

RECHTSPRAAK

## werknemer/NS Reizigers B.V.

***Werkgever is onregelmatigheidstoelage (ORT) niet alleen over wettelijk minimum vakantiedagen, maar ook over bovenwettelijk verlof verschuldigd. Ook dan is sprake van een recuperatiefunctie. Afwijkende afspraken bij cao dan wel bij vaststellingsovereenkomst doen daaraan niets af.***

### *Feiten*

Werknemer is op 17 maart 1980 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) NS Reizigers B.V. (hierna: NSR). Hij is werkzaam als machinist. Werknemer heeft op grond van zijn arbeidsovereenkomst recht op wettelijke vakantiedagen (in de van toepassing zijnde cao aangeduid als 'verlofuren') en bovenwettelijke 'vrije uren'. In 2016 is tussen NSR en de vakbonden een geschil gerezen over de vraag of toeslag voor werken op onregelmatige tijden (ORT) ook tijdens het opnemen van vakantie moet worden uitbetaald. Ter beslechting van dit geschil hebben NSR en de vakbonden in oktober 2016 een schikking getroffen. In die schikking is – kort gezegd – opgenomen dat werknemers die recht hebben op ORT ook betaling van die ORT ontvangen tijdens het opnemen van de wettelijke minimumvakantiedagen. In de vaststellingsovereenkomst is opgenomen dat die toeslag niet verschuldigd is over bovenwettelijk verlof. Werknemer vordert thans een verklaring voor recht dat de gesloten vaststellingsovereenkomst tussen NSR en de vakbonden in strijd is met dwingend recht (art. 7:639 en 7:645 BW) voor zover hierin is bepaald dat er geen recht bestaat op ORT over de bovenwettelijke vakantiedagen.

### *Oordeel*

*Kunnen 'vrije uren' in de zin van de cao worden beschouwd als vakantiedagen?*

NSR heeft als verweer gevoerd dat de op basis van de cao aan haar werknemers toegekende vrije uren niet kwalificeren als vakantiedagen in de zin van artikel 7:634 BW. Zij stelt hiertoe dat bij bovenwettelijke vrije uren, in tegenstelling tot bij wettelijke vakantiedagen, geen sprake is van een zuivere recuperatiefunctie. De kantonrechter volgt NSR niet in deze stelling. NSR miskent met haar stelling dat de wetgever met de formulering 'ten minste' in artikel 7:634 lid 1 BW tot uitdrukking heeft gebracht dat ook boven het wettelijk minimum vakantiedagen kunnen worden overeengekomen. Als dus al moet worden aangenomen dat slechts van vakantie gesproken kan worden als het verlof een 'herstelfunctie' heeft, kunnen werkgevers en werknemers dus afspreken dat een werknemer meer vakantiedagen krijgt om te 'herstellen'.

Zoals een minimale hoeveelheid voeding voor mens en dier noodzakelijk is om te overleven, ontnemt het enkele feit dat er meer voeding beschikbaar is daaraan nog niet het voedingskarakter. De verder door NSR gemaakte vergelijking met levensfasebudget-uren in de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2017:3563) gaat niet op. Het levensfasebudget is omschreven als een verlof met een specifiek doel, namelijk het bevorderen van de duurzame inzetbaarheid van de werknemer. Aan de hier toegekende vrije uren is in de cao geen specifiek doel gegeven. De bovenwettelijke vrije uren kunnen derhalve gelijk gesteld worden aan vakantiedagen in de zin van artikel 7:634 BW. Over opgenomen vrije uren moet in beginsel ook ORT worden uitbetaald.

*Mag NSR bij cao/vaststellingsovereenkomst afwijkende afspraken maken?*

Partijen kunnen binnen de grenzen van de wet afwijkende afspraken maken ten nadele van de werknemer, maar dit is ingevolge artikel 7:645 BW slechts mogelijk voor zover de desbetreffende bepaling dat expliciet toestaat. Artikel 7:639 BW biedt die mogelijkheid niet. Dit betekent dat als partijen bovenwettelijke vakantiedagen zijn overeengekomen, het niet mogelijk is om (bij cao) af te spreken dat bepaalde loonbestanddelen zijn uitgesloten van het vakantieloon over die extra dagen. De schikking heeft naast het karakter van cao het karakter van een vaststellingsovereenkomst. De kantonrechter oordeelt dat die vaststellingsovereenkomst hoogstens kan leiden tot de conclusie dat de nieuwe afspraken onderdeel uitmaken van de cao (of zelf een nieuwe cao vormen), maar een cao kan geen afbreuk doen aan artikel 7:639 BW. NSR is op grond van al het bovenstaande dan ook ORT verschuldigd over de aan werknemer toegekende vrije uren.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 22-05-2019

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2019:2324

**Zaaknummer:** 6866240 UC EXPL 18-4999

**Rechters:** M.J. Slootweg

**Advocaten:** B.M. van Kerkvoorden en R.A.A. Duk

**Wetsartikelen:** 7:634 BW, 7:639 BW, 7:645 BW en 7:900 BW