

# 128. Verworven rechten sinds FNV/Pontmeyer: stand van zaken anno 2021

MR. S.F. JANSEN

Het komt regelmatig voor dat binnen een organisatie gedurende langere tijd een bepaalde (vaak niet (duidelijk) schriftelijk vastgelegde) gedragslijn wordt gevolgd ten aanzien van één of meer werknemers. Op enig moment kan de vraag dan rijzen of het volgen van die gedragslijn inmiddels heeft geleid tot een verworven recht, ook wel: een (aanvullende) vaste arbeidsvoorwaarde van de werknemer.

## 1. Inleiding

Het komt regelmatig voor dat binnen een organisatie gedurende langere tijd een bepaalde (vaak niet (duidelijk) schriftelijk vastgelegde) gedragslijn wordt gevolgd ten aanzien van één of meer werknemers. Op enig moment kan de vraag dan rijzen of het volgen van die gedragslijn inmiddels heeft geleid tot een verworven recht, ook wel: een (aanvullende) vaste arbeidsvoorwaarde van de werknemer. Na de nodige discussies en uiteenlopende jurisprudentie heeft de Hoge Raad zich op 22 juni 2018 (FNV/Pontmeyer)<sup>1</sup> uitgesproken over dit onderwerp en een zestal gezichtspunten geformuleerd. Hoe hebben lagere rechters deze gezichtspunten sindsdien toegepast en welke lessen kunnen werkgevers en werknemers daaruit trekken?

## 2. Betekenis verworven rechten

Voordat bovenstaande vraag wordt beantwoord, wordt in deze bijdrage kort stilgestaan bij de betekenis van verworven rechten en de mogelijke impact daarvan in de praktijk.

Er bestaat geen standaard definitie van de term ‘verworven recht’. Evenmin komt de term voor in het Burgerlijk Wetboek. Desalniettemin bestaat er doorgaans geen discussie over wat wordt verstaan onder een verworven recht: in de rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat een verworven recht een niet (duidelijk) contractueel vastgelegde arbeidsvoorwaarde is, die op enig moment in de praktijk is ontstaan en door de werknemer is verworven.<sup>2</sup> Het gaat dus niet om een eenmalige gunst of ‘extraatje’

van de werkgever, zoals het toekennen van een incidentele bonus vanwege bijzonder goede financiële resultaten of een vrije middag bij mooi weer.<sup>3</sup> Voor het bestaan van een verworven recht zijn voorts verschillende juridische grondslagen denkbaar en verdedigbaar, zoals het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het goed werkgeverschap, de rechtscheppende gewoonte en de redelijkheid en billijkheid.<sup>4</sup> Verder is men het ook eens over de gevolgen (van het bestaan) van een verworven recht. Die zijn hetzelfde als wanneer sprake zou zijn van een ‘normale’ (schriftelijk overeengekomen) arbeidsvoorwaarde. Of sprake is van een verworven recht is dan ook met name in de twee navolgende situaties van belang.

### *Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden*

Als uitgangspunt geldt dat voor het wijzigen van één of meer arbeidsvoorwaarden de instemming van beide partijen nodig is. Indien de werknemer niet instemt met het wijzigen van zijn arbeidsvoorwaarden, kan de werkgever uitsluitend onder bepaalde omstandigheden overgaan tot het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden.<sup>5</sup> De lat voor het eenzijdig kunnen wijzigen van arbeidsvoorwaarden ligt hoog en het belang van de werknemer bij het ongewijzigd blijven van zijn arbeidsvoorwaarden speelt altijd een belangrijke rol. Het voorgaande geldt niet alleen als arbeidsvoorwaarden schriftelijk zijn overeengekomen,

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

2 Het is ook mogelijk dat de betreffende arbeidsvoorwaarde wel schriftelijk is vastgelegd, maar dat daarvan in de praktijk wordt afgeweken. Bijvoorbeeld: in de arbeidsovereenkomst staat dat bij ziekte 70% van het loon wordt doorbetaald, terwijl in de praktijk altijd 100% wordt doorbetaald.

3 Wanneer de werknemer het ‘extraatje’ echter langere tijd ontvangt en er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat hij dit ook in de toekomst zou ontvangen, kan er echter wel sprake zijn van een verworven recht. Zie in dit kader de conclusie van A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:410.

4 Zie in dit kader de conclusie van A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:410.

5 Bij een eenzijdig wijzigingsbeding dient te worden getoetst aan art. 7:613 BW. Bij het ontbreken daarvan dient te worden getoetst aan het goed werknemerschap (art. 7:611 BW en o.a. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (Stoof/Mammoet)), dan wel de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), dan wel het leerstuk van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).

maar ook als er sprake is van een verworven recht.<sup>6</sup> Als geen sprake is van een verworven recht, dan geniet de werknemer dus ook niet de bescherming die hij op grond van de wet en rechtspraak heeft indien de werkgever wil overgaan tot het eenzijdig wijzigen van zijn arbeidsvoorwaarden.

#### Overgang van onderneming

Art. 7:662 BW bepaalt dat sprake is van overgang van onderneming indien een economische eenheid (een onderneming of een onderdeel daarvan) door middel van een overeenkomst, fusie of splitsing wordt overgedragen, waarbij de identiteit (van de onderneming of een onderdeel daarvan) behouden blijft. Art. 7:663 BW bepaalt vervolgens dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst met de werknemer van rechtswege overgaan op de verkrijgende onderneming. Met andere woorden: bij een overgang van onderneming behoudt de werknemer automatisch de arbeidsvoorwaarden die hij bij zijn oude werkgever had. Of er sprake is van een verworven recht is dus ook in deze situatie van belang. Verworven rechten gaan immers mee over naar de nieuwe werkgever.

Wanneer een verworven recht precies ontstaat, en op basis van welke feiten en omstandigheden dit beoordeeld moet worden, was lange tijd echter niet duidelijk

Tot zover geen onduidelijkheden. Wanneer een verworven recht precies ontstaat, en op basis van welke feiten en omstandigheden dit moet worden beoordeeld, was lange tijd echter niet duidelijk. In de rechtspraak en literatuur waren verschillende meningen en uitgangspunten in omloop.<sup>7</sup> Sommige rechters baseerden hun oordeel uitsluitend of voornamelijk op de factor ‘tijdsverloop’.<sup>8</sup> Oftewel: indien een gedragslijn gedurende een bepaalde periode door de werkgever was toegekend, was sprake van een verworven recht. Andere rechters waren van mening dat met name moest worden gekeken naar het gelijkheidsbeginsel. Indien de gedragslijn structureel bij andere werknemers werd toegepast, was (ook) bij de werknemer in kwestie sprake van een verworven recht. De rechtspraak was in ieder geval casuïstisch en vanuit verschillende hoeken werd opgemerkt dat de rechtspraak gebaat zou zijn bij aanknopingspun-

ten voor de beoordeling van verworven rechten.<sup>9</sup> Dit zou de rechtszekerheid en voorspelbaarheid (van uitspraken) immers vergroten.

### 3. FNV/Pontmeyer

Op 22 juni 2018 heeft de Hoge Raad in het FNV/Pontmeyer-arrest gehoor gegeven aan de roep om meer duidelijkheid en houvast. Het ging in deze zaak om werknemers van Pontmeyer die, ondanks dat de cao Houthandel strikt genomen niet op hen van toepassing was, toch ieder jaar een periodieke loonsverhoging conform de cao Houthandel ontvingen. In de arbeidsovereenkomsten van de betreffende werknemers was hierover niets geregeld. Er was dus sprake van een praktijksituatie, welke Pontmeyer op enig moment wilde wijzigen zonder instemming van de werknemers. FNV stelde namens de werknemers dat de toekenning van de periodieke loonsverhoging aan de boven-cao werknemers een verworven recht was geworden en dat Pontmeyer dit niet zomaar eenzijdig mocht wijzigen. FNV vorderde dan ook dat Pontmeyer de wijziging zou terugdraaien. Het hof Amsterdam wees de vordering van FNV af.

In cassatie heeft de Hoge Raad het arrest van het hof Amsterdam vernietigd en verwezen naar een ander gerechtshof vanwege een vormfout. De Hoge Raad is daarbij evenwel ‘ten overvloede’ ingegaan op het inhoudelijke geschil en de vraag die partijen bezighield, namelijk: wanneer brengt een – gedurende een bepaalde tijd gevolgde – gedragslijn met zich dat sprake is van een (aanvullende) arbeidsvoorwaarde die tot de arbeidsovereenkomst is gaan behoren? De Hoge Raad heeft overwogen dat het antwoord op deze vraag niet in algemene zin beantwoord kan worden en dat het allereerst aankomt op de zin die partijen aan elkaars gedragingen en verklaringen hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen.<sup>10</sup> Volgens de Hoge Raad komt daarbij (in ieder geval) betekenis toe aan de volgende zes gezichtspunten:

1. de inhoud van de gedragslijn;
2. de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen;
3. de lengte van de periode gedurende welke de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd;
4. hetgeen de werkgever en de werknemer in verband met deze gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard of juist niet hebben verklaard;
5. de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien; en
6. de aard en de omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd.

6 Zoals hiervoor uitgelegd is een verworven recht immers een arbeidsvoorwaarde. Het niet langer toekennen van de arbeidsvoorwaarde (zonder instemming van de werknemer) zal in de regel betekenen dat sprake is van een eenzijdige wijziging door de werkgever. De werknemer heeft dan in feite een nakomingsvordering op de arbeidsvoorwaarde.

7 S.F. Jellinghaus & W.A. Zondag in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:613 BW (bijgewerkt tot september 2017).

8 A.R. Houweling e.a., *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 297.

9 Zie in dit kader de conclusie van A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:410, S.F. Jellinghaus & W.A. Zondag in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:613 BW (bijgewerkt tot september 2017), S.F. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Deventer: Kluwer 2003, p. 83.

10 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

#### 4. Toepassing in lagere rechtspraak

Sinds het FNV/Pontmeyer-arrest zijn er in totaal 26 uitspraken gepubliceerd waarin verworven rechten (mede) onderwerp van geschil waren.<sup>11</sup> De uitspraken zijn in deze bijdrage onderverdeeld in twee hoofdcategorieën (wel of niet toepassing van of verwijzing naar FNV/Pontmeyer) met elk twee subcategorieën (wel of niet sprake van een verworven recht). Daarbij wordt opgemerkt dat de vraag of, en in welke mate, het toetsingskader van FNV/Pontmeyer door rechters wordt toegepast, afhangt van de feiten die partijen in het geding naar voren hebben gebracht.<sup>12</sup>

##### 4.1 Expliciete toepassing van FNV/Pontmeyer

In vijftien van de 26 uitspraken is expliciet verwezen naar het toetsingskader van FNV/Pontmeyer. Van deze vijftien uitspraken werd in zes uitspraken geoordeeld dat geen sprake was van een verworven recht van de werknemer(s). In negen uitspraken werd dus geoordeeld dat wel sprake was van een verworven recht van de werknemer(s). Hieronder zullen alle uitspraken per subcategorie kort aan bod komen.

##### *Geen verworven recht*

In een recent arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden<sup>13</sup> stond de vraag centraal of de werkgever mocht besluiten om de werknemer niet langer een leaseauto toe te kennen. De werknemer had sinds 2004 meerdere leaseauto's toegekend gekregen, terwijl zij (in ieder geval vanaf 2015) niet meer voldeed aan de voorwaarde dat zij minimaal 15.000 zakelijke kilometers per jaar reed. De werknemer stelde zich op het standpunt dat de leaseauto inmiddels een vaste arbeidsvoorwaarde was geworden, zodat de werkgever niet eenzijdig mocht besluiten dat zij daar geen recht meer op had. Het hof ging niet in op alle gezichtspunten van FNV/Pontmeyer, maar overwoog in algemene zin dat toepassing van het toetsingskader van FNV/Pontmeyer tot het oordeel leidde dat de werknemer er niet op mocht vertrouwen dat zij tot het einde van haar dienstverband recht had op een leaseauto. Volgens het hof wist de werknemer, of had zij moeten begrijpen, dat het gebruik van de leaseauto in strijd was met de leaseregeling en dat de werkgever in de toekomst de kilometervoorwaarde strikter zou kunnen handhaven. Wel merkte het hof op dat het nadeel dat de werknemer zou ondervinden als gevolg van het wegvallen van de leaseauto reden kan zijn om de werknemer (financieel) te compenseren, maar dat had de werkgever in dit geval ook al gedaan.

11 Uitspraken waarin de term 'verworven recht' in het geheel niet voorkomt zijn niet meegenomen. Er zijn echter uitspraken die desalniettemin gaan over de vraag of sprake is van een arbeidsvoorwaarde. Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6491 (over ploegendienst) en Hof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2110 (over leaseauto's).

12 De rechter kan en mag de feitelijke grondslag immers niet ambtshalve aanvullen. Alleen als partijen de relevante feiten stellen, kan de rechter deze in de sleutel van de gezichtspunten van FNV/Pontmeyer plaatsen.

13 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1473.

In drie andere uitspraken ging het om de vraag of de toekenning van een bepaalde toeslag aan de werknemer(s) een vaste arbeidsvoorwaarde was (geworden) in de zin van een verworven recht. De rechtbank Midden-Nederland<sup>14</sup> oordeelde in dit kader dat het enkele tijdsverloop onvoldoende was voor het aannemen van een structureel karakter van de persoonlijke toelage van de werknemer en dat het tijdelijke karakter van de persoonlijke toelage daarnaast meerdere keren door de werkgever was benadrukt. In een zaak over een prestatietoelage overwoog het hof Den Haag<sup>15</sup> dat de werknemer er in de gegeven omstandigheden niet op mocht vertrouwen dat de prestatietoelage los stond van de waardering van zijn functioneren en de functie die hij vervulde. Ook het hof Arnhem-Leeuwarden<sup>16</sup> oordeelde dat (op grond van getuigenverklaringen en ingediende stukken) door de werknemers niet was bewezen dat zij een vaste ploegentoeslag ontvingen die onafhankelijk was van de zwaarte van het rooster. Zij hadden er dan ook niet op mogen vertrouwen dat een wijziging van het rooster in de toekomst niet zou (kunnen) leiden tot een wijziging van (de hoogte van) de ploegentoeslag, mede gelet op de regels hierover in de toepasselijke cao.

Omdat de werknemer bij aanvang van het dienstverband en daarna een leaseauto toegekend heeft gekregen zonder aan de gestelde eisen te voldoen, mocht hij er gerechtvaardigd op vertrouwen dat hij ook in de toekomst recht zou hebben op een leaseauto

In twee andere zaken speelde de vraag of sprake was van een verworven recht op doorbetaling van 100% van het loon bij ziekte. Het hof Arnhem-Leeuwarden<sup>17</sup> oordeelde dat, indachtig de gezichtspunten van FNV/Pontmeyer, hier geen sprake van was. Er was namelijk geen sprake van een consistente handelwijze van de werkgever waardoor bij de werknemer het gerechtvaardigd vertrouwen was gewekt dat bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte het loon voor 100% zou worden doorbetaald. Ook het hof Den Haag<sup>18</sup> overwoog dat de enkele omstandigheid dat de werknemer gedurende een ziekteperiode in 2014 100% van haar loon had ontvangen, niet betekende dat zij er bij een nieuwe uitval gerechtvaardigd op had mogen vertrouwen dat zij opnieuw, in strijd met haar arbeidsovereenkomst, 100% van haar loon zou ontvangen. Daarbij had de werkgever in september 2014 een brief naar alle werknemers gestuurd waarin stond dat de bepaling in de arbeidsovereenkomst (70% loondoorbetaling bij ziekte) vanaf 1 november 2014

14 Rb. Midden-Nederland 2 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5287.

15 Hof Den Haag 21 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:811.

16 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4757.

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4049.

18 Hof Den Haag 21 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1121.

zou worden gehandhaafd. Ook waren er geen andere toezeggingen of uitlatingen van de werkgever op grond waarvan een vertrouwen op 100% loondoorbetaling bij ziekte bij de werknemer kon zijn gewekt.

*Wel verworven recht*

In tegenstelling tot het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden<sup>19</sup>, zijn er ook drie uitspraken waarin rechters op grond van het toetsingskader van FNV/Pontmeyer concluderen dat een leaseauto wél een verworven recht van de werknemer is geworden.<sup>20</sup> De doorslaggevende gemeenschappelijke factor was hierbij steeds dat de werknemer de leaseauto zowel zakelijk als privé reeds meerdere jaren (tussen de tien en vijftien jaar) mocht gebruiken. Waar het hof Arnhem-Leeuwarden daarbij meende dat het niet voldoen aan de voorwaarden voor een leaseauto betekende dat de werknemer er niet op mocht vertrouwen dat de leaseauto niet zou kunnen worden ingenomen, oordeelde de rechtbank Midden-Nederland<sup>21</sup> het tegenovergestelde: omdat de werknemer bij aanvang van het dienstverband en daarna een leaseauto toegekend heeft gekregen terwijl hij feitelijk nooit aan de daarvoor gestelde eisen (in de leaseauto-regeling) heeft voldaan, mocht hij er gerechtvaardigd op vertrouwen dat hij ook gedurende de resterende tijd van zijn arbeidsovereenkomst recht zou hebben op een leaseauto.

In een andere zaak verzocht de werknemer (onder meer) om veroordeling van de werkgever tot betaling van een bonus van € 20.000 over 2020, alsmede een verklaring voor recht dat deze bonus een vaste arbeidsvoorwaarde was geworden.<sup>22</sup> De rechter stelde dat, gelet op de bestendige gedragslijn gedurende de afgelopen vijf jaar, de werknemer er inderdaad gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat hij in 2020 weer dezelfde bonus zou ontvangen, aangezien niets over zijn (onvoldoende) functioneren was gezegd. Een verklaring voor recht dat de bonus van € 20.000 een vaste arbeidsvoorwaarde was geworden, werd echter afgewezen. In het verleden waren namelijk steeds wisselende bonusbedragen uitgekeerd. Daarnaast wist de werknemer ook dat het niet om een vaste arbeidsvoorwaarde ging, aangezien hij de werkgever in 2017 en 2020 nog heeft verzocht om de bonus een vast onderdeel van de arbeidsvoorwaarden uit te laten maken. Uit de uitspraak volgt helaas niet duidelijk of de verklaring voor recht werd afgewezen omdat volgens de rechter geen sprake was van een verworven recht op een bonus in zijn algemeenheid, of omdat geen sprake was van een verworven recht op een bonus ter hoogte van € 20.000 (gelet op de wisselende bonusbedragen). Dat laatste lijkt mij logischer, aangezien de bonus over 2020 wel werd toegewezen.

Sinds het arrest FNV/Pontmeyer zijn er in totaal 26 uitspraken gepubliceerd waarin verworven rechten (mede) onderwerp van geschil waren

Dat een bepaalde functie en het daarbij behorende salaris van de werknemer eveneens een verworven recht kan zijn bleek uit een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland.<sup>23</sup> In deze zaak ging het om een werknemer die was aangenomen in de functie van assistent-bedrijfsleider. Vanaf 2009 ging de werknemer (vanwege ontevredenheid van de werkgever over zijn functioneren) ‘tijdelijk’ werkzaamheden verrichten als eerste verkoopmedewerker met behoud van het salaris van assistent-bedrijfsleider. Vanaf 2013 is vervolgens discussie ontstaan over de functie van de werknemer. In 2019 heeft de werkgever de werknemer uiteindelijk de optie gegeven om ofwel een verbetertraject (voor de functie van assistent-bedrijfsleider) te volgen, ofwel een demotie tot eerste verkoopmedewerker (met een afbouw van het salaris) te accepteren. De werknemer heeft toen een verklaring voor recht – dat hij werkzaam is als eerste verkoopmedewerker tegen het salaris van assistent-bedrijfsleider – gevorderd. De rechtbank oordeelde dat de werknemer er op enig moment van uit mocht gaan dat tussen partijen de arbeidsvoorwaarde was ontstaan dat hij in de functie van eerste verkoopmedewerker werkzaam was tegen betaling van het salaris van een assistent-bedrijfsleider.

Ook (de toestemming voor) het verrichten van nevenwerkzaamheden kan een verworven recht zijn. In dit kader oordeelde zowel de rechtbank Rotterdam in eerste aanleg als het hof Den Haag in hoger beroep dat de toestemming van de werkgever om nevenwerkzaamheden te mogen verrichten een vaste arbeidsvoorwaarde van de werknemers (schippers) was geworden.<sup>24</sup> Ook daar speelde mee dat er bij de werkgever strikte regels golden ten aanzien van het verrichten van nevenwerkzaamheden, maar dat de werknemers desalniettemin meerdere jaren (sommige werknemers zelfs meer dan 25 jaar) nevenwerkzaamheden mochten verrichten.<sup>25</sup>

De rechtbank Rotterdam moest zich in een andere zaak buigen over de vraag of de toestemming om afgedankte apparatuur van de (oud-)werkgever te repareren en voor eigen gewin te verkopen een verworven recht van de werknemer was geworden.<sup>26</sup> De rechtbank beantwoordde deze vraag door de zes gezichtspunten van FNV/Pontmeyer – gemotiveerd – toe te passen:

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1473.  
 20 Rb. Midden-Nederland 23 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5570; Rb. Noord-Holland 22 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1698; Rb. Midden-Nederland 25 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3624.  
 21 Rb. Midden-Nederland 23 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5570.  
 22 Rb. Midden-Nederland 15 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1170.

23 Rb. Noord-Holland 18 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9736.  
 24 Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:872, bekrachtiging van het vonnis van de Rechtbank Rotterdam 5 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8979.  
 25 De werknemers hadden schriftelijk toestemming gekregen voor het mogen verrichten van de nevenwerkzaamheden, welke toestemming later ook was herbevestigd door het Havenbedrijf.  
 26 Rb. Rotterdam 24 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3996.

- over de inhoud van de gedragslijn bestaat volgens de rechtbank geen discussie, het gaat immers om de bevoegdheid van de werknemer om afgedankte apparatuur zelf mee te nemen, te repareren en voor eigen gewin te verkopen (gezichtspunt 1);
- de (oud-)werkgever was daarnaast op de hoogte van de handelwijze van de werknemer (gezichtspunt 2);
- de werknemer heeft praktisch gedurende de hele periode van het dienstverband (bijna 20 jaar) afgedankte apparatuur meegenomen (gezichtspunt 3);
- de (oud-)werkgever heeft nooit bezwaar gemaakt tegen de handelwijze van de werknemer, hij heeft de handelwijze juist toegestaan (gezichtspunt 4);
- de werknemer heeft door de verkoop van de afgedankte (opgeknapte) apparatuur inkomsten gegenereerd, terwijl de (oud-)werkgever nauwelijks schade had, juist eerder voordeel (gezichtspunt 5); en
- meer personeelsleden hadden de gewoonte om afgedankte apparatuur mee naar huis te nemen (gezichtspunt 6).

Voor genoemde omstandigheden leidden volgens de rechtbank Rotterdam tot het oordeel dat sprake is van een verworven recht. Daarbij overwoog de rechtbank dat sprake is van overgang van onderneming, als gevolg waarvan de nieuwe werkgever de aanvullende arbeidsvoorwaarde in beginsel gestand moet doen.

Ook vergoedingen voor een oproep tijdens consignatiediensten werden door de rechtbank Rotterdam gekwalificeerd als verworven rechten.<sup>27</sup> De rechtbank oordeelde, wederom door de gezichtspunten van FNV/Pontmeyer toe te passen, dat de werknemers erop mochten vertrouwen dat zij onverminderd recht hadden op de vergoedingen. Daarbij overwoog de rechtbank nadrukkelijk dat het niet van belang was dat noch in de arbeidsovereenkomst noch in de cao een bepaling over de vergoedingen was opgenomen: dat staat er immers niet aan in de weg dat de vergoedingen als arbeidsvoorwaarde deel zijn gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst.

In vier van de hiervoor genoemde uitspraken werd evenwel geoordeeld dat de werkgever, ondanks dat sprake was van een verworven recht, mocht overgaan tot het eenzijdig wijzigen daarvan.<sup>28</sup> De werkgever moest de werknemer

voor het verlies van de arbeidsvoorwaarde wel telkens financieel compenseren, dan wel een overgangstermijn van één jaar hanteren.<sup>29</sup>

#### 4.2 Geen expliciete toepassing van FNV/Pontmeyer

Ondanks dat het toetsingskader van FNV/Pontmeyer bekend mag worden verondersteld, is in elf van de 26 uitspraken niet expliciet verwezen naar (of getoetst aan) FNV/Pontmeyer. Van deze elf uitspraken werd in acht uitspraken geoordeeld dat geen sprake was van een verworven recht van de werknemer(s). In drie uitspraken werd dus geoordeeld dat wel sprake was van een verworven recht van de werknemer(s). Hieronder zullen alle uitspraken per subcategorie kort aan bod komen.

##### *Geen verworven recht*

In twee zaken ging het om de vraag of er sprake was van een verworven recht van de werknemer om op een bepaalde locatie (bij een bepaalde opdrachtgever) te werken. Beide zaken werden behandeld door de rechtbank Noord-Holland. In de ene zaak overwoog de rechtbank dat het feit dat de werknemer vanaf 2006 op één locatie had gewerkt (circa dertien jaar), niet betekende dat hij een recht had verworven om in de verdere loop van het dienstverband op één locatie en/of met vaste werktijden te werken.<sup>30</sup> In de andere zaak overwoog de rechtbank uitsluitend dat het standpunt van de werknemer – dat sprake zou zijn van een door haar verworven recht om bij Unilever tewerk te worden gesteld – niet werd gevolgd.<sup>31</sup> Dat de werknemer jarenlang op die locatie heeft gewerkt en aldaar een vertrouwd gezicht is geworden, deed daar niet aan af. Mijns inziens had de rechtbank Noord-Holland in voornoemde twee zaken (duidelijker) kunnen toelichten waarom naar haar oordeel geen sprake was van een verworven recht.<sup>32</sup> Desalniettemin is de uitkomst – dat de locaties c.q. opdrachtgevers niet als verworven rechten worden aangemerkt – begrijpelijk, gelet op de aard van de ondernemingen (een schoonmaakbedrijf en beveiligingsbedrijf).<sup>33</sup>

27 Rb. Rotterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5543. Het gedurende vijftien jaar toekennen van vergoedingen, die ook bekend waren bij het management en altijd in de systemen waren verantwoord, had tot gevolg dat sprake was van verworven arbeidsvoorwaarden.

28 Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:872, bekrachtiging van het vonnis van Rb. Rotterdam 5 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8979; Rb. Rotterdam 24 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3996; Rb. Noord-Holland 22 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1698.

29 De overgangstermijn van één jaar gold ten aanzien van de toestemming van het Havenbedrijf aan de werknemers om nevenwerkzaamheden te mogen verrichten: Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:872, bekrachtiging van het vonnis van Rb. Rotterdam 5 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8979.

30 Rb. Noord-Holland 26 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7607.

31 Rb. Noord-Holland 17 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6568.

32 Er kunnen immers twee redenen zijn voor het oordeel dat geen sprake is van een verworven recht: óf de werknemer heeft onvoldoende feiten en omstandigheden naar voren gebracht voor het standpunt dat wel sprake is van een verworven recht, óf de werknemer heeft wel voldoende feiten en omstandigheden naar voren gebracht, maar uit die feiten en omstandigheden volgt de conclusie dat geen sprake is van een verworven recht.

33 Zoals gebruikelijk in deze sectoren, worden de werknemers in het kader van schoonmaak- en beveiligingswerkzaamheden ingezet bij opdrachtgevers van de werkgever. Daarbij is het logisch en noodzakelijk dat de werknemers bij verschillende opdrachtgevers kunnen worden ingezet (ook omdat opdrachtgevers hun contracten soms opzeggen) en niet kunnen claimen dat zij slechts op één locatie of bij één opdrachtgever mogen worden ingezet. Het verdient vanzelfsprekend evenwel aanbeveling om altijd in de arbeidsovereenkomst op te nemen dat de werknemer op diverse locaties en bij verschillende opdrachtgevers kan worden ingezet.

De rechtbank Noord-Holland heeft in een zaak over de volledige doorbetaling van loon tijdens ziekte wel uitgebreider gemotiveerd waarom geen sprake was van een verworven recht.<sup>34</sup> De rechtbank overwoog dat tijdens eerdere kortdurende periodes van arbeidsongeschiktheid weliswaar het volledige loon werd betaald, maar dat bij deze ziekteperiodes geen sprake was van een formele ziekmelding en ook geen bedrijfsarts of arbo-arts was ingeschakeld. Van langdurige arbeidsongeschiktheid was eerder nooit sprake. Daarnaast was er ook geen afspraak of vast beleid om de werknemer in zijn hoedanigheid als bestuurder bij (langdurige) arbeidsongeschiktheid het volledige loon door te betalen. Er was in dit kader ook geen arbeidsovereenkomst of ander schriftelijk document in het geding gebracht.

In vier andere zaken waren verschillende loonbestanddelen, te weten een bonus<sup>35</sup>, reiskostenvergoeding<sup>36</sup>, dertiende maand<sup>37</sup> en winstdeling<sup>38</sup>, onderwerp van geschil. In geen van de zaken werd aangenomen dat sprake was van een verworven recht van de werknemer(s). Dit kwam met name doordat de periode van toekenning volgens de rechter van (te) korte tijdsduur was om een bestendige lijn aan te kunnen nemen en/of omdat er onvoldoende reden was om aan te kunnen nemen dat de werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat het betreffende loonbestanddeel altijd zou worden uitgekeerd.

De rechtbank Gelderland<sup>39</sup> oordeelde in vergelijkbare zin dat de werknemer er niet op mocht vertrouwen dat zij (bij de nieuwe aanvraag voor een leaseauto in juni 2018) in aanmerking zou komen voor een leaseauto, dan wel dat zij sinds 1988 een onvoorwaardelijk (verworven) recht zou hebben op het gebruik van de leaseauto. In deze zaak werd geoordeeld dat het gebruik van de leaseauto op zichzelf wel een arbeidsvoorwaarde was<sup>40</sup> (die eenzijdig mocht worden gewijzigd), maar dat het gebruik van de leaseauto ongeacht de toekenningscriteria in de toepasselijke mobiliteitsrege-

ling echter geen verworven recht c.q. arbeidsvoorwaarde was.

#### *Verworven recht*

Hoewel het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 26 mei 2020<sup>41</sup> nog expliciet verwees naar de gezichtspunten van FNV/Pontmeyer, deed het dat niet in zijn arrest van 11 augustus 2020.<sup>42</sup> In deze zaak ging het eveneens om de vraag of de werknemer recht had op doorbetaling van 100% van het loon bij ziekte. Het hof oordeelde van wel, omdat de werknemer in het verleden bij ziekte ook 100% ontving en de werkgever niet heeft onderbouwd dat zij op enig moment bekend zou hebben gemaakt dat (en vanaf wanneer) in het vervolg nog maar 70% van het loon zou worden uitbetaald.

In een andere zaak kreeg de werknemer al enige tijd een managementtoeslag, ook wanneer de werknemer (tijdelijk) geen managementtaken vervulde.<sup>43</sup> De werkgever meende dat de basis voor de toeslag in april 2020 was komen te vervallen, omdat de werknemer zijn managementfunctie niet meer uitoefende en (volgens de werkgever) duidelijk was dat dit in de toekomst ook niet meer zou gebeuren. De werknemer vorderde met succes doorbetaling van de managementtoeslag. Ondanks dat door de kantonrechter niet expliciet werd benoemd dat sprake was van een verworven recht op de managementtoeslag, werd wel geoordeeld dat er kennelijk geen voorwaarden waren verbonden aan de betaling van de managementtoeslag en dat het eenzijdig stopzetten van de toeslag door de werkgever hierdoor niet gerechtvaardigd was.

Een werknemer die al sinds 1991 de beschikking had over een leaseauto (zonder dat hierover schriftelijk iets was vastgelegd), stelde dat inmiddels sprake was van een verworven recht op de leaseauto.<sup>44</sup> De kantonrechter oordeelde dat het gebruik van de leaseauto, nu onweersproken was gebleken dat de werknemer al sinds 1991 de beschikking daarover had, gekwalificeerd moest worden als arbeidsvoorwaarde (de term 'verworven recht' werd door de kantonrechter niet overgenomen). Het innemen van de leaseauto was dan ook een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde. De door de werknemer gevorderde schadevergoeding ter compensatie werd echter afgewezen omdat de schade onvoldoende was onderbouwd.

## 5. Slot

Hiervoor zijn de op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) en VAAN-AR-Updates.nl gepubliceerde uitspraken sinds FNV/Pontmeyer tot aan 15 april 2021 over verworven rechten behandeld. Hieruit kan de (voorzichtige) conclusie worden getrokken dat de waarde van het toetsingskader van FNV/Pontmeyer in

34 Rb. Noord-Holland 16 maart 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7607.

35 Rb. Noord-Holland 24 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:11537.

36 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4087.

37 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3125.

38 Rb. Limburg 22 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3624. De werkgever heeft in deze zaak een verzoek ingediend tot vervangende toestemming voor het nemen van het besluit tot invoering (wijziging) van de winstdelingsregeling. De ondernemingsraad heeft zich op het standpunt gesteld dat de maximale winstdeling een verworven recht is geworden, maar volgens de rechtbank is dat niet het geval omdat er een relatie is gemaakt tussen de winstuitering en de resultaten van het voorafgaande jaar. Daarnaast is met de medewerkers gecommuniceerd dat het variabele percentage van de winstuitering geen automatisme is.

39 Rb. Gelderland 26 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1168.

40 De kantonrechter overweegt hiertoe dat vaststaat dat partijen in juni 1988 hebben afgesproken dat de werknemer de beschikking krijgt over een leaseauto, dat zij sindsdien daarover ook daadwerkelijk de beschikking heeft gehad en dat dit een wezenlijk onderdeel vormt van de voordelen die voortvloeien uit haar arbeidsovereenkomst, mede vanwege het privé gebruik van de leaseauto. Een dergelijk voordeel moet gelet op de aard en de duur worden aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde, aldus de kantonrechter.

41 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4049.

42 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6338.

43 Rb. Gelderland 26 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3815.

44 Rb. Rotterdam 7 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5167.

de praktijk vooralsnog beperkt lijkt. In een deel van de uitspraken is door rechters in het geheel niet (expliciet) aan FNV/Pontmeyer getoetst, waarschijnlijk omdat partijen daarvoor onvoldoende relevante feiten en omstandigheden naar voren hebben gebracht. In het andere deel van de uitspraken is het toetsingskader van FNV/Pontmeyer door rechters wel expliciet benoemd, maar in slechts twee uitspraken<sup>45</sup> worden de zes gezichtspunten ook daadwerkelijk uitgewerkt en toegepast op de feiten en omstandigheden in die zaak.

Het is kortom nog steeds lastig om te voorspellen wanneer een bepaalde gedragslijn een verworven recht van de werknemer wordt. Toch kunnen wel enkele lessen worden getrokken uit de hiervoor geanalyseerde rechtspraak (los van de vraag of expliciet aan FNV/Pontmeyer is getoetst). Zo blijft met name van belang of de gedragslijn al meerdere jaren wordt gevolgd (gezichtspunt 3 van FNV/Pontmeyer) en of de werknemer er in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat hij ook in de toekomst de betreffende voorwaarde zou krijgen (gezichtspunt 4 van FNV/Pontmeyer). Vanuit werkgeversperspectief is zorgvuldigheid dus geboden: achterover zitten en (te) lang geen actie ondernemen kan tot gevolg hebben dat de werknemer er op enig moment van uit mag gaan dat de gedragslijn een arbeidsvoorwaarde is geworden.<sup>46</sup> Werkgevers doen er dan ook verstandig aan om werknemers (regelmatig) schriftelijk te laten weten of, en zo ja welke, voorwaarden zijn verbonden aan bepaalde gedragslijnen en of, en zo ja wanneer, dit door de werkgever gewijzigd kan worden. Tevens is een duidelijke leaseautoregeling alsmede een helder vastgelegd beleid ten aanzien van de doorbetaling van salaris, dertiende maand en bonussen tijdens ziekte raadzaam. Verder blijkt de aard en omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd (gezichtspunt 5 van FNV/Pontmeyer) ook een rol te kunnen spelen bij de beoordeling. Indien de gedragslijn ook voor andere werknemers geldt, is dit een indicatie voor het bestaan van een verworven recht.<sup>47</sup>

### Het is nog steeds lastig om te voorspellen wanneer een bepaalde gedragslijn een verworven recht van de werknemer wordt

De inhoud van de gedragslijn (gezichtspunt 1 van FNV/Pontmeyer) en de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar

innemen (gezichtspunt 2 van FNV/Pontmeyer) zijn doorgaans geen punten van discussie tussen partijen en dus minder relevant. Verder lijkt de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien (gezichtspunt 6 van FNV/Pontmeyer) niet altijd een rol te spelen bij de vraag óf sprake is van een verworven recht, maar wel bij de vraag of de werkgever de werknemer financieel dient te compenseren (indien sprake is van een verworven recht dat de werkgever eenzijdig heeft gewijzigd).<sup>48</sup>

Concluderend lijken niet alle gezichtspunten van FNV/Pontmeyer houvast en rechtszekerheid te kunnen bieden. Mogelijk waren de gezichtspunten vaker (expliciet) toegepast indien de Hoge Raad meer aandacht had besteed aan de uitleg van de gezichtspunten, de weging tegenover elkaar en het mogelijke omslagpunt (wel of geen verworven recht).<sup>49</sup> Daarnaast is er nog een factor die wellicht van belang zou moeten of kunnen zijn bij de beoordeling of sprake is van een verworven recht, namelijk: de (mate van) samenhang tussen de gedragslijn en de arbeidsovereenkomst. Er zijn immers situaties denkbaar waarbij er geen of nauwelijks samenhang bestaat met de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld de situatie waarin de werknemer al jarenlang zijn caravan gratis in een loods van de werkgever mag stallen. Mijns inziens is het verdedigbaar om te stellen dat minder snel sprake is van een verworven recht indien de gedragslijn geen of nauwelijks verband houdt met de arbeidsovereenkomst.<sup>50</sup>

Tot slot wordt nog opgemerkt dat er thans een belangrijke taak is weggelegd voor de (gemachtigden van) partijen. Indien de (gemachtigden van) partijen in procedures over verworven rechten nadrukkelijk aandacht besteden aan de gezichtspunten van FNV/Pontmeyer, dan kunnen en zullen rechters daar een oordeel over moeten geven. Op die manier wordt er vervolgens vanzelf (nog) meer duidelijk over de invulling en beoordeling van de gezichtspunten van FNV/Pontmeyer, en daarmee over de kwalificatie van een verworven recht.

*Dit artikel is afgesloten op 20 april 2021.*

#### Over de auteur



**Mr. S.F. (Stephanie) Jansen**

Advocaat te Amsterdam bij De Koning Vergouwen Advocaten.

45 Rb. Rotterdam 24 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3996; Rb. Rotterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5543.

46 Rb. Noord-Holland 18 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9736.

47 Rb. Rotterdam 24 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3996; Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:872, bekrachtiging van het vonnis van Rb. Rotterdam 5 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8979.

48 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1473.

49 Zoals ook opgemerkt door J.P. Quist in zijn annotatie bij «JAR» 2018/183, ECLI:NL:HR:2018:976.

50 De gedragslijn staat dan immers (vrijwel) los van (de uitoefening van) de arbeidsovereenkomst en de arbeidsrelatie. Het gaat meer om een gedoogsituatie of een afspraak tussen twee partijen, niet om een arbeidsvoorwaarde.