan aan de vereisten van artikel 7:669 lid 1 en lid 3 aanhef en onder b BW voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, als uitgangspunt geldt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Op dit uitgangspunt moet volgens de Hoge Raad een uitzondering worden aanvaard als de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo'n belang kan bijvoorbeeld, zo heeft de Hoge Raad overwogen, gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer, maar niet in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt. In de door [verzoeker] aangehaalde uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland is geoordeeld dat de werkgever op grond van voornoemd arrest van de Hoge Raad had moeten instemmen met het beëindigingsvoorstel van de werknemer en dat, nu zij dit niet heeft gedaan, zij een vergoeding op grond van artikel 7:611 BW aan de werknemer verschuldigd is.
- 4.8. In het onderhavige geval was, zoals [verzoeker] zelf ook wel inziet, geen sprake van een slapend dienstverband als bedoeld in voornoemd arrest van de Hoge Raad. [verzoeker] werkte eind 2019 immers voor een groot gedeelte weer en kreeg zijn loon betaald. De verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland gaat om die reden evenmin op, nu in die procedure wel sprake was van een dergelijk slapend dienstverband.
- 4.9. [verzoeker] meent echter dat er vanaf februari 2019 feitelijk toch sprake was van een slapend dienstverband, omdat hij vanaf dat moment geen passend werk meer verrichtte en slechts klusjes te doen kreeg.
- 4.10. De kantonrechter stelt in dit kader voorop dat, gelet op de adviezen van de bedrijfsarts, in februari 2019 hervatting in eigen werk niet aan de orde was, maar het verrichten van passend ander werk. [verzoeker] meent kennelijk dat DTZ desalniettemin op dat moment ook nog inspanningen had moeten verrichten ten aanzien van de door hem gewenste elektrische mover. Ter zitting heeft (de gemachtigde van) [verzoeker] echter erkend dat het UWV in het gesprek van 19 november 2018 duidelijk heeft gemaakt dat deze in het geval van [verzoeker] een persoonlijke voorziening betrof en dus door hem zelf aangevraagd diende te worden. Overigens gaat [verzoeker] er ten onrechte zonder meer van uit dat hij met een elektrische mover zijn eigen werk weer had kunnen verrichten. Dit is niet door een arbeidsdeskundige vastgesteld en staat dus geenszins vast.
- 4.11. De arbeidsdeskundige heeft in maart 2018 geconcludeerd dat de eigen functie van [verzoeker] slechts ten dele passend te maken was, dat DTZ [verzoeker] kon herplaatsen in een andere (chauffeurs)functie en dat de werkzaamheden van chauffeur containervervoer en van heftruckchauffeur als passend waren aan te merken. DTZ heeft [verzoeker] vervolgens die werkzaamheden aangeboden. Nadat hij dat werk echter toch te belastend vond, is DTZ hem tegemoet gekomen door hem andere werkzaamheden aan te bieden. Partijen verschillen van mening over welke werkzaamheden dit waren. [verzoeker] stelt dat hij als bijrijder is ingezet en vanaf januari/februari 2019 nog slechts klusjes en geen structurele werkzaamheden te doen kreeg. Volgens DTZ heeft zij [verzoeker] echter ingezet voor losse (koppel)ritten, zijnde chauffeurswerk, en bestond zijn werk slechts voor 10% uit het doen van klusjes. Wat hier echter ook van zij, nergens blijkt uit dat de werkzaamheden die [verzoeker] vanaf begin 2019 aangeboden heeft gekregen niet passend waren. Nu [verzoeker] van mening is dat het werk niet passend was, had het op zijn weg gelegen hierover een deskundigenoordeel bij het UWV te vragen. [verzoeker] meent kennelijk dat dit op de weg van DTZ lag, maar dit standpunt wordt niet gevolgd, nu [verzoeker] geen feiten of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan dit het geval zou moeten zijn en [verzoeker] de opgedragen werkzaamheden gewoon verrichtte. Bij gebreke van een deskundigenoordeel over de door [verzoeker] vanaf 2019 verrichte werkzaamheden, gaat de kantonrechter ervan uit dat die werkzaamheden passend waren. Alleen al om die reden faalt het betoog van [verzoeker] dat er feitelijk sprake was van een slapend dienstverband en dat DTZ had moeten instemmen met zijn voorstel tot beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. [verzoeker] kan op die grond derhalve geen aanspraak maken op schadevergoeding.
- 4.12. In zijn pleitnota lijkt [verzoeker] ook nog te betogen dat DTZ hem alle mogelijkheden om zijn eigen werk weer volledig uit te oefenen heeft ontnomen door ten aanzien van de door hem gewenste hulpmiddelen geen, althans onvoldoende, actie te ondernemen en enkel om die reden op grond van artikel 7:611 BW aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding. [verzoeker] heeft die stelling echter onvoldoende toegelicht, zodat hieraan voorbij wordt gegaan.
- 4.13. De conclusie is dat de door [verzoeker] subsidiair gevorderde (schade)vergoedingen worden afgewezen.

overwerkloon 4.14. [verzoeker] verzoekt ook om betaling van een bedrag van € 3.074,44 bruto aan overwerkloon, te vermeerderen met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente. Hij legt aan dat verzoek ten grondslag dat DTZ over de eerste twee jaar van zijn arbeidsongeschiktheid niet het juiste overwerkloon heeft voldaan.

- 4.15. DTZ betwist dat zij niet het juiste overwerkloon heeft voldaan. Zij stelt zich op het standpunt dat van het door [verzoeker] berekende bedrag van € 506,52 aan overwerkloon per 4 weken – waarbij is gerekend met 7 overuren per week en een loon van € 18,09 bruto – op grond van artikel 16 van de cao nog een kwart in mindering moet worden gebracht, zodat zij de juiste bedragen uitbetaald heeft. Volgens DTZ is bovendien sprake van rechtsverwerking.

- 4.16. Het beroep op rechtsverwerking slaagt niet. Uitgangspunt is dat van rechtsverwerking slechts sprake kan zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht. Enkel tijdsverloop levert geen toereikende grond op voor het aannemen van rechtsverwerking; daartoe is vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken. Dergelijke omstandigheden zijn niet door DTZ aangevoerd.
- 4.17. Uit artikel 16 lid 1 van de cao en de daarbij behorende uitleg volgt dat een werknemer in geval van niet door een bedrijfsongeval veroorzaakte arbeidsongeschiktheid niet meer dan de waarde van 7 overuren per week uitbetaald kan krijgen. De door DTZ gestelde aftrek van een kwart ziet blijkens de formulering van die bepaling niet op die waarde. Dit betekent dat er van de juistheid van de door [verzoeker] gehanteerde berekening van het overwerkloon moet worden uitgegaan. Het door hem gevorderde bedrag van € 3.074,44 bruto zal dus worden toegewezen. In verband met de vertraging in de betaling, is de over dit bedrag gevorderde wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW eveneens toegewezen, dit vanaf de dag dat DTZ met de betaling van de respectieve loontermijnen in verzuim is geraakt.
- 4.18. DTZ meent dat de over het overwerkloon gevorderde wettelijke verhoging moet worden afgewezen. Zij voert daartoe aan dat de vertraging in de betaling in de gegeven omstandigheden voor rekening en risico van [verzoeker] komt, aangezien hij al veel eerder zijn bezwaren ten aanzien van het overwerkloon kenbaar had kunnen maken. DTZ miskent hiermee echter dat de wettelijke verhoging niet bedoeld is als schadevergoeding maar als prikkel voor de werkgever om het loon op tijd te betalen. De kantonrechter ziet in de gegeven omstandigheden echter wel aanleiding de wettelijke verhoging te matigen tot 10%.
- vakantieloon* 4.19. [verzoeker] heeft bij zijn laatste 'vermeerdering van eis' van 14 mei 2020 verzocht om betaling van een bedrag van € 4.198,68 bruto aan vakantieloon. Hij legt aan dit verzoek ten grondslag dat hij over de periode 1 januari 2015 tot en met 31 december 2018 tijdens vakantie niet het juiste loon uitbetaald heeft gekregen, omdat er ten onrechte geen rekening is gehouden met de gemaakte overuren en de ontvangen toeslagen voor overwerk en/of het werken in de weekenden en de nacht. [verzoeker] verwijst in dit kader onder meer naar jurisprudentie van het Hof van Justitie. Volgens [verzoeker] valt (de vergoeding van) overwerk onder het loonbegrip van artikel 7:639 jo 610 BW en hangt het overwerk intrinsiek samen met zijn werkzaamheden als chauffeur.
- 4.20. DTZ stelt zich primair op het standpunt dat deze nevenvordering buiten beschouwing moet worden gelaten, althans dat de kwestie met betrekking tot het vakantieloon gesplitst moet worden van de hoofdzaak. Zij voert daartoe aan dat de 'vermeerdering van eis' in strijd is met de goede procesorde, nu deze gelet op de datum van het indienen van het verzoekschrift uitermate laat is ingediend. Volgens DTZ is zij, mede gelet op het feit dat de betreffende vordering een juridisch omvangrijke kwestie betreft, daardoor onredelijk in haar verweermogelijkheden geschaad. DTZ wijst er bovendien op dat de vordering geen verband houdt met de andere verzoeken en een geheel nieuwe vordering betreft.
- 4.21. De kantonrechter ziet geen aanleiding de 'vermeerdering van eis' van 14 mei 2020 buiten beschouwing te laten. Hoewel deze drie maanden na het indienen van het verzoekschrift is ingediend, is deze ruim vóór de mondelinge behandeling door DTZ ontvangen. Gelet op het door DTZ ingediende omvangrijke aanvullende verweerschrift, bestaat bovendien geen aanleiding om aan te nemen dat DTZ te weinig tijd geeft gehad om zich behoorlijk tegen de betreffende vordering te verweren. Voor splitsing als bedoeld in artikel 7:686a lid 10 BW wordt evenmin aanleiding gezien.
- 4.22. DTZ doet ten aanzien van het gevorderde vakantieloon tevens onder meer een beroep op verjaring en de schending van de klachtplicht.
- 4.23. Een vordering tot betaling van loon verjaart op grond van artikel 3:307 lid 1 BW vijf jaar na de aanvang van de dag volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. DTZ heeft onweersproken gesteld dat [verzoeker] op 14 mei 2020 voor het eerst aanspraak heeft gemaakt op betaling van het vakantieloon. Dit betekent dat de vordering ter zake het vakantieloon voor wat betreft de periode 1 januari 2015 tot 13 mei 2015 is verjaard. Dat deel van de vordering moet dus om die reden worden afgewezen.
- 4.24. Het beroep dat DTZ doet op schending van de klachtplicht wordt gepasseerd. Een vordering tot betaling van loon valt naar het oordeel van de kantonrechter namelijk niet onder de reikwijdte van artikel 6:89 BW. Die regeling is slechts bedoeld voor gevallen waarin wordt geklaagd over een gebrek in geleverde goederen of diensten en ziet niet op een tekortkoming in de betaling van een geldsom. De kantonrechter ziet in de door DTZ aangehaalde klachttermijnen uit de cao en het chauffeurshandboek evenmin aanleiding om aan te nemen dat [verzoeker] geen aanspraak kan maken op het door hem gevorderde vakantieloon. Hoewel [verzoeker] die vordering slechts summier heeft onderbouwd, zal de kantonrechter deze nu dus inhoudelijk beoordelen.
- 4.25. DTZ heeft onweersproken gesteld dat alleen de vraag voorligt of de door [verzoeker] gemaakte overuren deel uitmaken van het vakantieloon en dus niet de vraag of enige onregelmatigheidstoeslag daarvan deel uitmaakt. Hier zal dus van worden uitgegaan.
- 4.26. Op grond van artikel 7:639 lid 1 BW behoudt een werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon. Dit artikel komt overeen met artikel 7 lid 1 van de Arbeidstijdenrichtlijn (2003/88/EG). De betreffende bepaling moet derhalve richtlijnconform worden uitgelegd, waarbij de jurisprudentie van het Hof van Justitie leidend is.
- 4.27. In haar arrest van 15 september 2011 (ECLI:EU:C:2011:588, Williams/British Airways) heeft het Hof van Justitie beslist dat een werknemer tijdens zijn vakantie niet alleen recht heeft op behoud van zijn basissalaris, maar ook op alle componenten die intrinsiek samenhangen met de taken die hem in zijn arbeidsovereenkomst zijn opgedragen en waarvoor hij in het kader van zijn globale beloning een financiële vergoeding ontvangt. Op 13 december 2018 heeft het Hof van Justitie in het arrest Hein/Albert Holzkamm GmbH & Co (ECLI:EU:C:2018:1018, hierna te noemen Holzkamm) in aanvulling hierop voor wat betreft de overuren overwogen dat "vanwege het uitzonderlijke en onvoorspelbare karakter ervan, vergoedingen voor gemaakte overuren in beginsel geen deel uitmaken van het gewone loon waarop de werknemer tijdens de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 bedoelde jaarlijkse vakantie met behoud van loon aanspraak kan maken.
47. Wanneer de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen van de werknemer vergen dat hij op regelmatige basis overuren maakt, en de vergoeding daarvan een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding die hij voor zijn beroepsactiviteit ontvangt, moet de vergoeding voor overuren echter worden meegerekend voor het gewone loon waarop hij tijdens de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 bedoelde jaarlijkse vakantie met behoud van loon recht heeft, zodat hij tijdens zijn vakantie economische voorwaarden geniet die vergelijkbaar zijn met die welke hij tijdens de uitoefening van zijn werk geniet. Het staat aan de verwijzende rechter om te verifiëren of dit in het hoofdgeding het geval is."
- 4.28. DTZ stelt zich onder meer op het standpunt dat [verzoeker] op grond van zijn arbeidsovereenkomst niet, zoals in laatstgenoemd arrest als voorwaarde is gesteld, verplicht was overwerk te verrichten en dat zijn vordering ter zake van het vakantieloon om die reden moet worden afgewezen. Ter zitting heeft zij desgevraagd ter toelichting van dit standpunt aangevoerd dat het werk voor Albert Heijn zo in te plannen is dat geen overuren gemaakt hoeven te worden en dat de chauffeurs worden ingepland voor de uren die zij willen werken. Volgens DTZ werkt 95% van de chauffeurs alleen de contracturen van 40 uur per week of minder, maar wilde [verzoeker] zelf altijd veel extra uren werken vanwege het extra loon.

4.29. [verzoeker] heeft ter zitting in dit kader nauwelijks meer gesteld dan dat overwerken wel verplicht was. In het licht van de gemotiveerde betwisting door DTZ heeft [verzoeker] hiermee naar het oordeel van de kantonrechter niet aan zijn stelplicht voldaan. Hij zal daarom niet in de gelegenheid worden gesteld zijn stelling dat sprake was van verplicht overwerk nader te onderbouwen. Dit betekent dat die verplichting niet is komen vast te staan en dat niet is voldaan aan de in het arrest Holzmann genoemde voorwaarden voor het meetellen van de overuren bij het bepalen van het vakantieloon. De vordering van [verzoeker] ter zake het vakantieloon moet dus worden afgewezen.

uitvoerbaar bij voorraadverklaring en proceskosten

4.30. Nu slechts een fractie van de door [verzoeker] gevorderde bedragen wordt toegewezen, loopt DTZ slechts een gering restitutie-risico. De kantonrechter ziet daarom geen aanleiding om deze beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, zoals DTZ heeft verzocht.

4.31. Aangezien de verzoeken/vorderingen van [verzoeker] grotendeels worden afgewezen, zullen de proceskosten worden gecompenseerd, in die zin dat partijen ieder hun eigen kosten dragen.

5 De beslissing

De kantonrechter:

- 5.1. veroordeelt DTZ tot betaling aan [verzoeker] van een bedrag van € 1.915,20 bruto aan kosten woon-werkverkeer;
- 5.2. veroordeelt DTZ tot betaling aan [verzoeker] van een bedrag van € 3.074,44 bruto aan overwerkloon, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf de datum dat DTZ met de betaling van de respectieve loontermijnen in verzuim is geraakt tot aan de dag van de algehele voldoening en te vermeerderen met de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW van 10%;
- 5.3. verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.4. bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;
- 5.5. wijst het meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.M. Koene, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 24 juni 2020. (md)