

RECHTSPRAAK

## X/Stichting RNA Groningen

***De door een advocaat ingeschakelde deurwaarder heeft verzuimd hoger beroep in te stellen. Maatstaf bij vaststelling van de schade is dat in beginsel moet worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans het te dier zake toewijsbare bedrag moet worden geschat aan de hand van de kansen die appellant in hoger beroep zou hebben gehad.***

### *Feiten*

X is in 2003 krachtens schriftelijk vastgelegde arbeidsovereenkomst in de functie van nachtportier in dienst getreden bij Accor, destijds handelende onder de naam Motel Maatschappij Holland N.V. (Mercure). Ingevolge artikel 6 van de arbeidsovereenkomst is X ingedeeld in functiegroep 4. X heeft nadien een gerechtelijke procedure tegen Accor aanhangig gemaakt bij de kantonrechter van deze rechtbank. X heeft mr. Bakker opdracht gegeven om hoger beroep in te stellen tegen voormeld vonnis. De dagvaarding in hoger beroep is als gevolg van een fout van de door mr. Bakker ingeschakelde deurwaarder niet aangebracht. X heeft in eerste aanleg samengevat gevorderd RNA te veroordelen om aan X ten titel van schade te betalen een bedrag van € 79.536,26. De rechtbank heeft bij vonnis van 6 augustus 2014 de vorderingen van X afgewezen.

### *Oordeel*

Bij de beoordeling van de grieven 2 tot en met 15 stelt het hof voorop dat voor het antwoord op de vraag of de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen, in beginsel moet worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die appellant in hoger beroep zou hebben gehad. In de onderhavige zaak dient derhalve te worden beoordeeld of de gemiddelde arbeidsomvang in hoger beroep op een hoger gemiddelde zou zijn vastgesteld, alsmede of in hoger beroep de vordering tot wijziging van de functie-indeling alsnog zou zijn toegewezen.

### *De gemiddelde arbeidsomvang*

X heeft zich op het standpunt gesteld dat de kantonrechter ten onrechte de periode februari tot en met april 2007 tot referteperiode heeft genomen bij de berekening van de gemiddelde arbeidsomvang. Het verweer van RNA leidt tot de conclusie dat X in de referteperiode juli,

augustus en september 2006 aanzienlijk meer heeft gewerkt dan in andere kwartalen, zodat van een structureel karakter van de door X gestelde arbeidsomvang geen sprake is. Met RNA is het hof derhalve van oordeel dat de door X aangewezen referteperiode niet als representatief kan worden aangemerkt. Het betoog van X in grief 9, inhoudende dat de referteperiode februari tot en met april 2007 niet representatief is omdat RNA hem ten gevolge van zijn beroep op artikel 7:610b BW in die periode bewust minder heeft laten werken, vindt geen steun in het onderhavige procesdossier. Het voorgaande leidt ertoe dat het hof aannemelijk acht dat het vonnis van de kantonrechter ten aanzien van de gemiddelde arbeidsomvang, in stand zou zijn gebleven. Dit betekent dat de grieven 2 tot en met 9 falen.

#### *De functie-indeling*

In hoger beroep zou vervolgens de vraag voorliggen of X het salaris behorende bij functiegroep 5 had behoren te ontvangen. Het meest verstrekkend verweer dat RNA heeft gevoerd bestaat uit het beroep op artikel 6:89 BW en artikel 6:248 BW. X heeft zich in grief 10 daarbij ten eerste op het standpunt gesteld dat in hoger beroep, ware dit tijdig ingesteld, zou zijn geoordeeld dat op Accor een verzwaarde stelplicht rust. Het hof overweegt dat van een situatie waarin de werkgever de werknemer in strijd met de cao niet heeft ingeschaald en waartegen de werknemer zo nodig de in de cao nader omschreven bezwaarprocedure kan instellen, in de onderhavige zaak geen sprake is. Het hof ziet hier ook geen andere grond voor een verzwaarde stelplicht. Ten aanzien van de functie-indeling geldt het volgende. Gelet op de omschrijving van het handboek referentiefuncties bestaat het verschil tussen de functie van nachtportier en de functie van nachtreceptionist voornamelijk uit de omstandigheid dat het verzorgen van de nacht-audit-werkzaamheden tot de belangrijkste verantwoordelijkheden en taken van de nachtreceptionist behoren, terwijl de desbetreffende werkzaamheden in de opsomming van belangrijkste taken en verantwoordelijkheden van een nachtportier ontbreken. RNA heeft ter zitting in eerste aanleg verklaard dat de nacht-audit-werkzaamheden bij het hotel waarbij X werkzaam was, gemiddeld één uur per nacht besloegen. Hoewel met RNA aannemelijk wordt geacht dat deze werkzaamheden niet de hoofdverantwoordelijkheid/taak van X vormden, wordt RNA niet gevolgd in haar conclusie dat enkel om die reden een inschaling in groep 5 niet aan de orde kan zijn. De richtlijnen uit het handboek referentiefuncties bepalen immers dat het hebben van meer verantwoordelijkheden ook kan bestaan uit bijvoorbeeld het 'tevens' verrichten van de nacht-audit-taken. Het voorgaande in aanmerking nemende acht het hof in redelijkheid de kans aanwezig dat in hoger beroep, ware dit ingesteld, zou zijn geoordeeld dat X aanspraak had kunnen maken op inschaling in functiegroep 5. Anderzijds is het zeer wel denkbaar dat het vonnis van de kantonrechter zou zijn bekrachtigd. De redenering van de kantonrechter is immers ook goed verdedigbaar. Het voorgaande in aanmerking genomen schat het hof de kans op een vernietiging van het vonnis van de kantonrechter en uiteindelijk toewijzing van de vordering van X op 50%-50%. Het hof zal daarom de vordering van X ten aanzien van de functie-indeling voor 50% toewijzen.

#### *Niet besproken verweren en verjaring van loonvordering*

Gelet op het slagen van de grieven 11 tot en met 15 en de devolutieve werking van het hoger

beroep komen thans ook de in eerste aanleg gevoerde en in het voorgaande nog niet besproken verweren aan de orde. Bij conclusie van antwoord en ter comparitie van partijen heeft RNA een beroep op verjaring gedaan. Op de onderhavige loonvordering is ingevolge artikel 3:308 BW een verjaringstermijn van vijf jaar van toepassing. Echter, nu de stelling van X dat door de sommatiebrief van 30 juni 2008 de verjaring is gestuit door RNA onweersproken is gelaten, zal het hof van de juistheid van deze stelling uitgaan. Dit leidt ertoe dat de vordering van X voor zover deze ziet op de periode gelegen vóór 30 juni 2003 niet toewijsbaar is. Het hof verwijst de zaak en houdt verder iedere beslissing aan.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 14-03-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:2200

**Zaaknummer:** 200.162.517/01

**Rechters:** H. de Hek, A. van Hees en J.N. Bartels

**Advocaten:** P.A. Schmidt en J.V. van Ophem

**Wetsartikelen:** 3:308 BW, 6:89 BW, 6:248 BW, 7:610b BW en 7:625 BW