

RECHTSPRAAK

‘Vrije uren’ zijn ‘vakantie’ in de zin van artikel 7:634 BW. Werknemer kan aanspraak maken op ORT over de vrije uren.*Feiten*

Werknemer is vanaf 17 maart 1980 in dienst bij NS als machinist. Op zijn arbeidsovereenkomst is de collectieve arbeidsovereenkomst NS (de cao) 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 onregelmatigheidstoelage (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, heel kort gezegd, onder andere bepaald dat werknemers recht hebben op betaling van de ORT over de opgenomen wettelijke vakantiedagen vanaf 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 vorderingen van werknemer toegewezen. NS is het daar niet mee eens en is in hoger beroep gekomen tegen het vonnis.

Oordeel

Het hof is het eens met het oordeel van de kantonrechter en legt dit uit.

Vrije uren zijn vakantie in de zin van artikel 7:634 BW

Het begrip vakantie is niet gedefinieerd in de wet. Uit de rechtspraak volgt dat sprake is van vakantie zodra een werknemer met behoud van loon is ontheven van zijn verplichting om te werken om hem in staat te stellen enerzijds uit te rusten van de uitvoering van zijn werk en anderzijds te beschikken over een periode van ontspanning en vrije tijd. In de cao zijn de wettelijke verlofuren en de bovenwettelijke vrije uren beide opgenomen onder het kopje Verlof. Daarin wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende vormen van verlof. In de uitvoering is dat onderscheid er ook niet. Het hof oordeelt dus dat vrije uren vakantieaanspraken zijn in de zin van artikel 7:634 BW. Voor dit oordeel maakt het niet uit of en voor welk doel de vrije uren in het kader van het Keuzeplan worden ingezet. Als vrije uren worden ingezet in het kader van het Keuzeplan zijn ze opgenomen en moet over die uren hetzelfde loon worden afgerekend als wanneer ze niet voor het Keuzeplan zouden zijn gebruikt.

ORT is verschuldigd over de vrije uren

De vraag die voorligt, is of de Nederlandse wetgever heeft bedoeld om ten aanzien van bovenwettelijke vakantieaanspraken zodanige flexibiliteit mogelijk te maken, dat afwijkende afspraken kunnen worden vastgelegd ten aanzien van looncomponenten die wel en niet vallen onder het loon dat bij opname van die bovenwettelijke uren moet worden doorbetaald. Het hof oordeelt dat dit niet het geval is. 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.

Vso-cao staat vordering ORT 1 januari 2012- 1 januari 2017 niet in de weg

De uitleg van de vso laat geen andere conclusie toe dan dat de vso-cao niet geldt als blijkt dat de gemaakte afspraken in strijd zijn met het dwingend recht. Er is voor dat geval een inspanningsverplichting overeengekomen om de afspraken te vervangen door rechtsgeldige bepalingen. Uit deze passage blijkt de intentie van de partijen om in de vso-cao geen afspraken te maken die in strijd zijn met het dwingend recht en die te vervangen door rechtsgeldige afspraken. Artikel 7:639 BW is van dwingend recht en het hof heeft hiervoor beslist dat op grond van dit artikel ORT over bovenwettelijke vakantieaanspraken verschuldigd is. Dat brengt mee dat de afspraken in de vso-cao in strijd zijn met het dwingend recht en dat de vso-cao volgens de tekst in dat geval toepassing mist, althans dat partijen zich hadden moeten inspannen om dergelijke afspraken te vervangen door rechtsgeldige, terwijl van dergelijke inspanningen (of een resultaat daarvan) niet is gebleken. Ten overvloede overweegt het hof nog dat afwijking van artikel 7:639 BW bij cao niet is toegestaan en dat kan derhalve ook niet via een vaststellingsovereenkomst worden bewerkstelligd.

DS-vergoeding is juiste berekeningsmaatstaf

De DS-vergoeding (Derving secundaire arbeidsvoorwaarden) 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. Wettelijk verlof is als een van die omstandigheden opgenomen. Daarmee moeten de bovenwettelijke vrije uren worden gelijkgesteld. Weliswaar staan de vrije uren niet opgenomen in artikel 81 lid 2, maar de cao kent 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 te zoeken bij de regeling van het wettelijk verlof.

Wijziging van eis: CO artikel 110 cao ook verschuldigd

Werknemer wijzigt in hoger beroep zijn eis 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. Het hof oordeelt dat juist is – zoals NS stelt – dat deze aanspraak in tijd niet in aanmerking komt voor vergoeding tijdens vakantie. 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 de CO, in afwijking van wat er in artikel 110 cao is bepaald, in beginsel een uitkering in geld is geworden. Als er geen keuze wordt gemaakt, wordt de CO uitbetaald. Dit brengt mee dat de CO valt onder het overeengekomen loon dat over de wettelijke en bovenwettelijke vakantieanspraken verschuldigd is. Het hof zal de verklaring voor recht toewijzen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8889

Zaaknummer: 200.265.400

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

Advocaten: S.F. Sagel en S. Karakaya-Pilavci

Wetsartikelen: 7:634 BW, 7:639 BW, 6:215 BW en 7:902 BW