

RECHTSPRAAK

Toewijzing vordering tot betaling ORT over bovenwettelijke verlofuren nu deze aan te merken zijn als vakantieaanspraken in de zin van artikel 7:634 BW en in de cao geen onderscheid wordt gemaakt tussen de wettelijke verlofuren en de bovenwettelijke vrije uren.*Feiten*

Werknemer is vanaf 1 december 1997 in dienst bij NS. Op zijn arbeidsovereenkomst is de cao NS van toepassing. Werknemer heeft op grond van de cao recht op wettelijke vakantiedagen (verlofuren) en vrije uren. Het gaat in deze zaak om de vraag of werknemer recht heeft op uitbetaling van onregelmatigheidstoeslag (ORT) over zijn opgenomen vrije uren. Op 28 oktober 2016 is tussen de NS en de vakbonden een vaststellingsovereenkomst gesloten, die is aangemeld als cao (vso-cao). Daarin is – kort gezegd – bepaald dat werknemers op wie de cao van toepassing is recht hebben op betaling van de ORT over de opgenomen wettelijke vakantiedagen vanaf 1 januari 2017 en dat een nabetaling daarvan plaatsvindt voor de periode 1 januari 2012 tot 1 januari 2017. Werknemer vindt dat de ORT niet alleen over de wettelijke verlofuren, maar ook over de bovenwettelijke vrije uren uitbetaald moet worden. NS is daartoe niet bereid. De kantonrechter heeft de vordering die werknemer hierover heeft ingesteld toegewezen. NS is het daar niet mee eens.

Oordeel

Het hof oordeelt allereerst dat vrije uren vakantieaanspraken zijn in de zin van artikel 7:634 BW. In de cao zijn de wettelijke verlofuren en de bovenwettelijke vrije uren beide opgenomen onder het kopje Verlof. Daarin wordt (bijvoorbeeld ten aanzien van het opnemen en afboeken) geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende vormen van verlof. In de uitvoering is dat onderscheid er ook niet: aan de werknemers wordt per jaar een bepaald aantal verlofuren toegekend en in het administratieve computersysteem is voor hen de onderverdeling tussen wettelijke verlofuren en vrije uren ook niet zichtbaar. Dat werknemers deze vrije uren ook kunnen inzetten voor het Keuzeplan doet hier niet aan af. Vervolgens concludeert het hof dat de ORT afgerekend moet worden over de vrije uren. In Nederland geldt sinds 1990 voor het loon dat tijdens vakantie moet worden doorbetaald een ruim loonbegrip: het gaat om het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon. Uit de wetsgeschiedenis leidt het hof af dat het een bewuste keuze van de wetgever is geweest om de wettelijke vakantieregeling integraal van toepassing te laten zijn op bovenwettelijke vakantieaanspraken en om voor bovenwettelijke vakantieaanspraken enkele, limitatief in de wet omschreven, bijzondere bepalingen op te nemen. In artikel 7:639 BW is geen bijzondere

regeling voor bovenwettelijke vakantieafspraken getroffen. Daarom geeft de wetsgeschiedenis, anders dan NS stelt, onvoldoende aanknopingspunten om bij de toepassing van dat artikel niettemin voor die bovenwettelijke vakantieaanspraken een ander, minder ruim loonbegrip te hanteren. De vso-cao staat aan toewijzing van de vordering eveneens niet in de weg. Daarnaast vindt NS dat de berekening van de gevorderde bedragen ten onrechte is gebaseerd op de vergoeding Derving secundaire arbeidsvoorwaarden (DS) van artikel 81 cao. Het hof verwerpt dit verweer van NS. De DS-vergoeding is geregeld in artikel 81 van de cao. Daarin staat dat de werknemer recht heeft op de DS-vergoeding als hij zijn (eigen) werk niet kan doen door bepaalde omstandigheden. In artikel 81 lid 2 onder h is wettelijk verlof als een van die omstandigheden opgenomen. Daarmee moeten de bovenwettelijke vrije uren worden gelijkgesteld, gelet op wat hiervoor over het karakter daarvan is beslist. Weliswaar staan de vrije uren niet opgenomen in artikel 81 lid 2, maar de cao kent (ten onrechte, zo is hiervoor beslist) geen ORT over die vrije uren toe. Omdat er voor het loonbegrip van artikel 7:639 BW geen onderscheid gemaakt dient te worden tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantieaanspraken, kan werknemer voor de berekening van de vergoeding over de vrije uren aansluiting zoeken bij de regeling van het wettelijk verlof.

Wijziging van eis: CO artikel 110 cao ook verschuldigd

Werknemer heeft in hoger beroep zijn eis gewijzigd en vordert een verklaring voor recht dat NS gehouden is om de Compensatie Onregelmatigheid (CO) van artikel 110 van de cao over de wettelijke en bovenwettelijke uren vanaf mei 2012 te betalen. Hij voert aan dat deze vergoeding naast de DS-vergoeding verschuldigd is en dat die vergoeding ten onrechte niet is opgenomen in artikel 81 cao. Het gaat om een vergoeding in geld voor onregelmatige diensten en ook deze vergoeding valt volgens werknemer onder het ruime loonbegrip. NS stelt daarnaast dat de CO een vergoeding in tijd is. Deze aanspraak in tijd komt niet in aanmerking voor vergoeding tijdens (wettelijke of bovenwettelijke) vakantie. Dit laatste is op zichzelf juist. Voor de categorie van rijdend personeel, waartoe werknemer behoort, bepaalt de cao echter in artikel 30 van bijlage 3 (in het Keuzeplan) ook dat de CO in tijd of geld genoten kan worden en dat de werknemer de opgebouwde CO in geld ontvangt als er geen keuze wordt gemaakt. Die laatste bepaling brengt mee dat voor werknemer, anders dan voor andere categorieën werknemers, de CO, in afwijking van wat er in artikel 110 cao is bepaald, in beginsel een uitkering in geld is geworden. Dit brengt mee dat de CO valt onder het overeengekomen loon dat over de wettelijke en bovenwettelijke vakantieaanspraken verschuldigd is. Het hof zal de verklaring voor recht toewijzen. Het hof bekrachtigt de vonnissen van de kantonrechter en verklaart voor recht dat NS gehouden is om de Compensatie Onregelmatigheid van artikel 110 cao over de wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen aan werknemer te betalen vanaf mei 2012 en veroordeelt NS tot afdracht c.q. nabetaling van de pensioenpremie daarover.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8884

Zaaknummer: 200.265.401

Rechters: A.E.F. Hillen, K. Mans en G.A. Diebels

Advocaten: S.F. Sagel en M. van der Chijs

Wetsartikelen: 7:634 BW en 7:639 BW