

vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht
voorzieningenrechter

locatie Utrecht

zaaknummer: C/16/527818 KG ZA 21-542 LH/1040

Kort geding vonnis van 3 december 2021

inzake

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
Federatie Nederlandse Vakbeweging,
gevestigd te Utrecht,
verder ook te noemen FNV,
eisende partij,
advocaten: mr. E.E.P. Gosling-Verheijen en mr. A.M. Dielemans-Buiteman,

en

2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
Vakvereniging voor Machinisten en Conducteurs,
gevestigd te Tilburg,
verder ook te noemen: VVMC,
eisende partij,
advocaat: mr. M.J.M.F. van Rooy,

tegen:

de naamloze vennootschap
N.V. Nederlandse Spoorwegen,
gevestigd te Utrecht,
verder ook te noemen NS,
gedaagde partij,
advocaten: mr. P.G. Vestering en mr. P. Disseldorp.

1. Het verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding (met 15 producties);
- de voorafgaand aan de zitting toegezonden conclusie van antwoord (met 4 producties).

1.2. De zaak is mondeling behandeld ter zitting van 18 november 2021. Voor FNV zijn verschenen de heer H. Janssen (bestuurder) en de heer mr. F.A. Burggraaf (juridisch beleidsadviseur), vergezeld door mr. Dielemans-Buiteman en mr. Gosling-Verheijen. Voor VVMC zijn verschenen de heer R. de Groot en de heer J. de Jonge (bestuurders), vergezeld door mr. Van Rooy en diens kantoorgenoot mr. T.M.A. Verhoeven. Voor NS zijn verschenen

mevrouw M. Reintjes (directeur HRM), mevrouw K. Bressers (manager HRM Beleid), mevrouw mr. A. Siderius (advocaat in dienst van NS) en de heer O. Meerwijk (beleidsadviseur), vergezeld door mr. Vestering en mr. Disseldorp. Partijen hebben de standpunten nader toegelicht, mede aan de hand van de door hun advocaten overgelegde pleitaantekeningen. Partijen hebben geantwoord op vragen van de voorzieningenrechter. Zij hebben op elkaar kunnen reageren. Van het verhandelde ter zitting is aantekening gehouden.

1.3. Daarna is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. FNV en VVMC zijn vakbonden die de individuele en collectieve belangen behartigen van werknemers van NS, een Nederlands spoorwegbedrijf. Zij zijn (naast twee andere vakbonden) aan werknemerszijde partij bij de ondernemings-cao van NS (hierna ook te noemen de NS-cao). Aan werkgeverszijde zijn verschillende vennootschappen in de NS-groep partij bij deze cao (hierna: NS-werkgevers). De NS-cao is laatstelijk aangegaan voor de periode 2017-2020 en inmiddels verlengd tot 1 juli 2022. Van de NS-cao maakt een sociaal plan onderdeel uit, dat de voorwaarden regelt waaronder reorganisaties worden doorgevoerd. Het sociaal plan is afgesloten voor de periode tot 1 januari 2025 en geldt voor ongeveer 17.000 NS-werknemers. Voor deze periode zijn de cao-partijen in februari 2021 een werkgelegenheidsgarantie overeengekomen.

2.2. Het sociaal plan is opgenomen in hoofdstuk 11 van de NS-cao. In het sociaal plan wordt onderscheid gemaakt tussen een pre-mobiliteitsfase en een - daaropvolgende - boventalligheidsfase. De pre-mobiliteitsfase treedt in bij een concrete dreiging van boventalligheid en heeft ten doel om de door werkgever gewenste verandering in de personeelsbezetting te bereiken zonder dat het tot gedwongen ontslagen komt. In artikel 4 van hoofdstuk 11 van de NS-cao staan de 'Rechten en plichten in de fases van pre-mobiliteit en boventalligheid' omschreven. Onder a. sub v. van dit artikel 4 ('Rechten') is omtrent de 'Eenmalige vergoeding bij ontslag' bepaald dat deze *'(bij uitdiensttreding drie keer de wettelijke transitievergoeding zoals geldend op 1 juli 2015'* bedraagt (bij uitdiensttreding in de loop van de boventalligheidsfase bestaat bij het voortschrijden van de tijd recht op een steeds lagere vergoeding). Dit artikel 4 bepaalt onder c. ('Aanvullende bepalingen') sub ii., voor zover in dit geding van belang: *'De hoogte van de uitkering bij ontslag als bedoeld in artikel 4 onder v (ontslaguitering) zal zodanig worden vastgesteld, dat over de periode tot het bereiken van de voor de individuele werknemer geldende AOW-gerechtigde leeftijd de som van de uitkomsten uit sociale uitkeringen, pensioen- en/of OVUT-rechten (en) de onslaguitering niet meer dan 75% van zijn laatst verdiende inkomen bedraagt (-).'*

2.3. In hoofdstuk 10 van de NS-cao ('CAO Sociale Eenheid NS') staat in artikel 26 de 'Pensioenregeling' omschreven. Dit artikel 26 luidt, voor zover hier van belang: *'1. Werknemer neemt deel aan de pensioenregeling van het Spoorwegpensioenfonds. (-)
6. Bij werknemers die na ontslag bij één van de bij de CAO Sociale Eenheid NS aangesloten bedrijven een WW-uitkering ontvangen, loopt hun pensioenopbouw door, mits men voldoet aan de daarvoor bepaalde voorwaarden. De regeling is onderdeel van en staat beschreven in de pensioenregeling van het Spoorwegpensioenfonds. De premie hiervoor komt ten laste van de werkgever.'*

Inmiddels is het pensioenreglement op dit punt gewijzigd.

2.4. In het kader van een reorganisatie is tussen FNV en VVMC enerzijds en NS anderzijds verschil van mening gerezen over de uitleg van artikel 4 onder a. sub v. (de hoogte van de ontslaguitkering bij ontslag in de pre-mobiliteitsfase) en artikel 4 onder c. sub ii. (de aftoppingsregeling) van hoofdstuk 11 van de NS-cao, en over de uitleg van artikel 26 lid 6 van hoofdstuk 10 (de pensioenopbouw na ontslag) van de NS-cao. Dit uitleggeschil is inmiddels door FNV en VVMC voorgelegd aan de kantonrechter van deze rechtbank (de dagvaarding is op 6 augustus 2021 aan NS betekend en de zaak is geregistreerd onder zaaknummer K/4204/9392134). Bij het (bodem)geschil over de ontslaguitkering draait het om de vraag of op en na 1 januari 2020 bij de berekening van de transitievergoeding nog rekening moet worden gehouden met de zogenoemde 50+regeling die tot die datum was opgenomen in artikel 7:673d Burgerlijk Wetboek (BW) maar toen is vervallen. In het geschil over de aftoppingsregeling twisten partijen over de vraag of onder het begrip ‘sociale uitkeringen’ (in artikel 4 onder c. sub ii. van hoofdstuk 11 van de NS-cao) mede een uitkering ingevolge de PAWW (Private Aanvulling WW en WGA) is te begrijpen. En in het geschil over de pensioenopbouw na ontslag menen FNV en VVMC dat NS gehouden is overeenkomstig artikel 26 lid 6 van hoofdstuk 10 van de NS-cao de pensioenpremies na ontslag te blijven betalen, welk standpunt door NS wordt bestreden.

2.5. Aan werknemers die als ‘pre-mobiel’ zijn aangemerkt en in aanmerking willen komen voor de vrijwillige vertrekregeling in het sociaal plan, plegen NS-werkgevers een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 e.v. BW voor te leggen. Daarin wordt de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden met ingang van een bepaalde datum beëindigd, wordt aan de betrokken werknemer een in een bepaald geldbedrag uitgedrukte beëindigingsvergoeding toegekend en verbindt de werkgever zich om tot de einddatum aan zijn verplichtingen uit hoofde van de gedane pensioentoezegging te voldoen. Bij de berekening van de hoogte van de beëindigingsvergoeding gaat de NS-werkgever uit van de door NS in de genoemde bodemprocedure verdedigde - beperkte - uitleg van de NS-cao. Zo wordt geen rekening meer gehouden met het per 1 januari 2020 vervallen artikel 7:673d (oud) BW en wordt in het kader van de aftoppingsregeling onder het begrip ‘sociale uitkeringen’ in artikel 4 onder c. sub ii. van hoofdstuk 11 van de NS-cao mede een PAWW-uitkering begrepen. Dit leidt ertoe dat in de genoemde vaststellingsovereenkomsten van (oudere) werknemers een lagere ontslaguitkering wordt vermeld dan die waartoe de door FNV en VVMC voorgestane - ruime - uitleg van de NS-cao zou leiden.

2.6. Van de vaststellingsovereenkomsten maakt standaard een finale kwijtingsbeding deel uit. Deze luidt als volgt: *‘Met uitzondering van de verplichtingen die uit deze overeenkomst voortvloeien, verlenen Partijen elkaar finale kwijting ter zake van al hetgeen Partijen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst en de beëindiging daarvan en/of anderszins van elkaar te vorderen hebben dan wel te vorderen krijgen. De door Werknemer verleende finale kwijting betreft mede alle aanspraken die verband houden met de aan de onderneming van Werkgever gelieerde rechtspersonen.’* In de afgelopen periode hebben al enkele honderden ‘pre-mobiele’ werknemers een dergelijke vaststellingsovereenkomst getekend. In de komende tijd zal ook aan een groot aantal andere werknemers die van de vrijwillige vertrekregeling gebruik willen maken een vaststellingsovereenkomst worden voorgelegd. NS wil daarin niet, zoals FNV en VVMC verlangen, ten aanzien van de finale kwijting een voorbehoud maken dat ertoe strekt dat, indien de vakbonden in de aanhangige bodemprocedure onherroepelijk geheel of gedeeltelijk in het gelijk worden gesteld, aan de desbetreffende werknemers alsnog de rechten worden toegekend waarop zij ingevolge de uitkomst van die bodemprocedure recht zouden hebben.

2.7. Twee van de werknemers aan wie eerder een dergelijke vaststellingsovereenkomst, met een finale kwijtingsbeding zoals hierboven aangehaald, was voorgelegd hebben recent (bijgestaan door hun rechtsbijstandverzekeraar) hun werkgever, NS Reizigers B.V., in kort geding gedagvaard, Zij hebben onder meer gevorderd dat aan hen een vaststellingsovereenkomst wordt aangeboden overeenkomstig artikel 4 onder a. sub v. van hoofdstuk 11 van de NS-cao en artikel 26 lid 6 van hoofdstuk 10 van de NS-cao, zoals deze cao-bepalingen (ook) door FNV en VVMC in dit kort geding worden uitgelegd, althans om een daartoe strekkend voorbehoud in het finale kwijtingsbeding op te nemen. Bij kort gedingvonnissen van 1 september 2021 (zaaknummers 9349386 UV EXPL 21-129 en 9317984 UV EXPL 21-116) heeft de kantonrechter voorshands geoordeeld dat de uitleg die door de NS-werkgever wordt gegeven aan beide genoemde artikelen juist is, en zijn de vorderingen van beide werknemers afgewezen.

3. De vordering en de standpunten van partijen

3.1. FNV en VVMC vorderen in dit kort geding dat NS bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis wordt veroordeeld om, met ingang van de dag waarop het vonnis wordt gewezen en tot het moment dat de tussen partijen aanhangige bodemprocedure onherroepelijk is geëindigd, een voorbehoud op te nemen in het finale kwijtingsbeding in de vaststellingsovereenkomsten die worden aangeboden aan werknemers die gebruik willen maken van de vrijwillige vertrekregeling van hoofdstuk 11 van de NS-cao, en wel door in die vaststellingsovereenkomsten de volgende tekst op te nemen: *‘De verleende finale kwijting heeft geen betrekking op rechten en aanspraken van werknemers op grond van hoofdstuk 10, art. 26 lid 6, en hoofdstuk 11 van de CAO Nederlandse Spoorwegen, totdat de rechter in de hieromtrent aanhangige gerechtelijke procedure hierover een onherroepelijke uitspraak heeft gedaan of deze procedure op een andere wijze onherroepelijk is geëindigd.’* FNV en VVMC vorderen dat deze veroordeling wordt versterkt met een dwangsom van € 100,- per dag per medewerker, voor elke dag dat NS na betekening van het in dit kort geding te wijzen vonnis jegens enige werknemer nalaat dit voorbehoud in de aangeboden vaststellingsovereenkomst op te nemen, zulks met veroordeling van NS in de proces- en nakosten.

3.2. FNV en VVMC leggen aan hun vordering ten grondslag dat NS op grond van artikel 9 lid 2 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet cao) gehouden is om de NS-cao te goeder trouw na te leven. Deze verplichting brengt in de gegeven omstandigheden mee dat NS, in afwachting van de onherroepelijke uitkomst van de tussen partijen aanhangige bodemprocedure, in de aan te bieden vaststellingsovereenkomsten een voorziening dient te treffen die ertoe leidt dat de betrokken ‘pre-mobiele’ werknemers een voor hen gunstige uitkomst van die bodemprocedure tegen NS kunnen laten gelden, zonder daarbij een finale kwijtingsbeding, zoals die binnen de NS-groep tot nu toe standaard pleegt te worden opgenomen, tegengeworpen te krijgen. Door dat voorbehoud niet te willen maken en op voorhand cao-rechten van het personeel weg te contracteren, maakt NS misbruik van de (machts)ongelijkheid tussen haar als werkgever en de werknemers voor wie het ‘slikken of stikken’ is. Daarmee handelt NS in strijd met haar verplichting om de cao na te leven en om zich als goed werkgever te gedragen, en worden de belangen van de werknemers onevenredig geschaad. Dit rechtvaardigt de gevorderde spoedvoorziening, zodat individuele werknemers niet genoopt worden een procedure tot naleving van de cao tegen hun werkgever te voeren indien de bodemprocedure te zijner tijd in hun voordeel uitvalt, aldus FNV en VVMC.

3.3. NS betwist dat FNV en VVMC bij hun vordering in dit kort geding een spoedeisend belang hebben. NS betwist de vordering ook ten gronde. Het beginsel van de contractsvrijheid staat in de weg aan een veroordeling om in de nog te sluiten vaststellingsovereenkomsten een voorbehoud bij de finale kwijting op te nemen en daaraan kan artikel 7:611 BW alleen in geval van evidente onbillijkheid iets afdoen. Die evidentie ontbreekt hier. Bij de NS-werkgevers is het al jarenlang standaardpraktijk dat bij de beëindiging van arbeidsovereenkomsten een finale kwijtingsbeding wordt opgenomen zoals onder 2.6. aangehaald. Indien NS-werkgevers worden veroordeeld om in de te sluiten vaststellingsovereenkomsten bij dat beding een voorbehoud te maken, zouden zij worden gedwongen om de werknemers die nog gebruik willen gaan maken van de vrijwillige vertrekregeling anders te behandelen dan de werknemers die al een vaststellingsovereenkomst hebben ondertekend. Dat kan niet van hen worden gevergd. Het zou ook een precedent scheppen en, gezien de complexe arbeidsvoorwaardenregeling van NS, tot een onwerkbaar situatie leiden.

NS heeft er bovendien een gerechtvaardigd belang bij om door het bedingen van een 'sluitende' finale kwijting eventuele toekomstige discussies en procedures met gewezen werknemers over hun rechten uit hoofde van de NS-cao te voorkómen. Met de afspraak over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet 'de kous af' zijn, aldus NS. De werkgevers in haar groep handelen niet in strijd met het goed werkgeverschap door van werknemers die onder de ruimhartige condities van het sociaal plan (ze ontvangen driemaal de transitievergoeding) voor een vrijwillig vertrek opteren aldus iets terug te vragen. Werknemers die vrijwillig willen vertrekken maar de mogelijkheid willen openhouden om eventuele verdere aanspraken ingevolge het sociaal plan te claimen, hoéven geen vaststellingsovereenkomst te sluiten, maar kunnen ook zelf de arbeidsovereenkomst opzeggen. Ook bij zo'n opzegging bestaat recht op de ontslaguitkering en op een werkloosheidsuitkering (WW), nu artikel 4 onder a. sub v. van hoofdstuk 11 van de NS-cao niet anders vereist dan dat in de pre-mobiliteitsfase sprake is van 'uitdiensttreding' en het bij het recht op WW na een bedrijfseconomisch ontslag niet uitmaakt hoe de arbeidsovereenkomst is geëindigd, aldus NS.

4. De beoordeling

4.1. Tegen de achtergrond van het tussen partijen gerezen geschil over de uitleg van een drietal bepalingen in de NS-cao, gaat het in dit kort geding uitsluitend om de vraag hoe NS zich, in afwachting van een onherroepelijke uitkomst van de hierover bij deze rechtbank aanhangige bodemprocedure, in het kader van de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten met 'pre-mobiele' werknemers die gebruik willen maken van de vrijwillige vertrekregeling van hoofdstuk 11 van de cao dient op te stellen. Meer in het bijzonder gaat het in dit kort geding om de vraag of NS als goed werkgever handelt door in de aan deze werknemers aan te bieden vaststellingsovereenkomsten een finale kwijtingsbeding op te nemen, zonder dat daarin een voorbehoud is gemaakt voor het geval in de bedoelde bodemprocedure wordt beslist dat de uitleg die NS aan die cao-bepalingen geeft onjuist is. Anders dan het geval was in de kort gedingen die twee individuele werknemers recent tegen hun NS-werkgever (NS Reizigers B.V.) hebben gevoerd (die zijn uitgemond in vonnissen van 1 september 2021), hebben (de 'collectieve') partijen in het onderhavige kort geding, FNV en VVMC en NS, uitdrukkelijk geen voorlopig oordeel gevraagd over hun inhoudelijke uitleggenschil. De voorzieningenrechter zal daarom niet vooruitlopen op het mogelijke oordeel van de bodemrechter, óók niet (anders dan NS heeft betoogd) door bij een belangenafweging in dit kort geding de kansen over en weer in de bodemprocedure te willen inschatten.

4.2. De vakbonden vorderen in dit kort geding een spoedvoorziening die er, wat hen betreft, toe moet leiden dat - kort gezegd - nog te sluiten vaststellingsovereenkomsten niet in de weg staan aan het invoeren van de rechten uit de NS-cao door de betrokken werknemers (of de bonden voor hen). NS heeft er in dit verband op gewezen dat FNV en VVMC in dit kort geding de verkeerde juridische entiteit hebben gedagvaard, nu NS zelf geen partij bij de NS-cao is, maar deze aan werkgeverszijde is gesloten door de verschillende vennootschappen van de NS-groep bij wie de betrokken werknemers in dienst zijn en die ook de vaststellingsovereenkomsten met hen aangaan. Omdat NS om proceseconomische redenen op dit formele punt nadrukkelijk geen verweer heeft willen voeren, laat de voorzieningenrechter dit aspect rusten. De door NS gekozen processuele opstelling moet aldus worden begrepen dat NS ervoor zorg zal dragen dat de andere NS-werkgevers een mogelijk voor hen nadelig vonnis in dit kort geding tegen zich zullen laten gelden.

4.3. NS heeft betwist dat FNV en VVMC een spoedeisend belang bij hun vordering hebben, omdat de betrokken werknemers (vanwege de afgegeven werkgelegenheidsgarantie) tot 1 januari 2025 in dienst kunnen blijven en tevens omdat zij de mogelijkheid hebben om de arbeidsovereenkomst zelf op te zeggen, in welk geval geen vaststellingsovereenkomst tot stand komt en van finale kwijting dus geen sprake is. De voorzieningenrechter verwerpt dit verweer. NS ziet eraan voorbij dat de individuele werknemers geen partij zijn in dit kort geding (ook daarin verschilt dit kort geding van de procedures die tot de genoemde vonnissen van 1 september 2021 hebben geleid). De vakbonden hebben een eigen belang bij en een zelfstandig recht op nakoming van de verplichtingen die de werkgever bij cao op zich heeft genomen. Niet betwist is dat op korte termijn - en totdat in de bodemprocedure zal zijn beslist nog veel - 'pre-mobiele' werknemers gebruik zullen willen maken van de vrijwillige vertrekregeling in het sociaal plan. Daarmee is het spoedeisend belang van FNV en VVMC bij hun inzet van dit geding, te weten om te voorkómen dat die werknemers te zijner tijd (bij een voor hen gunstige uitkomst van de bodemprocedure) het finale kwijtingsbeding tegengeworpen zullen krijgen, gegeven.

4.4. De voorzieningenrechter komt toe aan de inhoudelijke beoordeling van de vordering van de bonden. Daarbij wordt vooropgesteld dat niet het 'stappenplan' kan worden gevolgd zoals NS dat ter zitting heeft geschetst. NS heeft ten onrechte bepleit dat als eenmaal - in 'stap 1' - is vastgesteld dat er 'geen wettelijke of contractuele verplichting' bestaat om in het finale kwijtingsbeding in de vaststellingsovereenkomsten een voorbehoud op te nemen, de toets in 'stap 2' aan onder meer het goed werkgeverschap - vervolgens in die zin een 'zware' is dat van strijd met artikel 7:611 BW pas sprake kan zijn bij evidente onbillijkheid aan werkgeverszijde. NS miskent daarbij dat beide stappen samenvallen, nu partijen bij de arbeidsovereenkomst verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. De contractsvrijheid wordt derhalve - en dat is in het arbeidsrecht geen zeldzaamheid - onder omstandigheden ingeperkt door de eisen die aan goed werkgeverschap mogen worden gesteld. Bij de toetsing aan die norm is geen plaats voor een terughoudendheid zoals NS die voorstaat. Artikel 7:611 BW is voor het arbeidsovereenkomstenrecht de verwoording van wat ook reeds in het eerste lid van de artikelen 6:2 en 6:248 BW is geregeld, te weten dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Daaruit volgt dat de partijen bij de arbeidsovereenkomst binnen redelijke grenzen rekening hebben te houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander. Hetzelfde geldt voor partijen bij een cao. Waar die grens in voorkomende gevallen ligt, hangt af van de (rechterlijke) waardering van de omstandigheden van het geval.

4.5. NS heeft betoogd dat van de NS-werkgevers niet kan worden gevergd dat zij in het finale kwijtingsbeding een voorbehoud opnemen, omdat zij daarmee hun werknemers in toekomstige gevallen anders, en wel gunstiger, zou moeten behandelen dan zij bij de eerdere toepassing van de vrijwillige vertrekregeling heeft gedaan. De voorzieningenrechter volgt haar hierin niet. Op NS-werkgevers rust de wettelijke verplichting tot naleving van de voor hen geldende cao. Elk beding in een individuele overeenkomst met een gebonden werknemer dat in strijd is met die cao is ingevolge artikel 12 Wet cao nietig. Op grond van artikel 14 Wet cao is de gebonden werkgever jegens de andere cao-partijen voorts gehouden de cao na te leven jegens on- of anders georganiseerde werknemers. Dát is de wettelijke gelijke behandelingsnorm die hier werkelijk in het geding is. Indien de NS van die gelijke behandeling werk wil maken, ligt het voor de hand om zich ertoe te verplichten om het sociaal plan te zijner tijd met terugwerkende kracht op alle vertrokken ‘pre-mobiele’ werknemers toe te passen overeenkomstig het onherroepelijke oordeel in de aanhangige bodemprocedure, indien dat oordeel op een of meerdere punten afwijkt van de lijn die NS tot nog toe gehanteerd heeft en nog steeds hanteert. Elke andere handelwijze leidt immers tot een cesuur ergens in de tijd, aan weerszijden waarvan de betrokken werknemers mogelijk ongelijk worden behandeld. Die cesuur ligt anders immers op het tijdstip van een dergelijke onherroepelijke uitspraak.

4.6. De kern van het standpunt van NS houdt in dat het haar vrij staat, en vrij moet blijven staan, om in vaststellingsovereenkomsten die worden gesloten met werknemers die in de pre-mobiliteitsfase van een reorganisatie vrijwillig willen vertrekken een finale kwijtingsbeding op te nemen, zoals zij die al jaren standaard gebruikt. Zij stelt er een gerechtvaardigd belang bij te hebben dat daarmee ‘de kous af’ is, in die zin dat toekomstige discussies en procedures over onder meer de hoogte van de ontslaguitkering daardoor worden voorkómen. De voorzieningenrechter heeft zich ambtshalve de vraag gesteld of NS-werkgevers dit inderdaad bereiken door algehele finale kwijting te bedingen. Is inderdaad na ondertekening van een dergelijke vaststellingsovereenkomst ‘de kous af’? Die vraag is ook ter zitting aan partijen voorgelegd, onder verwijzing naar het ‘Blue Taxi’-arrest van de Hoge Raad van 6 januari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:19), doch zij hebben zich daarover slechts summierlijk kunnen of willen uitlaten. Aan de hand van dit arrest zou kunnen worden betoogd dat (ook) de vaststellingsovereenkomsten waar het in dit kort geding om gaat moeten worden beschouwd als dienende ‘ter voorkoming van onzekerheid of geschil’ omtrent hetgeen tussen de betreffende werknemer en werkgever geldt, en niet ‘ter beëindiging van onzekerheid of geschil’, zodat daarin ingevolge artikel 7:902 BW niet mag worden afgeweken van dwingend recht. Dat zou betekenen dat het finale kwijtingsbeding, voor zover dat zich mede zou uitstrekken tot rechten die de werknemer heeft op grond van het sociaal plan, zoals die zouden kunnen volgen uit een onherroepelijk oordeel van de bodemrechter, en voor zover die hem in de vaststellingsovereenkomst niet zijn toegekend, nietig is. Om bij de kwestie van de 50+-regeling in het kader van de bepaling van de ontslaguitkering (in de zin van artikel 4 onder a. sub v. van hoofdstuk 11 van de NS-cao) te blijven: dit betoog zou erin resulteren dat de (oudere) werknemer, óók als hij/zij de vaststellingsovereenkomst heeft ondertekend, recht behoudt op een beduidend hogere beëindigingsvergoeding dan de in de vaststellingsovereenkomst genoemde.

4.7. De voorzieningenrechter zal de beantwoording van de bedoelde vraag hier in het midden laten, nu partijen in dit kort geding blijkbaar uitgaan van een bestaand geschil in de zin van artikel 7:902 BW. Hetzelfde geldt voor de vraag of werknemers mogelijk op andere gronden (zoals strijd met de openbare orde of nietigheid in de zin van artikel 3:40 BW, waarop de Hoge Raad in het ‘Blue Taxi’-arrest ook heeft gewezen) zouden kunnen proberen

om de geldigheid van het finale kwijtingsbeding in hun vaststellingsovereenkomst te gelegener tijd in rechte aan te tasten. In dit kort geding komt het immers aan op de vraag of NS-werkgevers, handelend als goed werkgever, redelijkerwijs hun werknemers die van de vrijwillige vertrekregeling in de NS-cao gebruik willen maken in de positie mogen brengen dat zij, ingeval de bodemrechter in het voordeel van de vakbonden heeft beslist, zich tot de rechter moeten wenden om te proberen te bereiken dat hun werkgever alsnog de rechten uit hoofde van het sociaal plan (zoals die op een hogere ontslaguitkering dan die al is betaald) toekent en aldus de NS-cao in zoverre alsnog correct nakomt. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag ontkennend. Van een goed werkgever mag onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs worden verlangd dat hij zijn werknemers een individuele gang naar de rechter bespaart indien in het ‘collectieve’ geschil met de vakbonden onherroepelijk is beslist dat de uitleg die de werkgever eerder ten nadele van de werknemer aan de cao heeft gegeven (geheel of ten dele) onjuist is. NS heeft aangevoerd dat zij bij een toekomstig geschil over de uitleg van de cao of het sociaal plan vreest voor precedentwerking. Voor die vrees bestaat echter geen grond, omdat het in een voorkomend nieuw geval wederom de rechter zal moeten zijn die NS-werkgevers (al dan niet) verbiedt om vooruit te lopen op hun mogelijke gelijk in een bodemprocedure met vakbonden over die uitleg. Dat een veroordeling als die welke FNV en VVMC in dit kort geding vorderen tot een onwerkbaar situatie zou leiden, is niet aannemelijk, nu met een eenvoudige aanpassing van de gehanteerde standaard tekst kan worden volstaan en niet gesteld of gebleken is dat een eventuele herberekening van de ontslaguitkering problematisch is.

4.8. Aan het voorgaande doet, anders dan NS heeft betoogd, niet af dat werknemers die door een reorganisatie worden getroffen in de pre-mobiliteitsfase niet verplicht zijn om een vaststellingsovereenkomst met een algehele finale kwijting te sluiten, maar er in plaats daarvan voor kunnen kiezen om in dienst te blijven of om zelf hun arbeidsovereenkomst op te zeggen. Bij dat eerste ziet NS eraan voorbij dat het doel van de pre-mobiliteitsfase is om gedwongen ontslagen te voorkómen en dat het sociaal plan nu eenmaal aan ‘pre-mobiele’ werknemers het recht geeft om hun dienstverband op te geven ten gunste van collega’s die graag willen blijven maar bij gebreke van onvoldoende vrijwillige vertrekkers met gedwongen ontslag te maken zouden krijgen. Het sociaal plan bepaalt daarvoor de prijs (in de vorm van een verdrievoudiging van de transitievergoeding) die de werkgever verschuldigd is. Daarvoor hoeft de werknemer die zijn plaats wil opgeven niet, zoals NS het ter zitting uitdrukte, iets ‘terug’ te doen. Het is een bij de cao toegekend recht van de werknemer om in de pre-mobiliteitsfase, tegen de in het sociaal plan omschreven beëindigingsvergoeding, door een vrijwillig vertrek bij te dragen aan een zo pijnloos mogelijke reductie van de personeelsbezetting. De NS-werkgevers moeten dat sociaal plan op juridisch juiste wijze naleven en dat houdt in dat niet aanvaardbaar is de mogelijk nadelige uitkomst van de bodemprocedure weg te contracteren, eens te meer waar ter zitting is erkend dat niet ondenkbaar is dat een deel van de betrokken werknemers niet eens op de hoogte is van het lopende geschil tussen de bonden en NS.

Wat het tweede punt (de mogelijkheid zelf op te zeggen) betreft: dat een vrijwillig vertrek in de gegeven situatie - niet alleen bij NS, maar ook elders - pleegt te worden gerealiseerd door middel van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst ‘met wederzijds goedvinden’, en niet middels een opzegging door werknemer, vormt reeds een duidelijke aanwijzing dat van werknemers in die situatie redelijkerwijs niet mag worden verlangd dat zij de arbeidsovereenkomst zelf opzeggen. Daarmee nemen zij immers zelf het initiatief tot beëindiging van hun dienstverband. Mede gezien de werkgelegenheidsgarantie tot 1 januari 2025 is op voorhand ook niet uit te sluiten dat het UWV zich hieromtrent bij de beoordeling van de onvrijwilligheid van de werkloosheid kritisch zal opstellen en dat daarover mogelijk

geprocedeerd moet worden. In zo'n situatie mag een werkgever, als goed werkgever, zijn werknemers redelijkerwijs niet brengen.

4.9. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vordering van FNV en VVMC om NS te veroordelen een zeker voorbehoud in het finale kwijtingsbeding op te nemen toewijsbaar is. Terecht heeft NS evenwel aangevoerd dat het petitum, gezien de omvang van het geschil in de bodemprocedure, te ruim geformuleerd is omdat dit het door de vakbonden verlangde voorbehoud bij de finale kwijting ook doet uitstrekken tot cao-bepalingen waarover in de tussen partijen aanhangige bodemprocedure geen uitleggenschil is voorgelegd. De voorzieningenrechter zal dan ook het dictum (zie hierna, onder 5.1.) toesnijden op het geschil dat aan de bodemrechter is voorgelegd.

4.10. FNV en VVMC hebben gevorderd dat aan de veroordeling in dit kort geding een dwangsom wordt verbonden van € 100,-- 'per dag per medewerker'. Kennelijk verlangen de bonden dat de dwangsom begint te lopen zodra een NS-werkgever aan een door een reorganisatie getroffen werknemer in de pre-mobiliteitsfase een vaststellingsovereenkomst aanbiedt zonder dat daarin het voorbehoud bij de finale kwijting is opgenomen dat daarin ingevolge de veroordeling in dit vonnis moet zijn opgenomen, en loopt de opbouw van de dwangsom door totdat de tussen partijen aanhangige bodemprocedure (door een onherroepelijke rechterlijke uitspraak of een schikking) is geëindigd. Een dergelijke 'doorlopende' dwangsom laat zich echter moeilijk rijmen met (de strekking van) de veroordeling in dit kort geding. Wat de bonden willen bereiken is immers dat NS-werkgevers telkens in de aan te bieden vaststellingsovereenkomsten het voorbehoud opnemen. Een dwangsom is dan verschuldigd doordat een vaststellingsovereenkomst wordt aangeboden zonder dat voorbehoud. NS heeft weliswaar verweer gevoerd tegen het vaststellen van een dwangsom, maar zij heeft niet toegezegd het ertoe te leiden dat de NS-werkgevers het gewenste voorbehoud zullen opnemen. Dit rechtvaardigt de verbeurte van een dwangsom die NS-werkgevers ertoe zal kunnen bewegen dat voorbehoud te doen opnemen in elke vaststellingsovereenkomst die aan een werknemer wordt aangeboden. De bonden rekenen erop dat het nog geruime tijd, zo'n anderhalf jaar menen zij, zal duren voordat in de bodemprocedure onherroepelijk zal zijn beslist. Dat zou een totale dwangsom opleveren van ongeveer € 50.000,-- per werknemer. Uit de vonnissen van 1 september 2021 blijkt dat het belang van de beide werknemers in de eerdere kort gedingen bij een hogere ontsluitkering ongeveer datzelfde bedrag respectievelijk ongeveer de helft ervan bedroeg. Uitgaande van een gemiddeld financieel belang van de werknemers acht de voorzieningenrechter passend de onder 5.2 op te nemen dwangsom te bepalen op € 35.000,-- per werknemer, te verbeuren aan FNV en VVMC tezamen (dus niet dubbel).

4.11. NS heeft erop aangedrongen om een veroordelend vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, omdat zij mogelijk daarvan in hoger beroep zal willen komen. Het strookt echter niet met de aard van een kort geding vonnis als dit om de werking ervan op te schorten indien daartegen een rechtsmiddel wordt ingesteld. Het vonnis zal daarom uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

4.12. NS wordt, als de in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de proceskosten. Deze worden tot dit vonnis aan de zijde van FNV en VVMC begroot op € 1.140,79, bestaande uit € 124,79 aan exploitkosten en - gezien de gelijkkluidendheid van hun standpunten - € 1.016,-- aan advocaatsalaris. De gevorderde nakosten worden toegewezen, zoals hierna (onder 5.4.) omschreven.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

geeft de volgende onmiddellijke voorziening:

5.1. veroordeelt NS om, binnen 24 uur na betekening van dit vonnis en totdat in de tussen partijen aanhangige bodemprocedure over hun geschil omtrent de uitleg van de NS-cao onherroepelijk zal zijn beslist of aan die procedure anderszins een definitief einde is gekomen, in de vaststellingsovereenkomsten die NS-werkgevers zullen aanbieden aan werknemers die worden getroffen door een reorganisatie in de zin van het sociaal plan in (hoofdstuk 11 van) de NS-cao en die in hun pre-mobiliteitsfase van de vrijwillige vertrekregeling in dat sociaal plan gebruik willen maken, het voorbehoud op te doen nemen dat het finale kwijtingsbeding dat van die vaststellingsovereenkomsten deel uitmaakt geen betrekking heeft op rechten of aanspraken van die werknemers op grond van het bepaalde in artikel 26 lid 6 van hoofdstuk 10 van de NS-cao en in artikel 4 onder a. sub v. en artikel 4 onder c. sub ii. van hoofdstuk 11 van de NS-cao;

5.2. versterkt de veroordeling onder 5.1. van dit vonnis met een dwangsom, zodanig dat dat NS aan FNV en VVMC een dwangsom verschuldigd is van € 35.000,-- voor elk geval waarin een NS-werkgever aan een werknemer als onder 5.1. van dit vonnis bedoeld een vaststellingsovereenkomst aanbiedt zonder dat daarin het in die veroordeling omschreven voorbehoud is opgenomen, en veroordeelt NS tot betaling van die dwangsom;

5.3. veroordeelt NS tot betaling van de proceskosten aan de zijde van FNV en VVMC, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.140,79, waarin begrepen € 1.016,-- aan advocaatsalaris;

5.4. veroordeelt NS, onder de voorwaarde dat zij na aanschrijving door FNV of VVMC niet volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163,-- aan advocaatsalaris, te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met € 85,-- aan exploitkosten van betekening van het vonnis;

5.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.R. Creutzberg, voorzieningenrechter, en is in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 3 december 2021.