

1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt allereerst het onderwerp van deze scriptie en het belang en de achtergronden van het onderwerp. Vervolgens wordt de doelstelling van het onderzoek en de doelgroep van de scriptie aangegeven. Tot slot wordt de vraagstelling en de belangrijkste bevindingen van het onderzoek beschreven en wordt de opbouw van de scriptie uiteengezet.

1.1 Onderwerp scriptie

Het onderwerp van deze scriptie is de vaststelling tijdens en de afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen, ook wel ATV-dagen¹ genoemd, en tijd-voor-tijduren. Ook zijn gebreken en onduidelijkheden in CAO-artikelen op dit gebied, onderwerp van deze scriptie. Hierbij gaat het om CAO-artikelen in bedrijfstak-CAO's waarbij FNV Bondgenoten partij is.

1.2 Belang onderwerp

Het onderwerp is van belang voor de dienstverlening van FNV Bondgenoten op zowel individueel als collectief niveau. Ten aanzien van ADV-dagen en tijd-voor-tijduren bestaat namelijk geen (concrete) wet- en regelgeving, maar worden er afspraken gemaakt in CAO's. De regelingen in CAO's op dit gebied kunnen echter onduidelijk zijn of gebreken bevatten. Hetgeen tot onduidelijkheid leidt over de vaststelling tijdens en de afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen en tijd-voor-tijduren.

Wanneer er meer duidelijkheid is over het onderwerp en wanneer het op basis hiervan noodzakelijk is dat er CAO-artikelen worden verbeterd, zal er door de bestuurders van FNV Bondgenoten eventuele actie kunnen worden ondernomen. De Divisie Individuele Dienstverlening zal mogelijk effectiever juridisch advies kunnen geven, omdat zij eveneens meer duidelijkheid heeft over het onderwerp en omdat de regelingen in de CAO's, waarover zij advies geeft, eventueel worden verbeterd.

1.3 Achtergronden onderwerp

Op 24 november 1982 hebben VNO-voorzitter Van Veen en FNV-voorzitter Kok in de Stichting van de Arbeid het Akkoord van Wassenaar tot stand doen komen. Dit akkoord had het voorkomen van overheidsingrijpen en het voorkomen van oplopende werkloosheid tot doel. De werkgelegenheid kon volgens dit akkoord aantrekken door middel van arbeidsherverdeling in de vorm van onder andere arbeidsduurverkortung, ook wel arbeidstijdverkortung² genoemd, in ruil voor loonmatiging. Het was aan de CAO-partijen overgelaten om hierover afspraken te maken. Met het maken van CAO-afspraken zou tevens het overheidsingrijpen kunnen worden beperkt.³ Een van de manieren waarop arbeidsduurverkortung kan worden ingevuld is het invoeren van ADV-dagen.

Binnen organisaties komt het daarnaast regelmatig voor dat werknemers moeten overwerken. Meestal ontvangt de werknemer voor de gemaakte overuren een vergoeding in geld. Door de jaren heen is in de CAO's de mogelijkheid van een vergoeding van deze overuren (tijd-voor-tijduren) in tijd opgenomen.⁴

1.4 Doelstelling

Op 2 juni 2008 beschikt FNV Bondgenoten over een rapport waarin wordt geanalyseerd wat de gebreken en onduidelijkheden in haar bedrijfstak-CAO's zijn op het gebied van de vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen en tijd-voor-tijduren en waarin wordt aangegeven op welke punten de desbetreffende CAO-artikelen in het belang van de werknemer kunnen worden verbeterd.

1.5 Doelgroep

De organisatie die opdracht heeft gegeven tot het verrichten van het onderzoek is FNV Bondgenoten. FNV Bondgenoten is dan ook de doelgroep van deze scriptie.

1.6 Centrale vraag

Welke gebreken en onduidelijkheden bevatten bedrijfstak-CAO's, waarbij FNV Bondgenoten partij is, op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van

¹ In verband met de leesbaarheid wordt in deze scriptie gesproken over ADV-dagen waar "ADV-dagen/ATV-dagen/ADV-uren/ATV-uren" wordt bedoeld.

² In verband met de leesbaarheid wordt in deze scriptie gesproken over arbeidsduurverkortung waar "arbeidsduurverkortung/arbeidstijdverkortung" wordt bedoeld.

³ Bakels e.a. 2005, p. 210-212.

⁴ Olbers 1985, p. 13.

ADV-dagen en tijd-voor-tijduren en op welke punten kunnen de desbetreffende CAO-artikelen in het belang van de werknemer worden verbeterd?

1.7 Opbouw scriptie

Het aan de scriptie ten grondslagliggende onderzoek is op een bepaalde wijze opgezet en er is gebruik gemaakt van een bepaalde methode. Hoofdstuk 2 bespreekt deze onderzoeksopzet en -methode. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 de theorie omtrent het vaststellen tijdens en het afrekenen bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen uiteengezet. Hetzelfde doet hoofdstuk 4 ten aanzien van tijd-voor-tijduren. In hoofdstuk 5 wordt besproken hoe ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen in CAO's dienen te worden uitgelegd. In hoofdstuk 6 en 7 worden allereerst de inhoud van enkele bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten en de bedoeling van de CAO-partijen besproken. Vervolgens worden in deze hoofdstukken op basis van de theorie, de uitlegmethode en de partijbedoelingen de ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen geanalyseerd op gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten. In hoofdstuk 8 worden op basis van het voorgaande conclusies getrokken en in hoofdstuk 9 worden aanbevelingen gedaan. Tot slot wordt in hoofdstuk 10 het onderzoek geëvalueerd.

2 Opzet en methode van onderzoek

Dit hoofdstuk bespreekt de methode die bij dit onderzoek is gehanteerd. Achtereenvolgens wordt de onderzoeksopzet en de methode van onderzoek besproken.

2.1 Onderzoeksopzet

Deze paragraaf bespreekt de onderzoeksopzet. Allereerst wordt aangegeven wat de onderzoekseenheid van het onderzoek is. Daarna wordt beschreven welke opzet het onderzoek heeft.

2.1.1 Onderzoekseenheid

De onderzoekseenheid van het onderzoek zijn de CAO-artikelen op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen en tijd-voor-tijduren. Hierbij gaat het om artikelen in bedrijfstak-CAO's waarbij FNV Bondgenoten partij is. Ten aanzien hiervan is een beredeneerde steekproef⁵ genomen op basis van het volgende criterium: de meest voorkomende bedrijfstak-CAO's in de dienstverlening van de Dienst Individuele Dienstverlening aan de leden van FNV Bondgenoten.⁶ De volgende bedrijfstak-CAO's zijn in het onderzoek betrokken:

- CAO voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen 1 april 2007 – 1 oktober 2008
 - CAO Goederenvervoer Nederland 1 april 2007 – 1 oktober 2008
 - CAO Particuliere beveiliging 2007 - 2008
 - CAO voor de Gemaksvoedingsindustrie 1 juli 2007 – 30 juni 2009
 - CAO Openbaar Vervoer 2007
 - CAO Kleinmetaal (algemeen deel) 1 mei 2005 – 31 januari 2008
- Hieronder vallen de CAO's voor carrosseriebedrijven, goud- en zilvernijverheid, isolatiebedrijven, metaalbewerkingsbedrijven, motorvoertuigen- en tweewielerbedrijven en technische installatiebedrijven.

De artikelen uit bovenstaande CAO's, zijn opgenomen in een apart document. Op deze wijze kunnen de onderzochte artikelen altijd worden geraadpleegd. De desbetreffende artikelen kunnen immers in de toekomst worden gewijzigd of uit de CAO worden verwijderd.

2.2.2 Onderzoeksopzet

Dit onderzoek heeft de opzet van een casestudy, omdat de onderzoekseenheid in zijn geheel wordt onderzocht. De onderzoeksverschijnselen worden in de praktijk in samenhang en in hun context bestudeerd.⁷ De case is eenvoudig, omdat deze eenvoudig is af te bakenen. Bovendien kunnen de verschijnselen van de case goed worden vastgesteld.⁸ Er is sprake van een meervoudige case, omdat de te onderzoeken CAO-artikelen als representant kunnen worden gezien van gelijksoortige CAO-artikelen.⁹

2.2 Methode van onderzoek

De methode van onderzoek wordt in deze paragraaf besproken. De methode bestaat uit deskresearch en fieldresearch.

2.2.1 Deskresearch

Tijdens het onderzoek is gebruik gemaakt van deskresearch. Dit betekent dat bestaande informatie over het onderwerp is onderzocht.

Er is gestart met het lezen van literatuur. Vervolgens is de wet- en regelgeving (en commentaar hierop) en de eventuele memorie van toelichting bestudeerd. Na het bestuderen van de relevante wet- en regelgeving en de eventuele memorie van toelichting is jurisprudentie gezocht en zijn arbeidsrechtelijke tijdschriften bestudeerd. Als laatste zijn lopende en afgesloten dossiers over het onderwerp bestudeerd.

2.2.2 Fieldresearch

Tijdens het onderzoek is gebruik gemaakt van fieldresearch. Dit houdt in dat er interviews met een aantal informanten zijn gehouden.

⁵ Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 156-158.

⁶ Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 156-158.

⁷ Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 113-114.

⁸ Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 117.

⁹ Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 123.

Allereerst zijn er interviews gehouden met vijf bestuurders van FNV Bondgenoten om de bedoeling achter de onderzochte CAO-artikelen te kunnen achterhalen. Hiervoor is een beredeneerde steekproef genomen op basis van het volgende criterium: de bestuurders die direct te maken hebben met de desbetreffende CAO en/of bij de onderhandelingen ten aanzien van de CAO betrokken zijn.

Vervolgens zijn er interviews gehouden met zes juristen van FNV Bondgenoten. Het aantal zes is gekozen omdat dit circa 45% is van het aantal juristen van FNV Bondgenoten te Weert. In dit kader is een toevallige steekproef gedaan. Dit houdt in dat aan willekeurige juristen is gevraagd naar hun ervaringen met problemen of discussiepunten naar aanleiding van gebreken en onduidelijkheden in de onderzochte CAO-artikelen.¹⁰

Tot slot zijn er interviews gehouden met twee rechters om hun visie op en ervaringen met ADV-dagen en tijd-voor-tijduren te achterhalen. Hiertoe is een beredeneerde steekproef gedaan op basis van het volgende criterium: gevallen met een maximum aan variatie. Dit houdt voor dit onderzoek in dat één rechter uit Limburg en één rechter uit de randstad is geïnterviewd om op deze wijze een zo objectief mogelijk beeld te kunnen verkrijgen van de ervaringen van de rechters.¹¹

Bij alle gehouden interviews is er gebruik gemaakt van een gedeeltelijk gestructureerd interview. Dit houdt in dat de hoofdvragen vooraf zijn vastgesteld. De doorvragen zijn hierbij niet vastgelegd, omdat deze afhankelijk waren van de antwoorden die de bestuurders, juristen en rechters zouden geven.¹²

De interviews zijn geregistreerd. De desbetreffende verslagen zijn opgenomen in een apart document, behorende bij deze scriptie.

¹⁰ Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 159.

¹¹ Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 156-158.

¹² Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 235.

3 ADV-dagen

De wetgever heeft, evenals de Stichting van de Arbeid, de invulling van arbeidsduurverkortings aan de CAO-partijen overgelaten. Nu rijst de vraag op welke wijze ADV-dagen tijdens het dienstverband moeten worden vastgesteld en of deze dagen aan het einde van het dienstverband moeten worden afgerekend. Het beantwoorden van deze vraag is van belang voor het signaleren van gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten in ADV-bepalingen in de bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten.

Dit hoofdstuk tracht een antwoord te geven op deze vraag. Allereerst zal worden besproken welke plaats de ADV-dagen innemen binnen de arbeidsduurverkortings. Vervolgens wordt in gegaan op de toepasselijkheid van de wettelijke vakantieregeling. Deze vakantieregeling wordt tevens als leidraad gehanteerd bij het bespreken van de vaststelling tijdens en de afrekening van ADV-dagen bij het einde van het dienstverband. Dit omdat ADV-dagen met enige regelmaat met vakantiedagen gelijk worden gesteld.

3.1 Arbeidsduurverkortings; ADV-dagen

De arbeidsduur is het product van het te werken aantal uren per dag en het aantal te werken dagen per week, respectievelijk de werktijd en de werkduur. Arbeidsduurverkortings is de verkortings van de arbeidsduur van een individuele werknemer door middel van het verkorten van een van beide.¹³ Arbeidsduurverkortings kan plaatsvinden:

- per dag;
- per week;
- per jaar.

Arbeidsduurverkortings per dag houdt in dat de werktijd enkele minuten korter wordt. Dit kan worden gerealiseerd door bijvoorbeeld het begintijdstip later of het eindtijdstip eerder dan gebruikelijk te laten vallen. Ook kan de organisatie besluiten de duur van de pauze te verlengen.¹⁴

Voorbeeld: De werkdag eindigde voor de werknemer voorheen om 17.00 uur. Sinds de invoering van de arbeidsduurverkortings werkt de werknemer elke dag tot 16.40 uur.

Naast arbeidsduurverkortings per dag kan de arbeidsduur op weekbasis worden verkort. In dit geval wordt er enkele uren per week of per twee weken minder gewerkt. Het kan zo zijn dat de organisatie een dag in de week eerder haar deuren sluit, dat er een keer in de twee weken een middag (halve ADV-dag) niet wordt gewerkt of dat er eens in de vier weken sprake is van een hele ADV-dag.¹⁵

Voorbeeld 1: Voorheen werd er binnen de organisatie 40 uren gedurende vijf dagen per week gewerkt. Sinds de invoering van de arbeidsduurverkortings mag de werknemer op vrijdagmiddag twee uren eerder stoppen met werken.

Voorbeeld 2: De werknemer werkte voorheen elke week 40 uren gedurende vijf dagen. Sinds de invoering van de arbeidsduurverkortings heeft hij één keer per twee weken een vrijdagmiddag vrij.

Voorbeeld 3: De werknemer werkte voorheen elke week 40 uren gedurende vijf dagen. Sinds de invoering van de arbeidsduurverkortings heeft hij eens per vier weken op de vrijdag vrij.

¹³ Van Koningsveld 1985, p. 14.

Verantwoording: het onderwerp is op dit punt momenteel niet zo actueel. Om deze reden is er een bron gebruikt uit de periode van de invoering van arbeidsduurverkortings in 1982.

¹⁴ Van Koningsveld 1985, p. 26.

¹⁵ Van Koningsveld 1985, p. 28.

Tot slot kan de arbeidsduur per jaar worden verkort. Hierbij worden een aantal ADV-dagen op jaarbasis toegekend.¹⁶

Voorbeeld: De werknemer werkte voorheen 40 uur per week. Sinds de invoering van de arbeidsduurverkortingswet werkt hij 40 uur per week en heeft hij per jaar recht op 6 ADV-dagen.

De ADV-dagen worden ook wel roostervrije dagen genoemd, waarop het loon wordt doorbetaald.¹⁷ Roostervrije dagen zijn dagen in het rooster waarop de werknemer geen arbeid hoeft te verrichten. Men moet hierbij echter bedacht zijn op het gegeven dat roostervrije dagen tevens kunnen voortvloeien uit andere regelingen. Dit betekent dat er dus niet altijd sprake zal zijn van ADV-dagen, wanneer er wordt gesproken over roostervrije dagen. Zo kan het bij roostervrije dagen ook gaan om andere (niet doorbetaalde en soms standaard) vrije dagen, zoals de zater- en zondag.¹⁸

3.2 Toepasselijkheid wettelijke vakantieregeling

ADV-dagen worden in het dagelijkse taalgebruik of in CAO's wel eens verward of op een hoop gegooid met vakantiedagen. De wettelijke vakantieregeling van titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt in de praktijk dan ook vaak direct of analoog toegepast op ADV-dagen. De wetgever heeft echter, zoals blijkt uit de geschiedenis van de vakantieregeling, uitdrukkelijk voor ogen gehad dat ADV-dagen geen vakantiedagen zijn.¹⁹

Uit het Akkoord van Wassenaar is af te leiden dat de ADV-regeling is ontworpen om meer werkgelegenheid te creëren. Als gevolg van het verkorten van de arbeidsduur van de individuele werknemer komen immers arbeidsplaatsen vrij.

Vakantiedagen hebben daarentegen het doel om de werknemer rust te verschaffen en hem een of enkele doorbetaalde dagen vrij te stellen van de verplichting om arbeid te verrichten op deze dagen. Dit wordt de recuperatiefunctie van vakantiedagen genoemd en is een geheel ander doel dan dat de ADV-regeling beoogt.²⁰

De Hoge Raad heeft om deze reden in zijn arrest van 6 februari 1998 bepaald dat de ADV-regeling naar aard en strekking moet worden onderscheiden van de wettelijke vakantieregeling. De ADV-regeling berust volgens de Hoge Raad op afspraken tussen werkgevers en werknemers. De bepalingen van de vakantieregeling zijn om deze reden niet rechtstreeks of analoog van toepassing op ADV-dagen. Dit laatste is voornamelijk uit het oogpunt van rechtszekerheid niet op zijn plaats.²¹

Op 28 april 2000 heeft de Hoge Raad deze uitspraak herhaald. De Hoge Raad sluit echter niet uit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de wettelijke vakantieregeling wel van toepassing is op de desbetreffende ADV-regeling. Deze afspraak kan zowel uit de CAO als uit feiten en omstandigheden blijken.²²

Werkgever en werknemer hebben in een dergelijke situatie ten opzichte van elkaar de uit de wettelijke vakantieregeling voortvloeiende rechten en plichten op het gebied van ADV-dagen. Dit biedt meer bescherming voor de werknemer, omdat de vakantieregeling ingevolge artikel 7:645 BW dwingend recht is en hiervan enkel mag worden afgeweken indien dit in de desbetreffende artikelen is aangegeven.

3.3 Vaststelling tijdens dienstverband

Deze paragraaf bespreekt de vaststelling van ADV-dagen tijdens het dienstverband van een werknemer. Achtereenvolgens wordt besproken: de wijze van vaststellen, medezeggenschap, vervangende ADV-dagen bij ziekte, het verschuiven van ADV-dagen, het weigeren van de werkgever om ADV-dagen vast te stellen en de vervaltermijn en verjaringstermijn.

¹⁶ Van Koningsveld 1985, p. 29.

¹⁷ Van Genderen e.a. 2006, p. 69.

¹⁸ Brief Sociale Commissie Beveiligingsorganisaties, 4 juni 2007.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 575, nr. 3, p. 12.

²⁰ HR 6 februari 1998, *NJ* 1998, 351 en Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 154-155.

²¹ HR 6 februari 1998, *NJ* 1998, 351.

²² HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 582.

3.3.1 Wijze van vaststellen

De van toepassing zijnde CAO bepaalt soms op welke wijze de werkgever de ADV-dagen vaststelt (inroostert). De werkgever kan de ADV-dagen zowel collectief als individueel vaststellen. Collectieve vaststelling houdt in dat alle werknemers op dezelfde dag een ADV-dag hebben, bijvoorbeeld rond de feestdagen of eens per maand. Het kan echter ook zo zijn dat de werkgever de werknemers indeelt in relatief grote groepen en dat voor elke groep een andere dag als ADV-dag geldt. Een dergelijke groep kan bijvoorbeeld een bepaalde afdeling van de organisatie betreffen.²³ Wanneer er is gekozen voor collectieve vaststelling, is instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging vereist. Zie hierover paragraaf 3.3.2.

Naast de collectieve vaststelling kan de werkgever de ADV-dagen individueel vaststellen. Dit houdt in dat niet alle werknemers op dezelfde dag een ADV-dag hebben. Er kan per werknemer een schema wordt vastgesteld waarin zijn werkdagen en ADV-dagen zijn opgenomen. Ook kunnen op elkaar aansluitende schema's worden opgesteld, bijvoorbeeld in het kader van roulering.²⁴ De werkgever kan de ADV-dagen in onderling overleg tussen werkgever en werknemer vaststellen, maar ook eenzijdig. Zie hierover paragraaf 3.3.3.

3.3.2 Medezeggenschap medezeggenschapsorgaan

Zoals reeds is aangegeven, zijn bij het vaststellen van de ADV-dagen verschillende partijen betrokken. Een van deze partijen is het medezeggenschapsorgaan. Het medezeggenschapsorgaan kan een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging zijn en bestaat in gevolge artikel 6 lid 1 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) respectievelijk artikel 35c lid 1 WOR uit een delegatie van de werknemers van een onderneming.

De ondernemingsraad heeft op basis van artikel 27 WOR in beginsel een instemmingsrecht inzake de in lid 1 van dit artikel genoemde besluiten. Het gaat hierbij om besluiten van algemene strekking. Dit betekent dat deze besluiten een grote groep of alle werknemers van een organisatie moeten treffen. Een grote groep werknemers kan bijvoorbeeld bestaan uit een afdeling of uit de thuiswerkers binnen een organisatie. Bovendien dient het besluit meerdere malen en voor langere duur te kunnen worden ingevoerd.²⁵

In zijn arrest van 26 juni 1987 oordeelde de Hoge Raad over het al dan niet vereist zijn van het instemmingsrecht bij het vaststellen van ADV-dagen. Ten tijde van dit arrest stelde artikel 27 lid 1 sub c WOR besluiten ten aanzien van de vaststelling, wijziging of intrekking van een werktijd- of vakantieregeling instemmingsplichtig. Een besluit omtrent een regeling waarin collectieve roostervrije dagen in het kader van arbeidsduurverkortung worden vastgesteld, heeft volgens de Hoge Raad trekken van een werktijdregeling, maar ook van een vakantieregeling. Bovendien stemt een dergelijk besluit in grote mate overeen met deze regelingen. Om deze reden dienen besluiten omtrent de collectieve vaststelling van ADV-dagen bij de toepassing van artikel 27 lid 1 WOR gelijk te worden gesteld met de in lid 1 sub c van dat artikel genoemde regelingen. Dit betekent dat de ondernemingsraad in beginsel een instemmingsrecht heeft wanneer er sprake is van een besluit tot collectieve vaststelling van ADV-dagen. Hetzelfde geldt wanneer de werkgever besluit een bedrijfsreglement, dat regels of richtlijnen bevat omtrent de vaststelling van ADV-dagen, vast te stellen.²⁶ De ondernemingsraad heeft echter geen instemmingsrecht wanneer de werkgever ADV-dagen van een individuele werknemer vaststelt ter uitvoering van een dergelijk bedrijfsreglement.²⁷

Thans hanteert de WOR in artikel 27 lid 1 sub b de term arbeids- en rusttijdenregeling of vakantieregeling. De term werktijdregeling is dus vervangen door de term arbeids- en rusttijdenregeling. Dit om aan te sluiten op de terminologie in de ATW. Inhoudelijk heeft de wetgever hiermee echter geen wijziging willen aanbrengen.²⁸ Dit betekent dat besluiten inzake collectieve vaststelling van ADV-dagen bij de toepassing van artikel 27 lid 1 WOR gelijk dienen te worden gesteld met een arbeids- en rusttijdenregeling of een vakantieregeling.

Naast de ondernemingsraad heeft tevens de personeelsvertegenwoordiging een instemmingsrecht bij de collectieve vaststelling van ADV-dagen, zoals hiervoor uiteen is gezet. Dit omdat artikel 35c lid 3 WOR en artikel 35d lid 2 WOR artikel 27 lid 1 sub b WOR en de leden 3 tot en met 6 van

²³ Van Koningsveld 1985, p. 30.

²⁴ Van Koningsveld 1985, p. 31.

²⁵ Vink & Van het Kaar 2007, p. 141-143

²⁶ HR 26 juni 1987, NJ 1988, 93.

²⁷ Olbers 1985, p. 20-21.

²⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 532, nr. 3, p. 22.

artikel 27 WOR van overeenkomstige toepassing verklaren voor zover het een arbeids- en rusttijdenregeling betreft.

Ingevolge artikel 27 lid 3 WOR heeft de ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging geen instemmingsrecht als een ADV-regeling inhoudelijk is geregeld in een CAO. Rechtbank Amsterdam oordeelde in zijn vonnis van 12 januari 1993 dat hiermee wordt bedoeld dat in de CAO uitdrukkelijk de tijdstippen zijn vastgelegd of dat deze tijdstippen kenbaar zijn.²⁹

Het is daarentegen mogelijk dat de desbetreffende CAO enkel eventuele randvoorwaarden stelt en de werkgever de vrijheid geeft om, in het kader van nadere uitwerking van de ADV-regeling in de CAO, zelf de tijdstippen van collectieve ADV-dagen vast te stellen. Wanneer de ADV-regeling in de CAO de werkgever deze eigen beslissingsruimte biedt, heeft de werkgever de instemming van de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging nodig. Dit laatste geldt tevens wanneer de werkgever ter uitvoering van de ADV-regeling in de CAO besluit een bedrijfsreglement vast te stellen met hierin richtlijnen voor het bepalen van de tijdstippen van de ADV-dagen.³⁰

Wanneer de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging geen instemming verleent, kan de werkgever aan de kantonrechter toestemming vragen het besluit te nemen. Dit is mogelijk op grond van artikel 27 lid 4 WOR ten aanzien van de ondernemingsraad. Ten aanzien van de personeelsvertegenwoordiging verklaren artikel 35c lid 3 WOR en artikel 35d lid 2 WOR artikel 27 lid 4 WOR van overeenkomstige toepassing. De kantonrechter verleent slechts toestemming indien de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te verlenen onredelijk is of wanneer het besluit van de werkgever wordt geleverd door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen.

3.3.3 Medezeggenschap werkgever en individuele werknemer

Bij de individuele vaststelling van ADV-dagen heeft de ondernemingsraad geen instemmingsrecht en is artikel 7:638 BW in beginsel niet van toepassing. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat de werkgever de individuele vakantiedagen overeenkomstig de wensen van de werknemer dient vast te stellen, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Dit veronderstelt dat er overleg dient te worden gepleegd. Hierbij rijst de vraag in hoeverre de individuele werknemer betrokken dient te zijn bij de vaststelling van zijn individuele ADV-dagen.

Het niet van toepassing zijn van artikel 7:638 BW betekent dat de CAO-partijen vrij zijn af te spreken dat de individuele vaststelling wel of juist niet na of in onderling overleg plaatsvindt. Het is dus mogelijk dat wordt afgesproken dat de werkgever de ADV-dagen eenzijdig vaststelt.

De vraag is echter of de laatst genoemde afspraak wel zo redelijk is. Op grond van het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW, dat een uitwerking is van de redelijkheid- en billijkheid van artikel 6:2 BW, is de werkgever immers verplicht om zich als een goed werkgever te gedragen. Dit houdt in dat de werkgever zich ten aanzien van de werknemer onder meer moet houden aan de regels van maatschappelijke zorgvuldigheid en de verkeersopvattingen. Men zou dus kunnen stellen dat de werkgever in zekere mate rekening dient te houden met de belangen en wensen van de werknemer bij het vast stellen van individuele ADV-dagen en dat hiervoor overleg op zijn plaats is. Hierbij kan gedacht worden aan privé-omstandigheden, maar ook aan de aard van de werkzaamheden van de werknemer. Wanneer de werkgever bijvoorbeeld een ADV-dag zo vaststelt dat de werknemer genoodzaakt is om alsnog arbeid te verrichten op die dag, kan de werknemer de desbetreffende ADV-dag niet genieten. Bij privé-omstandigheden kan worden gedacht aan de zorgtaken van de werknemer.

De werknemer moet zich daarentegen op grond van artikel 7:611 BW gedragen als een goed werknemer. Van hem wordt verwacht dat hij zich ten aanzien van de werkgever onder meer houdt aan de regels van de maatschappelijke zorgvuldigheid en de verkeersopvattingen. Bij het vaststellen van ADV-dagen kunnen de belangen van de werknemer dan ook ondergeschikt zijn aan organisatorische redenen van de werkgever om op een bepaalde dag geen ADV-dag vast te stellen.

3.3.4 Vervangende ADV-dagen bij ziekte

Artikel 7:637 lid 2 BW, dat de werknemer bij ziekte op een reeds vastgestelde vakantiedag recht geeft op een vervangende vakantiedag, geldt in beginsel niet ten aanzien van ziekte op een reeds

²⁹ Rb. Amsterdam 12 januari 1993, *ROR* 1993, 23.

³⁰ Rb. Amsterdam 12 januari 1993, *ROR* 1993, 23 en Olbers 1985, p. 24.

vastgestelde ADV-dag. Dit houdt in dat CAO-partijen vrij zijn om af te spreken dat bij ziekte op een reeds vastgestelde ADV-dag er wel of juist geen recht bestaat op een vervangende ADV-dag.

Een mogelijke verklaring hiervoor is dat arbeidsduurverkortung een ander doel beoogt dan dat vakantie beoogt. Arbeidsduurverkortung beoogt immers de naar aanleiding van ADV-dagen vrijgekomen arbeidsuren in te laten vullen door een andere werknemer en hiermee werkgelegenheid te creëren. Ten einde het doel van arbeidsduurverkortung te bereiken is het derhalve van belang dat de werknemer op die dagen geen arbeid verricht en is het niet van belang of hij op deze dag daadwerkelijk rust kan genieten. Vakantie heeft het verschaffen van rust wel als primair doel en bij ziekte op een reeds vastgestelde vakantiedag kan de werknemer deze rust niet genieten.

Daarnaast vallen ADV-dagen niet onder de bedongen arbeidsduur. Dit betekent dat ziek zijn op een ADV-dag vergelijkbaar is met ziek zijn op een standaard en niet doorbetaalde vrije dag, zoals een zaterdag.

3.3.5 Verschuiven vastgestelde ADV-dagen

Ingevolge artikel 7:638 BW kan de werkgever, indien daartoe gewichtige redenen zijn, in overleg met de werknemer reeds vastgestelde vakantiedagen wijzigen. Dit artikel geldt in beginsel echter niet voor het verschuiven van reeds vastgestelde ADV-dagen. De CAO-partijen zijn dus vrij om af te spreken dat de werkgever zonder reden en eenzijdig een reeds vastgestelde ADV-dag mag verschuiven.

Op basis van artikel 7:611 BW kan men echter stellen dat de werkgever ook ADV-dagen enkel mag verschuiven indien hij daartoe gewichtige redenen heeft en dat hij verplicht is in overleg met de werknemer vervangende ADV-dagen vast te stellen. De werknemer heeft immers reeds met de vastgestelde vrije tijd rekening gehouden in zijn privé-omstandigheden.

3.3.6 Weigeren werkgever vaststellen ADV-dagen

De werkgever is gehouden zijn verplichtingen uit de CAO na te komen. De werkgever is dus verplicht ADV-dagen vast te stellen voor de werknemers ten aanzien waarvan hij verplicht is de CAO na te komen. Weigert de werkgever ADV-dagen vast te stellen, dan pleegt hij wanprestatie en handelt hij als werkgever in strijd met artikel 7:611 BW.

Bovendien zou het niet vaststellen van ADV-dagen afbreuk doen aan het doel van arbeidsduurverkortung. Wanneer er geen ADV-dag wordt vastgesteld, komt men immers niet toe aan het creëren van werkgelegenheid.

3.3.7 Vervaltermijn

Artikel 7:642 BW geeft de werknemer het recht vaststelling van vakantiedagen te vorderen tot vijf jaren na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak op deze dagen is ontstaan. Ten aanzien van ADV-dagen geldt dit artikel in beginsel niet. De CAO-partijen zijn om deze reden vrij om af te spreken dat ADV-dagen na een bepaalde termijn vervallen als deze niet binnen de gestelde termijn worden opgenomen.³¹

3.3.8 Verjaringstermijn

Zoals in paragraaf 3.3.7 reeds is uiteengezet, geldt artikel 7:642 BW in beginsel niet ten aanzien van een vorderingsrecht tot vaststelling van ADV-dagen tijdens het dienstverband, maar men kan wel teruggrijpen op de algemene verjaringstermijn van artikel 3:307 BW. Ingevolge dit artikel bedraagt de verjaringstermijn vijf jaren en vangt deze aan op de dag na de dag van opeisbaarheid. Hiervan is echter enkel sprake wanneer CAO-partijen geen vervaltermijn hebben afgesproken.

3.4 Afrekening bij einde dienstverband

Wanneer de dienstbetrekking tussen werknemer en werkgever eindigt, is het mogelijk dat de werknemer niet alle ADV-dagen heeft genoten waarop hij tot op dat moment aanspraak had. Deze paragraaf behandelt de vraag of de werknemer in dergelijke situaties recht heeft op afrekening van deze niet-genoten ADV-dagen. Allereerst wordt het recht op en de vorm van afrekening besproken. Vervolgens wordt aangegeven wat de verjaringstermijn ten aanzien hiervan is.

³¹ Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 163.

3.4.1 Recht op en vorm van afrekening

Artikel 7:641 BW, dat de werknemer recht geeft op uitkering in geld van de bij het einde van de dienstbetrekking nog bestaande aanspraak op vakantiedagen, is in beginsel niet rechtstreeks en ook niet analoog van toepassing op ADV-dagen. Het recht van de werknemer op een vergoeding van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband is volgens het arrest van 6 februari 1998 van de Hoge Raad dan ook primair afhankelijk van de afspraken die partijen hebben gemaakt.³² Zo kunnen partijen afspreken wel of juist geen vergoeding toe te kennen. Wanneer er wordt afgesproken dat de werknemer recht heeft op een vergoeding van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband, is er sprake van een loonvordering.

Tot het moment van deze uitspraak van de Hoge Raad was de jurisprudentie zeer verdeeld over of niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband wel of juist niet zouden moeten worden afgerekend. Zo was Kantonrechter Tilburg op 21 april 1988 van mening dat de werknemer, ondanks een andersluidende CAO, recht had op een vergoeding van zijn niet-genoten ADV-dagen. Dit omdat de werkgever niet aan zijn uit de CAO voortvloeiende verplichting om ADV-dagen vast te stellen, had voldaan.³³

Volgens de uitspraak van Kantonrechter Alkmaar van 20 december 1989 stond een vergoeding van ADV-dagen echter op gespannen voet met het doel van arbeidsduurverkortung om meer arbeidsplaatsen te creëren. Op grond van een tussen werkgevers en werknemers gesloten CAO of andere overeenkomst zou een vergoeding eventueel wel mogelijk zijn. Ook bijzondere omstandigheden zouden tot een vergoeding kunnen leiden.³⁴

Kantonrechter 's-Gravenhage oordeelde echter op 14 november 1991 dat artikel 7:641 BW wel analoog zou kunnen worden toegepast op ADV-dagen indien de CAO een leemte bevat. Dit vanuit het oogpunt van rechtszekerheid.³⁵

Kantonrechter Harderwijk op 12 mei 1993 de mening dat artikel 7:641 BW analoog zou kunnen worden toegepast op ADV-dagen indien de CAO een leemte bevat. Hij baseerde zijn oordeel echter niet op de rechtszekerheid, maar op denkbare bijzondere omstandigheden waarin niet-toepassing van artikel 7:641 BW zou kunnen leiden tot onbillijke situaties.³⁶

Wanneer de van toepassing zijnde partijafspraken een leemte bevatten op het gebied van de vergoeding voor niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband, lijkt het inderdaad onredelijk om geen vergoeding toe te kennen. Dit zou immers betekenen dat de werkgever zonder enige tegenprestatie gebruik heeft gemaakt van de diensten van de werknemer gedurende de niet opgenomen ADV-dagen. Dit verklaart eveneens waarom er sprake is van een loonvordering. Op de doorbetaalde ADV-dagen zou de werknemer immers juist niet hoeven te werken.

3.4.2 Verjaringstermijn

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 6 februari 1998 uitdrukkelijk bepaald dat op de vordering tot afrekening van niet-genoten ADV-dagen de algemene verjaringstermijn van artikel 3:307 BW van toepassing is.³⁷ Ingevolge dit artikel bedraagt de verjaringstermijn vijf jaren en vangt deze aan op de dag na de dag van opeisbaarheid.

3.4 Conclusie

Concluderend kan worden gezegd dat arbeidsduurverkortung per dag, per week en per jaar kan plaatsvinden en een geheel ander doel beoogt dan de vakantieregeling. Op de ADV-dagen is de wettelijke vakantieregeling in beginsel dan ook niet van toepassing. De ADV-dagen berusten om deze reden op partijafspraken. Dit laatste betekent echter dat partijen kunnen afspreken dat de wettelijke vakantieregeling juist wel op de ADV-regeling van toepassing is.

De ADV-dagen kunnen zowel collectief als individueel worden vastgesteld. Bij de collectieve vaststelling heeft een grote groep van of alle werknemers van een organisatie op de zelfde dag een ADV-dag. Bij de individuele vaststelling kan dit per werknemer verschillen.

³² HR 6 februari 1998, *NJ* 1998, 351. Zie ook: HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 582.

³³ Ktr. Tilburg 21 april 1988, *PRG* 1989, 3099.

³⁴ Ktr. Alkmaar 20 december 1989, *PRG* 1990, 3238.

³⁵ Ktr. 's-Gravenhage 14 november 1991, *PRG* 1992, 3636.

³⁶ Ktr. Harderwijk 12 mei 1993, *PRG* 1994, 4170.

³⁷ HR 6 februari 1998, *NJ* 1998, 351. Zie ook: HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 582.

De ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging heeft op basis van artikel 27 WOR een instemmingsrecht bij de collectieve vaststelling. Dit recht heeft deze organen niet wanneer in de CAO de tijdstippen van de ADV-dagen worden bepaald of wanneer deze tijdstippen kenbaar zijn. Bij individuele vaststelling van de ADV-dagen kunnen de partijen overeenkomen dat de werkgever deze dagen eenzijdig of na dan wel in onderling overleg met de werknemer vaststelt.

Partijen mogen daarnaast afspreken dat bij ziekte op een reeds vastgestelde ADV-dag geen recht bestaat op een het vaststellen van een vervangende ADV-dag. Dit is te verklaren vanuit het doel van de arbeidsduurverkortung en het gegeven dat ADV-dagen niet onder de bedongen arbeidsduur vallen.

Tevens mogen partijen afspreken dat de werkgever zonder reden en eenzijdig een reeds vastgestelde ADV-dag mag verschuiven. Op basis van artikel 7:611 BW kan de werkgever echter alleen ADV-dagen verschuiven indien hij daartoe gewichtige redenen heeft. De werkgever is op grond van dit artikel verplicht in overleg met de werknemer een vervangende ADV-dag vast te stellen.

Wanneer de werkgever weigert ADV-dagen vast te stellen voor de werknemers ten aanzien waarvan hij dit verplicht is, pleegt hij wanprestatie. Bovendien handelt de werkgever in een dergelijke situatie in strijd met artikel 7:611 BW.

Ook mag er worden afgesproken dat het recht op vaststelling van ADV-dagen na een bepaalde termijn vervalt, maar als er geen vervalttermijn is vastgesteld, geldt de verjaringstermijn van vijf jaren van artikel 3:307 BW. Deze vangt aan op de dag na de dag van opeisbaarheid.

Tot slot mogen de partijen afspreken of er wel of juist geen recht bestaat op de afrekening van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband. De vergoeding heeft de vorm van loon. De verjaringstermijn ten aanzien van deze vordering bedraagt op grond van artikel 3:307 BW vijf jaren en vangt aan op de dag na de dag van opeisbaarheid.

4 Tijd-voor-tijduren

Net zoals de ADV-dagen zijn ook de tijd-voor-tijduren gebaseerd op partijafspraken. Ten aanzien van tijd-voor-tijduren rijst derhalve ook de vraag op welke wijze zij tijdens het dienstverband moeten worden vastgesteld en of deze uren aan het einde van het dienstverband dienen te worden afgerekend. Het beantwoorden van deze vraag is van belang voor het signaleren van gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten in tijd-voor-tijdbepalingen in de bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten.

Dit hoofdstuk tracht een antwoord te geven op deze vraag. Allereerst zal worden besproken welke plaats tijd-voor-tijduren innemen binnen het overwerk en de overwerkvergoeding. Vervolgens wordt de vaststelling tijdens en de afrekening bij het einde van het dienstverband besproken van tijd-voor-tijduren.

4.1 Overwerk; tijd-voor-tijduren

Volgens het arrest van de Hoge Raad van 3 september 1999 zijn tijd-voor-tijduren een bijzondere vorm van overuren.³⁸ Tijd-voor-tijduren ontstaan dus uit overwerk.

Overwerk is: *"het langer werken dan een bepaalde door of voor de werknemer overeengekomen werktijd of, wanneer een dergelijke overeengekomen werktijd ontbreekt, het langer werken dan voor de werknemer gebruikelijk is."*³⁹ Met de door of voor de werknemer overeengekomen werktijd wordt hier bedoeld: de werktijd die in de individuele arbeidsovereenkomst of de CAO is overeengekomen.⁴⁰

Van overwerk is sprake wanneer de werkgever de werknemer uitdrukkelijk heeft opgedragen overwerk te verrichten of wanneer de werkgever bekend was met het door de werknemer verrichte overwerk en hiermee stilzwijgend heeft ingestemd.⁴¹

4.2 Overwerkvergoeding; tijd-voor-tijdregeling

De werkgever is verplicht loon te betalen als vergoeding voor de bedongen arbeid die de werknemer heeft verricht. De vergoeding voor overwerk valt onder het loon.⁴²

Net zoals partijen overeen kunnen komen wanneer sprake is van overwerk, kunnen partijen afspraken maken over de vergoeding hiervan. Eveneens kan worden overeengekomen waaruit deze vergoeding bestaat.⁴³

Wanneer er niets geregeld is over de vergoeding van overwerk, is het mogelijk dat er plaats is voor vergoeding op grond van het goed werkgeverschap. Hiervan is enkel sprake wanneer aan de eerder genoemde voorwaarden van overwerk is voldaan. De werknemer heeft dan in ieder geval recht op het uurloon ondanks het mogelijk ontbreken van afspraken over overwerkvergoeding. Dit is echter afhankelijk van de positie en het salaris van de betrokken werknemer. Dit omdat het bij werknemers met een hogere functie normaal is dat er wordt overgewerkt en omdat overwerk in hun loon is verwerkt.⁴⁴

Het recht op een toeslag naast het uurloon wordt veelal geregeld in de CAO. Aanvankelijk had de werknemer op grond van de CAO alleen recht op het uurloon en een eventuele toeslag daarop voor het door hem verrichte overwerk. Door de jaren heen is in CAO's echter ook het recht op gehele of gedeeltelijke compenserende vrije uren opgenomen.⁴⁵ Deze compensatieregeling wordt ook wel de tijd-voor-tijdregeling genoemd.⁴⁶

Uit het arrest van 3 september 1999 van de Hoge Raad blijkt dat het in de verhouding tussen werkgever en werknemer voor de hand ligt dat voor tijd-voor-tijduren, evenals voor gewone overuren, steeds een vergoeding wordt ontvangen. Met uitzondering daarvan dat deze uren niet

³⁸ HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734.

³⁹ Van Drongelen 2002, p. 13.

⁴⁰ Van Drongelen 2002, p. 13.

⁴¹ Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 99.

⁴² Van Drongelen 2002, p. 65-66.

⁴³ Van Drongelen 2002, p. 68.

⁴⁴ Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 99-100.

⁴⁵ Olbers 1985, p. 13.

⁴⁶ Van Drongelen 2002, p. 73.

worden vergoed wanneer de CAO-partijen de mogelijkheid hebben opengelaten dat de tijd-voor-tijduren onvergoed blijven.⁴⁷

Voorbeeld: De overeengekomen arbeidstijd van een werknemer bedraagt 40 uren per week. In een bepaalde week werkt deze werknemer 43 uren. De week die erop volgt, worden de overuren gecompenseerd en werkt hij slechts 37 uren. Naast de drie vrije uren ontvangt hij drie maal zijn uurloon.

4.3 Vaststellen tijdens dienstverband

Deze paragraaf bespreekt de vaststelling van tijd-voor-tijduren tijdens het dienstverband van een werknemer. Allereerst wordt de wijze van vaststellen en de medezeggenschap hierbij besproken. Vervolgens bespreekt deze paragraaf het recht op vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte en het verschuiven van tijd-voor-tijduren. Tot slot wordt er ingegaan op het weigeren van de werkgever om tijd-voor-tijduren vast te stellen en wordt de vervalltermijn en verjaringstermijn besproken.

4.3.1 Wijze van vaststellen en medezeggenschap

ADV-dagen kunnen zowel collectief als individueel worden vastgesteld, maar bij tijd-voor-tijduren ligt het daarentegen voor de hand deze uren individueel vast te stellen. Dit omdat het verrichten van overwerk veelal op individuele basis plaatsvindt.

De werkgever kan dan ook de tijd-voor-tijduren zowel eenzijdig als in overleg met de werknemer vaststellen. De ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging zal immers op basis van artikel 27 WOR geen instemmingsrecht hebben bij het vaststellen van tijd-voor-tijduren. Mede omdat hier geen sprake is van een besluit dat meerdere malen en voor langere duur kan worden ingevoerd.

Omdat het hier een vergoeding van overwerk betreft, lijkt eenzijdige vaststelling op basis van artikel 7:611 BW niet op zijn plaats. De werkgever dient op basis van dit artikel immers rekening te houden met de belangen en wensen van de werknemer bij het vast stellen van tijd-voor-tijduren en overleg is in dit kader dan ook nodig.

De belangen van de werknemer kunnen echter op grond van artikel 7:611 BW bij het vaststellen van tijd-voor-tijduren ondergeschikt zijn aan organisatorische redenen van de werkgever om op een bepaalde dag geen tijd-voor-tijduren vast te stellen.

4.3.3 Vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte

Het kan voorkomen dat de werknemer ziek is tijdens reeds vastgestelde tijd-voor-tijduren. Op grond van het verrichte overwerk en de verhouding tussen werkgever en werknemer lijkt het voor de hand te liggen dat deze tijd-voor-tijduren altijd worden vergoed.

Op basis van artikel 7:611 BW kan men dan ook stellen dat de zieke werknemer recht heeft op het in overleg vaststellen van vervangende tijd-voor-tijduren, tenzij de CAO-partijen dit hebben uitgesloten. Wanneer een werknemer ziek is tijdens vastgestelde tijd-voor-tijduren, kan men immers niet spreken over een vergoeding.

4.3.4 Verschuiven vastgestelde tijd-voor-tijduren

De werkgever kan redenen hebben om de werknemer tijdens reeds vastgestelde tijd-voor-tijduren alsnog te willen of moeten laten werken. Wanneer de werknemer alsnog arbeid moet verrichten tijdens vastgestelde tijd-voor-tijduren, zijn deze uren nog altijd niet vergoed.

Op basis van het verrichte overwerk en artikel 7:611 BW heeft de werknemer recht op het vaststellen van vervangende tijd-voor-tijduren. Met uitzondering daarvan dat de tijd-voor-tijduren niet opnieuw worden vastgesteld wanneer CAO-partijen de mogelijkheid hebben opengelaten dat deze uren onvergoed blijven.

Ten aanzien van het verschuiven van de tijd-voor-tijduren dient er aan de zijde van de werkgever op basis van artikel 7:611 BW sprake te zijn van gewichtige redenen en dient de werkgever met de werknemer in overleg te treden over de vaststelling van de vervangende tijd-voor-tijduren. Net

⁴⁷ HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734.

zoals bij ADV-dagen zal de werknemer immers reeds met deze vrije tijd rekening hebben gehouden voor wat betreft zijn privé-omstandigheden.

4.3.5 Weigeren werkgever vaststellen tijd-voor-tijduren

De werkgever is gehouden zijn verplichtingen uit de CAO na te komen. De werkgever is dus verplicht tijd-voor-tijduren vast te stellen voor de werknemers ten aanzien waarvan hij verplicht is de CAO na te komen. Weigert de werkgever tijd-voor-tijduren vast te stellen, dan pleegt hij wanprestatie en handelt hij als werkgever in strijd met artikel 7:611 BW.

4.3.6 Vervaltermijn

Ten aanzien van tijd-voor-tijduren is, evenals voor ADV-dagen, geen specifieke verjaringstermijn in de wet opgenomen voor het instellen van een vordering tot vaststelling van deze uren. De CAO-partijen zijn om deze reden vrij om af te spreken dat het recht op vaststelling van tijd-voor-tijduren na een bepaalde termijn vervalt als deze uren niet binnen de gestelde termijn worden opgenomen.

Een vervaltermijn is een voorbeeld van een manier waarop CAO-partijen tijd-voor-tijduren onvergoed kunnen laten. De werknemer heeft dan immers geen recht meer op vaststelling van deze uren.

4.3.7 Verjaringstermijn

Evenals voor ADV-dagen dient ten aanzien van een vorderingsrecht tot vaststelling van tijd-voor-tijduren tijdens het dienstverband te worden teruggegrepen op de algemene verjaringstermijn van artikel 3:307 BW. Ingevolge dit artikel bedraagt de verjaringstermijn vijf jaren en vangt deze aan op de dag na de dag van opeisbaarheid. Hiervan is echter enkel sprake wanneer CAO-partijen geen vervaltermijn hebben afgesproken.

4.4 Afrekening bij einde dienstverband

Zoals dit ook bij ADV-dagen het geval is, kan het voorkomen dat de werknemer bij einde van het dienstverband nog niet-genoten tijd-voor-tijduren heeft. Deze paragraaf behandelt het recht van de werknemer op en de vorm van afrekening van tijd-voortijduren bij het einde van het dienstverband. Vervolgens wordt er ingegaan op de verjaringstermijn.

4.4.1 Recht op en vorm van afrekening

Het recht op afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren is afhankelijk van de afspraken van CAO-partijen. Zoals reeds is gezegd, oordeelde de Hoge Raad echter in zijn arrest van 3 september 1999 dat het in de verhouding tussen werkgever en werknemer voor de hand ligt dat voor dat deze uren, evenals voor gewone overuren, steeds een vergoeding wordt ontvangen, tenzij de CAO-partijen de mogelijkheid hebben opengelaten dat de tijd-voor-tijduren onvergoed blijven.⁴⁸ De afrekening betreft een loonvordering, omdat het hier om een geldelijke vergoeding voor overwerk gaat.

In deze zaak was de tijd-voor-tijdbepaling in de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen in het geding. Deze CAO gaf de werknemer recht op een vergoeding van overuren in geld en een vergoeding van tijd-voor-tijduren in tijd of op een in overleg te bepalen andere wijze. In geval van vergoeding van tijd-voor-tijduren in geld werd uitbetaald tegen een tarief van 130% van het uurloon. De CAO gaf niet de mogelijkheid dat tijd-voor-tijduren onvergoed zouden blijven. De CAO regelde immers niets voor het geval dat tijd-voor-tijduren niet binnen de gestelde termijn zouden zijn vergoed en ook niet voor het geval dat tijd-voor-tijduren aan het einde van het dienstverband niet waren vergoed. Dit brengt met zich mee dat voor deze uren, evenals voor gewone overuren, steeds een vergoeding wordt ontvangen. De tijd-voor-tijduren dienden derhalve te worden vergoed op de enige in de CAO voorziene wijze, die bij het einde van het dienstverband daarvoor nog in aanmerking kwam, te weten: afrekening tegen een tarief van 130% van het uurloon.⁴⁹

Op 7 juni 2007 oordeelde Kantonrechter 's-Hertogenbosch op gelijke wijze als de Hoge Raad. Nu ging het om een CAO waarin werd bepaald dat overwerk zoveel mogelijk in tijd-voor-tijd werd vergoed. De geldelijke vergoeding voor overwerk bedroeg 125% van het basisuurloon. Hieruit vloeit volgens de Kantonrechter 's-Hertogenbosch voort, dat wanneer de vergoeding niet in tijd

⁴⁸ HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734.

⁴⁹ HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734.

heeft plaatsgevonden een vergoeding in geld met een toeslag van 25% dient te worden uitbetaald.⁵⁰

4.4.2 Verjaringstermijn

Net zoals bij ADV-dagen, dient bij de afrekening van tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband te worden teruggegrepen op de algemene verjaringstermijn van artikel 3:307 BW. Dit omdat er voor deze vordering geen bijzonder verjaringstermijn is geregeld. De termijn bedraagt, zoals reeds is vermeld, vijf jaren en vangt aan op de dag na de dag van opeisbaarheid.

4.5 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de vaststelling van tijd-voor-tijduren veelal individueel plaatsvindt. De ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging hebben hierbij op basis van artikel 27 WOR geen instemmingsrecht en de werkgever kan de tijd-voor-tijduren dan ook zowel eenzijdig als in overleg met de werknemer vaststellen.

Op basis van het verrichte overwerk en de verhouding tussen werkgever en werknemer (artikel 7:611 BW) ligt het voor de hand dat tijd-voor-tijduren, evenals gewone overuren, steeds worden vergoed. Met uitzondering hiervan dat tijd-voor-tijduren niet worden vergoed wanneer CAO-partijen de mogelijkheid hebben opengelaten dat deze uren onvergoed blijven.

De werknemer heeft in dit kader dan ook recht op het in overleg vaststellen van vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte en het verschuiven van tijd-voor-tijduren, waarbij in het laatste geval sprake dient te zijn van gewichtige redenen aan de zijde van de werkgever. Men kan immers in deze situaties niet spreken van een vergoeding van de tijd-voor-tijduren.

Wanneer de werkgever weigert tijd-voor-tijduren vast te stellen voor de werknemers ten aanzien waarvan hij dit verplicht is, pleegt hij wanprestatie. Bovendien handelt hij in een dergelijke situatie in strijd met artikel 7:611 BW.

CAO-partijen mogen afspreken dat het recht op vaststelling van tijd-voor-tijduren na een bepaalde termijn vervalt indien de tijd-voor-tijduren niet worden opgenomen. In andere gevallen geldt ten aanzien van een vordering tot vaststelling de verjaringstermijn van vijf jaren van artikel 3:307 BW en vangt deze aan op de dag na de dag van opeisbaarheid.

Wanneer geen andere vergoeding meer mogelijk is, zullen de niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband veelal worden uitbetaald tegen het geldelijke tarief van tijd-voor-tijduren of van gewone overuren. De verjaringstermijn ten aanzien van deze vordering bedraagt op grond van artikel 3:307 BW vijf jaren en vangt aan op de dag na de dag van opeisbaarheid.

⁵⁰ Ktr. 's-Hertogenbosch 7 juni 2007, rolnr. 06-8294.

5 Uitleg ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen in CAO's

*"Met enkele zeldzame en daarom ook wijd en zijd beroemde uitzonderingen zijn onze collectieve arbeidsovereenkomsten, uit juridisch oogpunt beschouwd, ware leges barbarorum, die de uitlegger voor welhaast onoverkomelijke moeilijkheden plaatst."*⁵¹

mr. J. Mannoury

Alvorens er aan de analyse van de ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen in de bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten kan worden toegekomen, zal er moeten worden bepaald op welke wijze ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen moeten worden uitgelegd. Dit is namelijk, naast de wet- en regelgeving en jurisprudentie, van belang voor het signaleren van gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten in de ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband.

Allereerst wordt uiteengezet wat horizontale CAO-bepalingen zijn en worden de oorzaken van onduidelijke dan wel meerduidige CAO-bepalingen besproken. Vervolgens wordt de uitleg van CAO-bepalingen aan de hand van het Haviltex-criterium afgezet tegen de grammaticale uitleg. Tot slot worden de door de Hoge Raad op de grammaticale uitleg aangebrachte nuancering besproken.

5.1 Horizontale CAO-bepalingen

In CAO's onderscheidt men drie soorten CAO-bepalingen, te weten: obligatoire, diagonale en horizontale bepalingen. Horizontale bepalingen werken door in de individuele arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en werknemer voor wie de CAO geldt. In deze bepalingen zijn rechten en plichten opgenomen die beide partijen tegenover elkaar in acht moeten nemen. De bepalingen worden dus op collectief niveau afgesloten, maar gelden op individueel niveau in de verhouding tussen werkgever en werknemer.⁵²

ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen zijn voorbeelden van horizontale CAO-bepalingen. Deze bepalingen geven immers de individuele werknemer het recht op een aantal ADV-dagen dan wel op een vergoeding van tijd-voor-tijduren in tijd. De individuele werkgever heeft daarentegen de plicht de individuele werknemer de mogelijkheid te bieden van zijn recht gebruik te maken.

5.2 Haviltex versus grammaticale uitleg

Bij het uitleggen van een bepaling in een (algemene) overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.⁵³ Dit bepaalde de Hoge Raad in zijn arrest van 13 maart 1981 (Haviltex). Het houdt in dat bepalingen dienen te worden uitgelegd aan de hand van de bedoelingen die de partijen hebben bij het sluiten van de overeenkomst.

In zijn arrest van 17 september 1993 (Gerritse/HAS) oordeelde de Hoge Raad anders ten aanzien van horizontale CAO-bepalingen. Bij de uitleg van deze bepalingen zijn de bewoordingen ervan en een eventuele tekstuele toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die CAO, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Dit omdat de individuele werknemer niet betrokken is bij de totstandkoming van de CAO. Ook de werkgever hoeft hierbij niet per definitie betrokken te zijn geweest. De bedoelingen van de CAO-partijen zijn voor hen om deze reden niet kenbaar. Wanneer de werkgever een aandeel heeft gehad bij de totstandkoming van de CAO, kan hij zaken, waarvan hij in dit kader bijzondere wetenschap heeft, niet tegenover de werknemer inroepen.⁵⁴

ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen dienen te worden uitgelegd aan de hand van de bewoordingen ervan, gelezen in het licht van de gehele CAO-tekst, en een eventuele tekstuele toelichting. Hiervoor is immers reeds vastgesteld dat ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen horizontale CAO-bepalingen zijn.

5.3 Eenduidige en meerduidige CAO-bepalingen

Het enkel hanteren van een strikt grammaticale uitleg, waarbij enkel acht wordt geslagen op de letterlijke tekst gelezen in het licht van de gehele CAO, kan problematisch zijn. Dit vindt zijn

⁵¹ Mannoury 1954, p. 340.

⁵² Sagel 2000, p. 23.

⁵³ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

⁵⁴ HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 en Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 30.

oorzaak in het gegeven dat CAO-bepalingen soms eenduidig, maar vaak op meerdere wijzen voor uitleg vatbaar zijn. Het is zeer moeilijk vast te stellen wat de betekenis van de letterlijke tekst is, wanneer de bewoordingen op meerdere wijzen kunnen worden uitgelegd. Dit kan allereerst leiden tot rechtsonzekerheid, omdat men niet weet op welke wijze de rechter de bewoordingen zal interpreteren. Bovendien kan het leiden tot tegenovergestelde rechterlijke beslissingen.⁵⁵

Meerduidige CAO-bepalingen kunnen allereerst ontstaan doordat de CAO's niet worden opgesteld door juristen, die alle keuzes op het gebied van de bewoordingen nauwkeurig overwegen. De CAO-partijen hebben hier vaak ook geen tijd voor. Zij zijn immers gebonden aan deadlines en voeren vaak vermoeiend overleg. Er zal echter wel een CAO tot stand dienen te komen. Laatst genoemde factoren en de daaruit mogelijk voortvloeiende uitputting en vermindering van aandacht voor de formulering kunnen negatieve invloed hebben op de helderheid van de CAO-bepalingen.⁵⁶

Ten tweede kunnen meerduidige CAO-bepalingen ontstaan doordat deze soms bewust dubbelzinnig worden geformuleerd. Dit kan het gevolg zijn van het gegeven dat op een bepaald onderwerp geen overeenstemming wordt bereikt. Teneinde toch te komen tot een CAO wordt er soms voor gekozen om een CAO-bepaling op een dergelijke wijze te formuleren dat de formulering in het voordeel van beide partijen kan worden uitgelegd.⁵⁷

5.4 Nuancering op grammaticale uitleg

De Hoge Raad heeft inmiddels nuanceringsaangebracht op de strikt grammaticale uitleg van CAO-bepalingen. Zo heeft hij in zijn arrest van 28 juni 2002 bepaald dat de grammaticale uitleg niet betekent dat er onder alle omstandigheden alleen maar mag worden gelet op de letterlijke dan wel grammaticale betekenis van de bewoordingen van de CAO-bepaling. Wanneer de bedoeling van de CAO-partijen naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO en de eventuele schriftelijke toelichting, kunnen ook deze bedoelingen bij de uitleg worden betrokken. De bedoelingen dienen dan voor de individuele werkgever en werknemer, die niet bij de onderhandelingen aanwezig zijn geweest, kenbaar te zijn.⁵⁸

5.4 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat bij de analyse van de ADV- en tijd-voor-tijdbepalingen in de bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten, als zijnde horizontale bepalingen, rekening moet worden gehouden met de grammaticale uitleg en de nuancering hierop. Dit houdt allereerst in dat acht moet worden geslagen op de letterlijke tekst van de CAO-bepaling en de tekstuele toelichting hierop, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO. Daarnaast kan de kenbaarheid van de bedoelingen van de CAO-partijen bij de analyse worden betrokken.

⁵⁵ Sagel 2000, p. 27-28.

⁵⁶ Sagel 2000, p. 27.

⁵⁷ Sagel 2000, p. 27.

⁵⁸ HR 28 juni 2002, *JAR* 2002, 168.

6 ADV-bepalingen in CAO's FNV Bondgenoten

In de voorgaande hoofdstukken is de theorie omtrent ADV-dagen en de uitleg van ADV-bepalingen besproken. Dit hoofdstuk tracht op basis hiervan antwoord te geven op de vraag welke gebreken en onduidelijkheden de artikelen in bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten bevatten op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen. De tweede vraag, waarop dit hoofdstuk een antwoord tracht te geven, is op welke punten de desbetreffende artikelen kunnen worden verbeterd.

Allereerst wordt de inhoud van de ADV-bepalingen en de bedoeling van de CAO-partijen besproken. Vervolgens wordt er gekeken naar de problemen die in de praktijk worden gesignaleerd naar aanleiding van mogelijke gebreken en onduidelijkheden in deze ADV-bepalingen. Tot slot worden de gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten uiteengezet.

6.1. Inhoud ADV-bepalingen en bedoeling CAO-partijen

In deze paragraaf wordt de inhoud van de ADV-bepalingen van zes bedrijfstak-CAO's besproken voor wat betreft de vaststelling tijdens en de afrekening bij het einde van het dienstverband. De bedoeling die de CAO-partijen ten aanzien van de desbetreffende artikelen hebben, wordt eveneens besproken.

6.1.1 CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg & verhuur van mobiele kranen

De CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen bevat in artikel 68 een ATV-bepaling. Deze bepaling geeft de werknemer recht op 3,5 ATV-dagen op jaarbasis.

Het toekennen van deze dagen moet ingevolge artikel 68 lid 2 door de werkgever na overleg met de werknemer in een schriftelijke regeling worden vastgelegd. Deze regeling moet uiterlijk drie maanden vóór de eerste vrije dag van de betrokken werknemer aan hem zijn uitgereikt. Volgens Koopmans⁵⁹ kan de werkgever de individuele ATV-dagen zowel na overleg met de werknemer als eenzijdig inroosteren. Wanneer er een medezeggenschapsorgaan aanwezig is, kan de inroostering tevens in overleg met dit orgaan plaatsvinden. Hierbij gaat het over het algemeen om collectieve ATV-dagen voor relatief grote groepen van werknemers binnen de onderneming.

Er zijn echter zeer weinig ondernemingen met een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Als er een dergelijk orgaan niet aanwezig is, roostert de werkgever volgens Koopmans de ATV-dagen in na overleg met de individuele werknemer of met een aantal van de werknemers.

De ATV-dagen dienen volgens Koopmans gedurende het jaar te worden opgenomen. Wanneer een werknemer aan het einde van het jaar nog geen of weinig ATV-dagen heeft opgenomen, is het niet toegestaan de resterende ATV-dagen mee te nemen naar het daarop volgende jaar.

Mede om deze reden dienen de ATV-dagen, indien deze niet vóór 1 oktober van enig jaar zijn vastgesteld, na 1 oktober te worden opgenomen op de wijze voorzien in artikel 67 lid 6a. Dit volgt uit artikel 68 lid 2 juncto artikel 67 lid 6a. Hetgeen volgens Koopmans betekent dat ATV-dagen vanaf 1 oktober onder dezelfde voorwaarden vallen als vakantiedagen. Volgens artikel 67 lid 6a bevordert de werkgever dat de werknemer zijn vakantiedagen (ATV-dagen) in het lopende jaar opneemt. Hiertoe zal de werkgever tijdig in overleg met de werknemer een jaarplanning opstellen.

De CAO bevat geen bepaling over vervangende ATV-dagen in geval van ziekte op een reeds vastgestelde ATV-dag. Volgens Koopmans krijgt de werknemer geen vervangende ATV-dag wanneer deze ziek is op een reeds vóór 1 oktober van enig jaar vastgestelde ATV-dag. Indien de ATV-dag niet vóór 1 oktober van enig jaar is ingeroosterd en vanaf deze datum onder dezelfde voorwaarden als vakantiedagen valt, ontvangt de werknemer wel een vervangende vakantiedag (ATV-dag) bij ziekte.

Een bepaling over het verschuiven van vastgestelde ATV-dagen is niet in de CAO opgenomen. Volgens Koopmans dient er echter in overleg tussen werkgever en werknemer een nieuwe ATV-dag te worden vastgesteld.

De CAO bevat geen bepaling over afrekening van ATV-dagen bij het einde van het dienstverband. In de praktijk wordt dit volgens Koopmans echter goed geregeld en worden de vóór 1 oktober

⁵⁹ Bestuurder FNV Bondgenoten Divisie Vervoer

ingeroosterde ATV-dagen, in geval van einde van het dienstverband voor deze datum, afgerekend. Na 1 oktober van enig jaar worden volgens Koopmans de vakantiedagen (ATV-dagen) waarop de werknemer, bij het einde van het dienstverband, aanspraak heeft en die niet alsnog wordt genoten, uitbetaald. Dit staat in artikel 67 lid 7 van deze CAO.

In de praktijk worden volgens Koopmans de ATV-dagen echter al vanaf 1 januari van enig jaar bij de vakantiedagen opgeteld. Dit werkt in de praktijk het meest effectief. Het aantal ondernemingen dat daadwerkelijk ATV-dagen vaststelt is namelijk zeer klein.

De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat zeer weinig ondernemingen de ATV-dagen als brugdagen kunnen gebruiken en dat het gemakkelijker is ten aanzien van de administratie van deze dagen en in de communicatie naar de werknemer. Bij brugdagen kan gedacht worden aan de dagen tussen een feestdag en het weekend. Er is in het goederenvervoer altijd werk voor handen en de werknemers dienen dan ook flexibel te kunnen worden ingezet.

6.1.2 CAO Goederenvervoer Nederland

De CAO Goederenvervoer Nederland bevat in artikel 36B een bepaling inzake ATV-dagen. Artikel 36B lid 1 geeft de werknemer behorende tot het rijdend personeel recht op 3,5 ATV-dagen op jaarbasis. De werknemer niet behorende tot het rijdend personeel heeft recht op 5,5 ATV-dagen op jaarbasis.

Deze bepaling komt in belangrijke mate overeen met de ATV-bepaling in de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen. Met uitzondering daarvan dat ingevolge artikel 36B lid 2 de werkgever de ATV-dagen toekent na overleg met de werknemer(s) of zijn vertegenwoordiger. Ook hier dienen de ATV-dagen in een schriftelijke regeling te worden vastgelegd. Deze regeling dient drie maanden vóór de eerste vrije dag van de betrokken werknemer aan hem zijn uitgereikt.

Artikel 36B verwijst in lid 2 naar artikel 36A lid 6 voor ATV-dagen die niet vóór 1 oktober van enig jaar zijn ingeroosterd. Hetgeen volgens Koopmans inhoudt dat ook voor deze CAO geldt dat deze ATV-dagen vanaf 1 oktober onder dezelfde voorwaarden als vakantiedagen vallen.

De bedoeling van CAO-partijen ten aanzien van de ATV-bepaling in de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen, zoals deze eerder uiteen is gezet, geldt tevens ten aanzien van de CAO Goederenvervoer Nederland. Voor deze bedoeling wordt dan ook verwezen naar paragraaf 6.1.1.

6.1.3 CAO Particuliere Beveiliging

Ingevolge artikel 20 lid 1 van de CAO Particuliere Beveiliging heeft de fulltime werknemer recht op 13 ADV-dagen op jaarbasis. Volgens artikel 20 lid 2 krijgt een parttime werknemer deze dagen naar evenredigheid toegewezen.

Op basis van artikel 20 lid 4 stelt de werkgever de ADV-dagen vast, neemt deze dagen in het rooster op en deelt deze mee aan de werknemer. Dit houdt volgens Neijenhuijs⁶⁰ in dat de ADV-dagen individueel worden vastgesteld. Het is namelijk in deze bedrijfstak van belang dat er altijd een beveiliging beschikbaar is. Collectief vastgestelde ADV-dagen komen in deze sector dan ook niet voor.

Medezeggenschap van de werknemer bij het vaststellen van de ADV-dagen is geen vanzelfsprekendheid. De werkgever stelt de ADV-dagen dan ook over het algemeen eenzijdig vast. Een beveiligingsbedrijf is afhankelijk van de opdrachten van opdrachtgevers en dit bepaalt het inroosteren en het aantal werknemers dat beschikbaar dient te zijn. Er wordt echter incidenteel wel rekening gehouden met de wensen van de werknemer wanneer deze ruim van te voren kenbaar zijn gemaakt.

In artikel 31 is bepaald dat het vaste rooster met hierin opgenomen de ADV-dagen na overeenstemming met de werknemer tot stand komt. Volgens Neijenhuijs houdt dit niet in dat de werknemer medezeggenschap heeft, maar dat de werknemer slechts akkoord dient te gaan met het rooster. De verhoudingen tussen de werkgever en de werknemer biedt de werknemer zeer weinig ruimte om te weigeren. Het begrip overeenstemming stelt dus niet veel voor.

⁶⁰ Bestuurder FNV Bondgenoten Divisie Diensten

Dit is anders wanneer de werkgever een reeds vastgestelde ADV-dag wil verschuiven. Hiervoor is namelijk in artikel 20 lid 5 bepaald dat het verschuiven van de ADV-dag naar uiterlijk de volgende loonperiode enkel met instemming van de werknemer mag plaatsvinden. Dit is volgens Neijenhuijs een wezenlijk verschil met overeenstemming. Het verschuiven van de ADV-dagen is enkel toegestaan onder bijzondere bedrijfsomstandigheden waarin de werkgever hiertoe genoodzaakt is. In dit kader is het mogelijk dat de werknemer twee ADV-dagen achter elkaar geniet in één loonperiode.

Op grond van artikel 35 lid 5 ontvangt de werknemer bij ziekte op een reeds vastgestelde ADV-dag geen vervangende ADV-dag. Volgens Neijenhuijs is dit zo geregeld omdat het rooster op dat moment over het algemeen niet meer aangepast kan worden. Bovendien strookt een vervangende ADV-dag niet met het doel van arbeidsduurverkorting.

Volgens Neijenhuijs dient de werkgever de ADV-dagen binnen het desbetreffende jaar in te roosteren, omdat de arbeidsduurverkorting op jaarbasis plaatsvindt. Wanneer dit niet lukt door toedoen van de werkgever, is het de bedoeling dat de werknemer deze dagen meeneemt naar het daarop volgende jaar. In de praktijk komt het echter regelmatig voor dat de werknemer na afloop van het desbetreffende jaar niet meer in de gelegenheid wordt gesteld deze dagen alsnog te genieten.

De CAO bevat geen bepaling over afrekening van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband. Neijenhuijs kan hiervoor geen verklaring geven. In de praktijk worden deze ATV-dagen echter wel uitbetaald.

6.1.4 CAO voor de Gemaksvoedingsindustrie

De CAO voor de Gemaksvoedingsindustrie bevat in artikel 16 een bepaling inzake arbeidstijdverkorting. Ingevolge artikel 16 lid 1 hebben werknemers, met uitzondering van werknemers in de vijfploegendienst, recht op 120 ATV-uren op jaarbasis.

De werkgever stelt de ATV-uren vast in blokken van vier uur. Hierover dient de werkgever overleg te plegen met de werknemer. Volgens Couwenberg⁶¹ houdt dit in dat de ATV-uren individueel worden vastgesteld. Collectieve vaststelling komt in deze bedrijfstak niet voor.

Het is op basis van artikel 16 lid 2 niet de bedoeling dat ATV-uren en vakantie- of snipperdagen samenvallen. Teneinde het samenvallen van deze dagen te voorkomen mag de werkgever vragen om het verzoek tot vaststelling van vakantie- of snipperdagen voor een bepaalde datum in te dienen. Hierover dient de werkgever overleg te plegen met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging.

Artikel 16 lid 3 bepaalt dat wanneer de werknemer ziek is op een dag waarop reeds ATV-uren zijn vastgesteld, deze werknemer geen recht heeft op vervangende ATV-uren. Volgens Couwenberg is dit zo afgesproken omdat ATV-uren geen vakantiedagen zijn.

Wanneer de ATV-uren in een bepaald jaar niet kunnen worden vastgesteld, mogen deze uren volgens Couwenberg worden meegenomen naar het daarop volgende jaar. Couwenberg is echter wel van mening dat de ATV-uren niet zouden mogen worden meegenomen naar het volgende jaar, omdat de ATV-uren op jaarbasis dienen te worden vastgesteld.

Artikel 16 lid 4 bevat een bepaling over niet-genoten ATV-uren bij het einde van het dienstverband. Deze ATV-uren kunnen volgens deze bepaling voorafgaand aan de opzegtermijn alsnog worden opgenomen. Een andere mogelijkheid is het verkopen van de ATV-uren. Dit betekent dat de niet-genoten ATV-uren worden afgerekend. Wanneer de werknemer te veel ATV-uren heeft genoten, moet hij deze aan de werkgever bij het einde van het dienstverband terugbetalen. Volgens Couwenberg komen beide situaties niet voor wanneer de uren allemaal gedurende het jaar worden vastgesteld.

Volgens artikel 16 lid 5 kan de werkgever afwijken van de standaardregeling. Hij dient hierover overeenstemming te bereiken met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. Afwijken van de standaardregeling kan volgens dit artikel slechts betrekking hebben op de wijze waarop arbeidsduurverkorting wordt uitgeroosterd. De regeling dient schriftelijk te worden gemeld bij de Vaste Commissie voor de Gemaksvoedingsindustrie.

⁶¹ Bestuurder FNV Bondgenoten Divisie Industrie

6.1.5 CAO Openbaar Vervoer

De CAO Openbaar Vervoer bevat in artikel 35 een ATV-bepaling. Artikel 35 lid 4 sub a bepaalt dat roostergebonden werknemers recht hebben op 12 hele en 10 halve ATV-dagen per jaar. Dit hebben zij naast de gemiddeld twee vrije dagen per week.

Deze ATV-dagen voor roostergebonden werknemers worden volgens artikel 35 lid 4 sub a opgenomen in een roulering. Volgens bijlage 11 van de CAO is dit een werktijdschema waarin diensten en ATV-dagen aan alle werknemers evenredig worden toebedeeld. Dit houdt volgens Koppens⁶² in dat de ATV-dagen eenzijdig en individueel worden ingeroosterd, zodat elke werknemer op regelmatige basis een ATV-dag heeft. Volgens artikel 35 lid 4 sub b worden de halve ATV-dagen in overleg met de ondernemingsraad, in blokken van gemiddeld vier uur met een minimum van drie uur en een maximum van vijf uur ingeroosterd. Volgens Koppens vindt dit overleg plaats op het moment dat door de werkgever een concept-roulering conform artikel 35 lid 4 sub c juncto artikel 19 aan de ondernemingsraad is voorgelegd. De ondernemingsraad dient ingevolge artikel 35 lid 4 sub c juncto artikel 19 lid 2 in te stemmen met de gehele roulering waarin de ATV-dagen zijn opgenomen.

Ten aanzien van de medezeggenschap bij de vaststelling van de 12 hele ATV-dagen voor de roostergebonden werknemers is in artikel 35 niets geregeld. Volgens Koppens dienen de hele ATV-dagen echter ook op individuele basis en eenzijdig door de werkgever in overleg met de ondernemingsraad te worden ingeroosterd. Zij is van mening dat dit voortvloeit uit artikel 35 lid 4 sub a.

Niet-roostergebonden werknemers hebben volgens artikel 35 lid 5 een vast patroon van dagelijkse diensten. In hun werktijdregeling worden per jaar 12 hele en twee halve ATV-dagen opgenomen. Volgens Koppens kunnen deze werknemers deze individuele ATV-dagen in overleg met de werkgever opnemen, tenzij de ondernemingsraad bepaalt dat de ATV-dagen ook voor deze werknemers eenzijdig worden ingeroosterd.

Artikel 35 lid 7 bepaalt dat een reeds ingeroosterde ATV-dag bij arbeidsongeschiktheid op die dag vervalt. Wanneer de werknemer echter in het kader van reïntegratie vervangend werk verricht met een arbeidsomvang gelijk aan die van zijn eigen functie, vervalt de ATV-dag niet bij arbeidsongeschiktheid op die dag. Volgens Koppens is dit een uitkomst van de onderhandelingen.

Ten aanzien van het verschuiven van een reeds ingeroosterde ATV-dag moet er volgens Koppens worden gekeken naar artikel 41. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat het intrekken van een vrije dag plaatsvindt volgens de richtlijnen die zijn vastgesteld met instemming van de ondernemingsraad. Het intrekken van de vrije dag dient, behoudens in situaties die niet aan de werkgever kunnen worden verweten of niet door hem waren te voorzien, plaats te vinden met instemming van de werknemer. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat de werknemer een vervangende dag krijgt toegewezen. Wanneer de werkgever binnen acht dagen voorafgaand aan de vrije dag de werknemer mededeelt dat deze dient te werken op zijn vrije dag, ontvangt de werknemer een toelage van 35% van het dagloon. Volgens lid 3 ontvangt de werknemer een toelage van 100% voor elk op de vrije dag gewerkt uur, wanneer uit hoofde van het dienstbelang binnen 21 dagen geen vervangende vrije dag kan worden toegekend. Het is eveneens mogelijk per gewerkt uur twee uren vrijaf met behoud van loon toe te kennen.

De CAO bevat geen bepaling over afrekening van niet-genoten ATV-dagen bij het einde van het dienstverband. Volgens Koppens komt het niet vaak voor dat roostergebonden werknemers niet-genoten ATV-dagen hebben bij het einde van het dienstverband, omdat deze dagen op regelmatige basis worden ingeroosterd. Bij niet-roostergebonden werknemers is dit anders. Wanneer er bij deze werknemers sprake is van niet-genoten ATV-dagen, worden in de praktijk deze dagen uitbetaald. Volgens Koppens is het echter in de praktijk vanzelfsprekend dat werkgever en werknemer regelen dat de niet-genoten ATV-dagen bij het einde van het dienstverband worden afgerekend.

6.1.6 CAO Kleinmetaal (algemeen deel)

Artikel 18a van deze CAO bevat een bepaling over vormen van arbeidsduurverkortung. De vormen waaruit kan worden gekozen staan vermeld in artikel 18a lid 2. Bij alle vormen kan de ADV-tijd niet worden ingeroosterd op zon- en feestdagen, zoals bedoeld in artikel 19 lid 1 van deze CAO. Ingevolge artikel 19 lid 1 zijn dit de zondagen, nieuwjaardag, tweede paasdag, etc.

⁶² Bestuurder FNV Bondgenoten Divisie Vervoer

Artikel 18a lid 2 sub a biedt de keuzemogelijkheid tot het invoeren van ADV-blokken. Hierbij wordt onderscheiden: 8 uren aaneengesloten ADV-tijd per vier weken, 4 uren aaneengesloten ADV-tijd per twee weken en 2 uren aaneengesloten ADV-tijd per week. Deze vorm komt volgens Berghuis⁶³ in de praktijk niet veel meer voor.

In artikel 18a lid 2 sub c worden de ADV-dagen genoemd. De ADV-dagen zijn alleen een optie voor de werkgever die werkzaamheden verricht op bouwwerken. De (gedeelten van) ADV-dagen worden, tenzij in overleg met het medezeggenschapsorgaan dan wel de werknemersdelegatie anders wordt overeengekomen, vastgesteld op die (gedeelten van) dagen waarop het bouwwerk in verband met ADV niet toegankelijk is. Dit houdt volgens Berghuis in dat wanneer in de CAO Bouw wordt bepaald dat bouwwerken op een bepaalde dag niet toegankelijk zijn vanwege ADV, bijvoorbeeld de installateurs en elektriciens die werkzaam zijn op het bouwwerk eveneens een ADV-dag hebben. Het gaat hier dus om collectieve vaststelling. Berghuis is van mening dat 'in overleg' hetzelfde is als 'instemming'.

ADV-dagen die eventueel nog resteren dienen volgens artikel 18a lid 2 sub c in overleg met het medezeggenschapsorgaan dan wel de werknemersdelegatie te worden vastgesteld. Deze ADV-dagen kunnen volgens Berghuis zowel collectief als individueel worden vastgesteld. De individuele ADV-dagen worden volgens Berghuis in overleg met de werknemer vastgesteld.

Indien de werknemer bij het einde van het dienstverband nog recht heeft op ADV-tijd dan wel te veel ADV-tijd heeft genoten wordt dit ingevolge artikel 18b lid 1 in tijd dan wel in geld verrekend. Dit betekent volgens Berghuis dat de werknemer recht heeft op afrekening van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband. De geldelijke vergoeding vindt plaats volgens artikel 31 lid 1, vermeerderd met een eventueel van toepassing zijnde ploegentoeslag. In artikel 31 is bepaald per welke periode salarisbetaling plaatsvindt en wat onder het salaris wordt verstaan.

Wanneer de werknemer arbeidsongeschikt is geweest tijdens ADV-tijd ontvangt hij op grond van artikel 18b lid 1 geen vervangende ADV-tijd. Volgens Berghuis is dit gebaseerd op het feit dat de werknemer niet werkt tijdens ADV-tijd en dat hij daarom geen recht heeft op vervangende ADV-tijd bij arbeidsongeschiktheid.

Dit is anders wanneer de werknemer tijdens ADV-tijd arbeid dient te verrichten. In dat geval dient volgens artikel 18b lid 2 in overleg met de werknemer vervangende ADV-tijd te worden vastgesteld. De vervangende ADV-tijd dient uiterlijk in het volgende kalenderkwartaal te worden genoten. Deze termijn is volgens Berghuis opgenomen om de werkgever te dwingen de vervangende ADV-tijd ook daadwerkelijk vast te stellen.

6.2 Problemen en discussiepunten in de praktijk

Binnen de collectieve dienstverlening van FNV Bondgenoten zijn geen problemen of discussiepunten bekend naar aanleiding van gebreken of onduidelijkheden in de ADV-bepalingen van de eerder besproken CAO's. Dit houdt in dat ondernemingsraden geen vragen hebben gesteld over de uitvoering van deze bepalingen. Bovendien zijn er geen problemen of discussiepunten naar aanleiding van gebreken of onduidelijkheden gemeld.

Dit geldt tevens voor de Dienst Individuele Dienstverlening. Hier zijn, voor zover dit bekend is, geen dossiers behandeld waarin problemen of discussiepunten naar aanleiding van gebreken of onduidelijkheden in de eerder besproken ADV-bepalingen voorkomen. Dit geldt voor de CAO-artikelen op het gebied van de vaststelling tijdens en de afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen.

6.3 Gebreken en onduidelijkheden in ADV-bepalingen

De gebreken en onduidelijkheden in de eerder besproken ADV-bepalingen op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband worden in deze paragraaf uiteengezet. Allereerst wordt de wijze van vaststellen en de medezeggenschap besproken. Vervolgens wordt het recht op vervangende ADV-dagen bij ziekte, het verschuiven van vastgestelde ADV-dagen en het recht op afrekening van niet-genoten ADV-dagen uiteengezet. Tot slot bespreekt deze paragraaf het gelijkstellen van ADV-dagen aan vakantiedagen.

⁶³ Bestuurder FNV Bondgenoten Divisie Metaal

6.3.1 Wijze van vaststellen

Voor de werknemer is het in zekere mate van belang te weten op welke wijze zijn ADV-dagen worden vastgesteld, zodat hij de werkgever hierop kan aanspreken. Deze kenbaarheid is voornamelijk van belang bij individuele vaststelling, omdat de werknemer hierbij mogelijk in kleinere of in grotere mate medezeggenschap heeft bij het naar zijn wens vaststellen van ADV-dagen.

Desondanks is in de CAO Particuliere Beveiliging, CAO Kleinmetaal en de CAO Openbaar Vervoer de mogelijkheid of verplichting tot individuele vaststelling niet opgenomen, terwijl dit volgens de bestuurders wel mogelijk is. Zo bevat de CAO Particuliere Beveiliging enkel de bepaling dat de werkgever de ADV-dagen vaststelt. In de CAO Kleinmetaal en in de CAO Openbaar Vervoer ten aanzien van niet-roostergebonden werknemers is eveneens niets opgenomen dat duidt op de mogelijkheid of verplichting tot individuele vaststelling.

In andere gevallen worden wel bewoordingen gehanteerd die zouden kunnen duiden op individuele vaststelling, maar is dit niet met duidelijke bewoordingen zo vastgelegd. Zo is in de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen, CAO Goederenvervoer Nederland en de CAO voor de Gemaksvoedingsindustrie bepaald dat er overleg tussen werkgever en werknemer dient plaats te vinden. Dit zou kunnen duiden op de mogelijkheid tot individuele vaststelling van ADV-dagen. Wanneer in de CAO Openbaar Vervoer de ADV-dagen in samenhang met de term 'roulering' in het licht van de gehele CAO-tekst, bijvoorbeeld bijlage 11 van deze CAO, wordt gelezen, wekt dit de indruk dat zowel de halve als de hele ADV-dagen ook voor roostergebonden werknemers individueel worden vastgesteld.

In de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen kunnen de ADV-dagen mede collectief worden vastgesteld, maar is dit niet opgenomen. Zo wordt enkel overleg met de werknemer voorgeschreven. Dit wekt mogelijk de indruk dat de ADV-dagen individueel, maar niet collectief worden vastgesteld.

De CAO Goederenvervoer Nederland en de CAO Kleinmetaal hanteren daarentegen wel bewoordingen die zouden kunnen duiden op collectieve vaststelling, maar dit zijn geen duidelijke bewoordingen. De eerst genoemde CAO bepaalt immers dat de werkgever de ADV-dagen in overleg met de vertegenwoordiger van de werknemer kan vaststellen. De CAO Kleinmetaal geeft aan dat een bepaalde groep werknemers een ADV-dag heeft op de dagen waarop bouwwerken niet toegankelijk zijn in verband met ADV, tenzij in overleg met de ondernemingsraad of de werknemersdelegatie anders wordt bepaald. De eventueel resterende ADV-dagen worden volgens de CAO Kleinmetaal eveneens in overleg met deze organen vastgesteld.

Men kan op basis van het voorgaande stellen dat de mogelijkheid of de verplichting tot individuele en/of collectieve vaststelling niet altijd kenbaar is. In andere gevallen worden wel bewoordingen gehanteerd die erop zouden kunnen duiden dat de CAO-partijen deze bedoeling hebben, maar is dit niet met duidelijke bewoordingen zo vastgelegd. Dit is een onduidelijkheid, omdat de wijze van vaststellen voor de werknemer niet (voldoende) kenbaar is en hij de werkgever hierop niet of moeilijk kan aanspreken.

6.3.2 Medezeggenschap medezeggenschapsorgaan

Uit artikel 27 lid 1 sub b WOR vloeit voort dat de werkgever, in geval van een besluit tot collectieve vaststelling van ADV-dagen of een besluit tot het vaststellen van een bedrijfsreglement ten aanzien van de vaststelling van ADV-dagen, instemming van de ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging nodig heeft. Wanneer de CAO de ADV-regeling inhoudelijk regelt, is ingevolge artikel 27 lid 3 WOR deze instemming niet vereist.

Wanneer CAO-partijen overleg of overeenstemming met de ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging zijn overeengekomen, levert dit een gebrek op, omdat de inhoud van een dergelijke overeengekomen bepaling in strijd is met de wet en om deze reden nietig is. In dit geval is er sprake van strijd met artikel 27 WOR. Een CAO die in strijd hiermee is, is om deze reden op grond van artikel 3:40 lid 2 BW nietig. De nietigheid betreft hier een deel van de CAO, in dit geval (een deel van) een ADV-bepaling, en daarom is er ingevolge artikel 3:41 BW slechts sprake van partiële nietigheid. Dit betekent dat het overige deel van de CAO, wat niet in onverbreeklijk verband staat met de nietige bepaling, in stand blijft.

Ondanks dat de CAO Goederenvervoer Nederland geen inhoudelijke ADV-regeling bevat, is in artikel 36B lid 2 van deze CAO toch opgenomen dat de werkgever overleg dient te plegen met de vertegenwoordiger van de werknemer bij het vaststellen van de ADV-dagen. Indien men er vanuit

gaat dat hier collectieve vaststelling wordt bedoeld, wordt hier ten onrechte de term 'overleg' gehanteerd.

Daarnaast is in de CAO voor de Gemaksv voedingsindustrie en in de CAO Kleinmetaal ten onrechte bepaald dat de werkgever na het bereiken van overeenstemming dan wel in overleg met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging een van de CAO afwijkende regeling inzake het vaststellen van ADV-dagen mag opstellen. De termen 'overeenstemming' en 'in overleg' hebben immers een andere betekenis dan de term 'instemming'.

6.3.3 Medezeggenschap werkgever en individuele werknemer

Voor de werknemer is het in zekere mate van belang te weten of zijn ADV-dagen eenzijdig of in overleg worden vastgesteld, zodat hij de werkgever hierop kan aanspreken. Deze kenbaarheid is voornamelijk van belang bij het dienen te voeren van overleg. Wanneer de ADV-dagen in overleg worden vastgesteld en de werknemer weet dit, kan hij zelf het initiatief nemen om met de werkgever in overleg te treden. De werknemer heeft bij het voeren van overleg tevens in grotere mate medezeggenschap bij het naar zijn wens vaststellen van ADV-dagen dan bij eenzijdige vaststelling.

Bovendien zal de rechter, bij een discussie over de verplichting tot het plegen van overleg, kijken naar wat partijen hierover hebben afgesproken. Wanneer in de CAO niet is bepaald dat er overleg dient te worden gepleegd tussen werkgever en werknemer, zal de rechter met toepassing van de grammaticale uitleg tot de conclusie komen dat de verplichting tot overleg niet bestaat en dat eenzijdige vaststelling is toegestaan. Artikel 7:638 BW, waar naar de wensen van de werknemer wordt gekeken, is immers in beginsel niet direct of analoog van toepassing op ADV-dagen. Dit kan anders zijn, wanneer feiten of omstandigheden duiden op het wel van toepassing zijn van dit artikel. Het ontbreken in de CAO van de verplichting tot het plegen van overleg, is dan ook een gebrek wanneer de CAO-partijen hiertoe wel de bedoeling hebben.

Desondanks is in twee CAO's niet vastgelegd dat de werkgever de ADV-dagen in overleg met de werknemer dient vast te stellen. De bestuurders geven echter aan dat dit wel de bedoeling is. Dit geldt voor de CAO Kleinmetaal voor wat betreft de resterende ADV-dagen van werknemers die werkzaam zijn op bouwwerken en voor de CAO Openbaar Vervoer ten aanzien van de niet-roostergebonden werknemers.

Daar waar de ADV-dagen eenzijdig kunnen of moeten worden vastgesteld, is dit evens niet opgenomen. Dit geldt voor de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen en de CAO Goederenvervoer Nederland. Ook geldt dit voor de CAO Openbaar Vervoer voor wat betreft de niet-roostergebonden werknemers.

De CAO Particuliere Beveiliging en de CAO Openbaar Vervoer voor wat betreft de roostergebonden werknemers hanteren wel bewoordingen die duiden op eenzijdige vaststelling, maar bepalen dit niet met dergelijke duidelijke bewoordingen. De CAO Particuliere Beveiliging bepaalt immers dat de werkgever de ADV-dagen vaststelt. De ADV-dagen die de CAO Openbaar Vervoer aan de roostergebonden werknemer toekent, worden in de roulering opgenomen.

De bedoeling van het eenzijdig en/of in overleg vaststellen van ADV-dagen is op basis van het hiervoor besprokene tevens niet altijd kenbaar op grond van de CAO. Dit is een onduidelijkheid, omdat het voor de werknemer niet kenbaar is of hij wel of geen medezeggenschap heeft bij het vaststellen van zijn individuele ADV-dagen en of hij de werkgever hierop kan aanspreken. De werkgever weet daarentegen niet of hij verplicht is overleg te plegen met de werknemer en zal het om deze reden mogelijk ook niet tot zijn verplichtingen rekenen.

6.3.4 Vervangende ADV-dagen bij ziekte

De rechter zal de ADV-bepaling grammaticaal uitleggen en hij is daarbij gebonden aan de partijafspraken die zijn gemaakt ten aanzien van vervangende ADV-dagen bij ziekte op een reeds vastgestelde ADV-dag. Wanneer er over dit onderwerp geen afspraak is opgenomen of wanneer de bedoeling op basis van de CAO niet kenbaar is, mag de rechter artikel 7:637 BW in beginsel niet direct of analoog toepassen op ADV-dagen. Dit mag hij alleen wanneer feiten of omstandigheden, die duiden op de toepasselijkheid van de wettelijke vakantieregeling, hiertoe aanleiding geven.

Het is dan ook géén gebrek dat ten aanzien van reeds vóór 1 oktober vastgestelde dagen, die als ADV-dagen gelden, in de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen en in de CAO Goederenvervoer Nederland niet is opgenomen dat de werknemer geen recht heeft op vervangende ADV-dagen bij ziekte. Het ontbreken hiervan geeft de rechter immers de

ruimte om naar aanleiding van feiten of omstandigheden alsnog te oordelen dat de werknemer recht heeft op vervangende ADV-dagen. Dit kan niet wanneer daadwerkelijk is opgenomen dat er geen recht bestaat, zoals dit in de overige CAO's is gedaan. Dit omdat de rechter de bepaling grammaticaal uitlegt en hij daarbij aan de partijafspraken is gebonden.

Het ontbreken van de bepaling ten aanzien van het recht op vervangende ADV-dagen bij ziekte is echter wel een onduidelijkheid. Dit omdat het voor de werknemer niet kenbaar is of hij wel of geen recht heeft op vervangende ADV-dagen bij ziekte en of hij de werkgever op een eventueel recht kan aanspreken.

6.3.5 Afrekening bij einde dienstverband

Alle bestuurders geven aan dat de niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband dienen te worden afgerekend. Volgens hen wordt dit in de praktijk ook altijd gedaan en is het logisch dat niet-genoten ADV-dagen worden afgerekend.

Desondanks ontbreekt in de CAO Particuliere Beveiliging en de CAO Openbaar Vervoer een bepaling die de werknemer het recht op afrekening van niet-genoten ADV-dagen toekent. Dit geldt tevens voor de CAO Goederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen en de CAO Goederenvervoer Nederland voorzover het ADV-dagen betreft die reeds vóór 1 oktober van enig jaar zijn vastgesteld. Het ontbreken van een dergelijke bepaling is een gebrek.

Hiermee wordt namelijk een zeer groot risico genomen, omdat de rechter bij het ontbreken van een bepaling een vordering van de werknemer tot afrekening van niet-genoten ADV-dagen naar alle waarschijnlijkheid zal afwijzen. Hij hanteert immers de grammaticale uitleg en is hierbij gebonden aan partijafspraken. De eventuele bedoeling om niet-genoten ADV-dagen af te rekenen, is niet in eerder genoemde CAO's opgenomen of op basis van deze CAO's kenbaar en zal dan ook waarschijnlijk niet worden meegenomen in het oordeel. Mede omdat de rechter artikel 7:641 BW in beginsel niet direct of analoog mag toepassen op ADV-dagen, tenzij feiten of omstandigheden hem anders doen oordelen.

Daarnaast is het voor zowel de werknemer als de werkgever niet kenbaar dat niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband dienen te worden afgerekend. Zo is het voor de werknemer op basis van de CAO niet kenbaar dat hij recht heeft op afrekening van niet-genoten ADV-dagen. Een werkgever kan het ontbreken van een bepaling in zijn voordeel gebruiken en van mening zijn dat hij niet tot afrekening verplicht is. Hij zal om deze reden de niet-genoten ADV-dagen mogelijk niet uitbetalen.

6.3.6 ADV-dagen zijn gelijk aan vakantiedagen

Het is CAO-partijen toegestaan af te spreken dat de wettelijke vakantieregeling van toepassing is op de ADV-regeling. De toepasselijkheid van de vakantieregeling kan ook blijken uit feiten of omstandigheden. De rechtspositie van de werknemer is in een dergelijke situatie sterker, omdat de regeling ingevolge artikel 7:645 BW een dwingendrechtelijk karakter heeft.

De CAO-partijen hebben ten aanzien van de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen en de CAO Goederenvervoer Nederland de wettelijke vakantieregeling van toepassing willen verklaren, maar zij hebben dit inconsequent en onjuist gedaan. Zo verwijzen beide CAO's voor de wijze van opnemen van ADV-dagen, die niet vóór 1 oktober van enig jaar zijn vastgesteld, naar een lid van een vakantiebepaling in de CAO.

Volgens Koopmans dienen de ADV-dagen vanaf 1 oktober niet alleen opgenomen te worden volgens de vakantiebepaling, maar dienen tevens niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband te worden afgerekend als vakantiedagen. Het afrekenen van vakantiedagen staat echter in een ander lid van de vakantiebepaling vermeld dan het lid waarnaar in de ADV-bepaling wordt verwezen.

Bovendien dient er volgens Koopmans bij ziekte op een ADV-dag, die niet reeds vóór 1 oktober van enig jaar is vastgesteld, een vervangende ADV-dag te worden vastgesteld volgens de vakantieregeling. De vakantiebepaling in de CAO's bevat echter geen regeling op dit gebied en hier wordt dan ook niet naar verwezen in de ADV-bepaling. De wettelijke vakantieregeling is echter aangehaald in de vakantiebepaling, maar zowel naar het desbetreffende lid in deze bepaling als naar de wettelijke vakantieregeling wordt eveneens niet verwezen in de ADV-bepaling.

Ondanks dat het voorgaande op basis van de CAO in ieder geval niet van toepassing is op de ADV-dagen die reeds vóór 1 oktober van enig jaar zijn vastgesteld, wordt in de praktijk over het

algemeen al vanaf 1 januari de wettelijke vakantieregeling op de ADV-dagen toegepast. Dit zou kunnen duiden op de aanwezigheid van feiten en omstandigheden op basis waarvan de wettelijke vakantieregeling vanaf 1 januari van enig jaar van toepassing zou zijn op de ADV-dagen.

Het niet van toepassing verklaren van alle vereiste bepalingen is een gebrek, omdat hiermee de rechtspositie van de werknemer niet of in mindere mate wordt beschermd. Eventuele vorderingen van de werknemer tot vaststelling van vervangende ADV-dagen of tot afrekening van niet-genoten ADV-dagen zullen waarschijnlijk worden afgewezen. De rechter zal immers naar alle waarschijnlijkheid de niet van toepassing verklaarde bepalingen niet in zijn oordeel betrekken, omdat hij de grammaticale uitleg hanteert en op basis van de CAO niet kenbaar is dat zij wel van toepassing zijn. De rechter mag, bij het ontbreken van de desbetreffende bepalingen, de wettelijke vakantieregeling in beginsel niet direct of analoog toepassen op de ADV-dagen. Dit mag hij alleen wanneer de van toepassing verklaring blijkt uit feiten of omstandigheden.

6.4 Verbeterpunten

De artikelen op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen in de bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten kunnen gezien het bovenstaande op een aantal punten in het belang van de werknemer worden verbeterd. Deze punten zijn:

- het vermelden van de wijze van vaststellen;
- het instemmingsrecht van de ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging bij collectieve vaststelling en het vaststellen van een van de CAO afwijkende regeling;
- het vermelden van de medezeggenschap van de werkgever en de individuele werknemer;
- Het vermelden van het recht op vervangende ADV-dagen bij ziekte;
- het vermelden van het recht op afrekening van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband;
- het van toepassing verklaren van alle vereiste (CAO of wettelijke) vakantiebepalingen.

6.5 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de ADV-bepalingen op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen op een aantal punten gebreken en onduidelijkheden bevatten. Op al deze punten kunnen verbeteringen in het belang van de werknemer worden aangebracht.

Allereerst is het een onduidelijkheid dat in de meeste CAO's de mogelijkheid of de verplichting tot individuele en/of collectieve vaststelling niet of niet met zodanige duidelijke bewoordingen is opgenomen. Dit in verband met de kenbaarheid van de wijze van vaststellen.

Daarnaast is het een gebrek dat in enkele CAO's niet de zinsnede 'instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging' wordt gehanteerd, maar dat men spreekt over '(in) overleg' en 'overeenstemming'. Hier is sprake van een gebrek, omdat het gebruik van deze termen strijd met de wet oplevert op basis van artikel 3:40 BW juncto artikel 3:41 BW.

Ook is in een paar CAO's het eenzijdig en/of het in overleg vaststellen van ADV-dagen niet of niet met duidelijke bewoordingen opgenomen. Dit is in verband met de kenbaarheid van de medezeggenschap een onduidelijkheid en in geval van overleg een gebrek, omdat de rechter kan oordelen dat eenzijdige vaststelling is toegestaan en dat overleg niet verplicht is.

Ook is het een onduidelijkheid dat in sommige CAO's de bedoeling om de werknemer geen recht op vervangende ADV-dagen toe te kennen bij ziekte op reeds vastgestelde ADV-dagen niet is opgenomen. Dit is een onduidelijkheid, omdat het voor de werknemer niet kenbaar is of hij wel of geen recht op vervangende ADV-dagen heeft.

Tevens is het een gebrek dat in een aantal CAO's een bepaling die de werknemer een recht op afrekening van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband toekent, ontbreekt. Dit omdat een vordering van een werknemer in dergelijke situaties waarschijnlijk niet wordt toegewezen.

Daarnaast is het een gebrek dat in een paar CAO's, daar waar dit wenselijk is, niet alle vereiste vakantiebepalingen van overeenkomstige toepassing worden verklaard op ADV-dagen. Dit is namelijk niet in het belang van de rechtspositie van de werknemer.

Tot slot is het een gebrek dat in een paar CAO's, daar waar dit mogelijk de bedoeling van partijen is en daar waar het in de praktijk gebruikelijk en wenselijk is, de mogelijkheid de ADV-dagen vanaf

1 januari van enig jaar onder de voorwaarden van de vakantiedagen te laten vallen ontbreekt. Dit is een gebrek, omdat een dergelijke mogelijkheid op grond van artikel 7:645 BW de rechtspositie van de werknemer beschermd.

7 Tijd-voor-tijdbepalingen in CAO's FNV Bondgenoten

Op basis van de theorie omtrent tijd-voor-tijduren en de uitleg van de tijd-voor-tijdbepalingen, tracht dit hoofdstuk antwoord te geven op een tweetal vragen. Allereerst de vraag welke gebreken en onduidelijkheden de artikelen in bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten bevatten op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van tijd-voor-tijduren. De tweede vraag, waarop dit hoofdstuk een antwoord tracht te geven, is op welke punten de desbetreffende artikelen kunnen worden verbeterd.

Allereerst wordt de inhoud van de tijd-voor-tijdbepalingen en de bedoeling van de CAO-partijen besproken. Daarna wordt er gekeken naar de problemen die in de praktijk worden signaleerd naar aanleiding van mogelijke gebreken en onduidelijkheden in deze tijd-voor-tijdbepalingen. Als laatste worden de gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten uiteengezet.

7.1. Inhoud tijd-voor-tijdbepalingen en bedoeling CAO-partijen

In deze paragraaf wordt de inhoud van de tijd-voor-tijdbepalingen van twee bedrijfstak-CAO's besproken voor wat betreft de vaststelling tijdens en de afrekening bij het einde van het dienstverband. De bedoeling die de CAO-partijen met de desbetreffende artikelen hebben, wordt eveneens besproken.

7.1.1 CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen

Deze CAO bevat in artikel 30 een verplichte tijd-voor-tijdregeling. In artikel 30 lid 1 tot en met 4 worden tijd-voor-tijdgrenzen aangegeven waarboven elk dienstuur volgens artikel 30 lid 5 sub a recht geeft op één uur vrije tijd.

Artikel 30 lid 5 sub b bepaalt dat in afwijking van de vorige leden werkgever en werknemer overleg kunnen voeren over de vergoeding van de tijd-voor-tijduren. In geval van uitbetaling dient dit te geschieden tegen 130% van het uurloon.

De vergoeding in tijd dient volgens artikel 30 lid 6 sub a plaats te vinden binnen 12 weken na de betalingsperiode, waarin de meerdere uren zijn ontstaan. Hiervan kan slechts in bijzondere gevallen worden afgeweken. De vergoeding in geld dient plaats te vinden uiterlijk in de betalingsperiode volgend op de betalingsperiode waarin de meerdere uren zijn ontstaan. Ter voorkoming van seizoensmatige arbeid mag er ingevolge artikel 30 lid 6 sub b van de termijn van 12 weken worden afgeweken.

Volgens artikel 30 lid 7 dient de vergoeding in tijd zoveel mogelijk in blokken van drie dagen te worden gegeven. Ten aanzien van het vaststellen van de tijd-voor-tijduren bepaalt artikel 30 lid 10 dat er tijdig overleg tussen werkgever en werknemer dient plaats te vinden.

Ingevolge artikel 30 lid 9 kan op een dag waarop krachtens een dienstrooster-, dienst- of werktijdregeling niet wordt gewerkt geen vrijaf worden gegeven in het kader van de tijd-voor-tijdregeling.

De CAO bevat geen bepalingen over vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte tijdens reeds vastgestelde tijd-voor-tijduren, het verschuiven van vastgestelde tijd-voor-tijduren en de afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband. Volgens Koopmans⁶⁴ worden er in de praktijk in geval van ziekte en bijvoorbeeld arbeid tijdens reeds vastgestelde tijd-voor-tijduren in overleg met de werknemer vervangende tijd-voor-tijduren vastgesteld. De werknemer heeft hier volgens Koopmans recht op, omdat hij heeft overgewerkt.

Ook de afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband wordt in de praktijk volgens Koopmans goed geregeld. De werknemer ontvangt de geldelijke vergoeding zoals die is vastgelegd voor tijd-voor-tijduren: 130% van het uurloon.

7.1.2 CAO Goederenvervoer Nederland

Artikel 26A van deze CAO bevat een tijd-voor-tijdregeling. Deze regeling komt in belangrijke mate overeen met de eerder besproken tijd-voor-tijdregeling in de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen.

⁶⁴ Bestuurder FNV Bondgenoten Divisie Vervoer

Met uitzondering daarvan dat artikel 26A lid 1 bepaalt dat diensturen verricht op maandag tot en met vrijdag liggende tussen de 220 en 230 uur per loonbetalingsperiode van vier weken recht geeft op één uur vrije tijd. De diensturen die de 230 uren te boven gaan geven op grond van artikel 26A lid 2 recht op 1,3 uur vrije tijd of op 1 uur vrije tijd en een toeslag van 30% van het vaste functieloon.

Ook deze CAO bevat geen bepalingen over vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte tijdens reeds vastgestelde tijd-voor-tijduren, het verschuiven van vastgestelde tijd-voor-tijduren en de afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband. Ten aanzien hiervan wordt verwezen naar paragraaf 7.1.1, omdat de bedoeling van de CAO-partijen volgens Koopmans overeenkomt met de bedoeling van de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen.

7.2 Problemen en discussiepunten in de praktijk

Binnen de collectieve dienstverlening van FNV Bondgenoten zijn geen problemen of discussiepunten bekend naar aanleiding van gebreken of onduidelijkheden in de tijd-voor-tijdbepalingen van de eerder besproken CAO's. Dit houdt in dat ondernemingsraden geen vragen hebben gesteld over de uitvoering van deze bepalingen. Bovendien zijn er geen problemen of discussiepunten naar aanleiding van gebreken of onduidelijkheden gemeld.

Dit geldt tevens voor de Dienst Individuele Dienstverlening. Hier zijn, voor zover dit bekend is, geen dossiers behandeld waarin problemen of discussiepunten naar aanleiding van gebreken of onduidelijkheden in de eerder besproken tijd-voor-tijdbepalingen. Dit geldt voor de CAO-artikelen op het gebied van de vaststelling tijdens en de afrekening bij het einde van het dienstverband van tijd-voor-tijduren.

In de rechtspraak is er echter wel een onduidelijkheid gesignaleerd in de tijd-voor-tijdbepaling van de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen. Deze onduidelijkheid is reeds besproken in paragraaf 4.4.1 en betrof de afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband. Hieraan lag de vraag ten grondslag of de CAO de mogelijkheid openliet dat de tijd-voor-tijduren onvergoed zouden blijven.

7.3 Gebreken en onduidelijkheden tijd-voor-tijdbepalingen

Op basis van het verrichte overwerk en de verhouding tussen werkgever en werknemer ligt het voor de hand dat tijd-voor-tijduren altijd steeds vergoed, tenzij de CAO-partijen de mogelijkheid hebben gegeven dat deze uren onvergoed blijven. De rechter zal dus op basis van artikel 7:611 BW een vordering tot vaststelling tijdens of afrekening bij het einde van het dienstverband toewijzen wanneer op basis van de grammaticale uitleg niet uit de CAO blijkt dat de werknemer geen recht op vergoeding heeft.

De CAO's bevatten, zoals ten aanzien van een van beide reeds in paragraaf 4.4.1 is besproken, geen bepaling voor het geval dat tijd-voor-tijduren niet binnen de gestelde termijn zijn vergoed en ook niet voor het geval dat tijd-voor-tijduren aan het einde van het dienstverband niet zijn vergoed. Dit betekent dat de CAO-partijen niet de mogelijkheid hebben opengelaten de tijd-voor-tijduren onvergoed te laten.

Het is dan ook géén gebrek dat beide eerder besproken CAO's geen bepaling bevatten over vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte tijdens reeds vastgestelde tijd-voor-tijduren. Artikel 7:611 BW is immers de grondslag voor vervangende tijd-voor-tijduren, omdat men niet kan spreken van een vergoeding wanneer de werknemer ziek is tijdens zijn vastgestelde tijd-voor-tijduren.

Ook het in beide CAO's ontbreken van een bepaling over het verschuiven van tijd-voor-tijduren is geen gebrek. Wanneer de werknemer alsnog arbeid moet verrichten tijdens vastgestelde tijd-voor-tijduren, zijn deze uren immers nog altijd niet vergoed en volgt uit artikel 7:611 BW dat de werknemer recht heeft op het in overleg vaststellen van vervangende tijd-voor-tijduren.

Tot slot is het geen gebrek dat beide CAO's geen bepaling bevatten over afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband, omdat artikel 7:611 BW de grondslag is op basis waarvan een vordering op dit gebied zal kunnen worden toegewezen.

Het ontbreken van dergelijke bepalingen is echter wel een onduidelijkheid. Voor zowel de werknemer als de werkgever is het namelijk mogelijk niet kenbaar of er een recht op vervangende tijd-voor-tijduren dan wel afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bestaat.

7.4 Verbeterpunten

De CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen en de CAO Goederenvervoer Nederland bevatten punten die in het belang van de werknemer kunnen worden verbeterd. Verbetering is namelijk mogelijk ten aanzien van vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte, het verschuiven van tijd-voor-tijduren en de afrekening van niet genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband.

Het is echter niet noodzakelijk dat de bepalingen op deze punten worden verbeterd, maar dit zou ten behoeve van de duidelijkheid wel in het belang van de werknemer zijn. Op basis van artikel 7:611 BW dient er steeds een vergoeding van tijd-voor-tijduren plaats te vinden, tenzij de CAO-partijen anders zijn overeengekomen. Van een dergelijke afspraak is hier geen sprake.

7.5 Conclusie

Concluderend kan worden gezegd dat de tijd-voor-tijdbepalingen op een aantal punten onduidelijkheden bevatten. Op deze punten kunnen verbeteringen in het belang van de werknemer worden aangebracht, maar dat is niet noodzakelijk. Dit omdat het op grond van het verrichte overwerk en de verhouding tussen werkgever en werknemer voor de hand ligt dat tijd-voor-tijduren steeds worden vergoed.

Het is daarom een onduidelijkheid en geen gebrek dat beide CAO's geen bepaling bevatten over vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte tijdens reeds vastgestelde tijd-voor-tijduren, over het verschuiven van tijd-voor-tijduren en over afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband. Voor zowel de werknemer als de werkgever is het namelijk misschien niet kenbaar of er een recht op vervangende tijd-voor-tijduren dan wel afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bestaat.

8 Conclusies

Dit hoofdstuk bespreekt de conclusies die uit het onderzoek voortvloeien. Achtereenvolgens worden de conclusies ten aanzien van ADV-bepalingen en de conclusies ten aanzien van tijd-voor-tijdbepalingen besproken.

8.1 ADV-bepalingen

Op basis van het onderzoek kan geconcludeerd worden dat artikelen in bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen een aantal gebreken en onduidelijkheden bevatten. Deze gebreken en onduidelijkheden komen naar voren bij het vermelden van de wijze van vaststellen, van de medezeggenschap van het medezeggenschapsorgaan en van de medezeggenschap van de werkgever en de individuele werknemer, vervangende ADV-dagen bij ziekte, verschuiven reeds vastgestelde ADV-dagen, het recht op afrekening van ADV-dagen bij het einde van het dienstverband en het van toepassing verklaren van (wettelijke of CAO) vakantiebepalingen. Op al deze punten kunnen verbeteringen in het belang van de werknemer worden aangebracht.

Ten eerste is in de meeste CAO's de mogelijkheid of de verplichting tot individuele en/of collectieve vaststelling niet of niet met zodanige duidelijke bewoordingen opgenomen. Dit is een onduidelijkheid, omdat voor de werknemer de wijze van vaststellen niet (voldoende) kenbaar is en omdat hij de werkgever hierop dan ook niet of moeilijk kan aanspreken.

Tevens wordt in enkele CAO's in geval van collectieve vaststelling van ADV-dagen of bij een mogelijkheid tot het vaststellen van een van de CAO afwijkende regeling niet de zinsnede 'instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging' gehanteerd, maar spreekt men over '(in) overleg' en 'overeenstemming'. Dit is een gebrek, omdat het voorschrijven hiervan in strijd is met artikel 27 WOR en om deze reden de desbetreffende bepaling nietig is op grond van artikel 3:40 BW juncto artikel 3:41 BW.

Daarnaast is in een paar CAO's het eenzijdig en/of het in overleg vaststellen van ADV-dagen niet of niet met duidelijke bewoordingen opgenomen. Dit is een onduidelijkheid en in geval van overleg een gebrek. Voor zowel de werknemer als de werkgever is het immers niet kenbaar of de werknemer wel of juist geen medezeggenschap heeft bij het vaststellen van de ADV-dagen. Wanneer in de CAO niet is bepaald dat er overleg dient te worden gepleegd, zal de rechter, met toepassing van de grammaticale uitleg, oordelen dat eenzijdige vaststelling is toegestaan en dat overleg niet verplicht is. Artikel 7:638 BW is immers in beginsel niet direct of analoog van toepassing op ADV-dagen. Dit kan anders zijn, wanneer feiten of omstandigheden duiden op het wel van toepassing zijn van dit artikel.

Ook is in sommige CAO's de bedoeling om de werknemer geen recht op vervangende ADV-dagen toe te kennen bij ziekte op reeds vastgestelde ADV-dagen niet opgenomen. Dit is een gebrek, maar wel een onduidelijkheid. De rechter mag artikel 7:637 BW in beginsel niet toepassen op ADV-dagen. Het ontbreken van een bepaling op dit gebied biedt de rechter echter de ruimte om naar aanleiding van feiten of omstandigheden, die duiden op toepasselijkheid van de vakantieregeling, alsnog te oordelen dat de werknemer recht heeft op een vervangende ADV-dag. Dit kan niet wanneer in de CAO is opgenomen dat bij ziekte geen recht op vervangende ADV-dagen bestaat, omdat de rechter de grammaticale uitleg hanteert en hierbij gebonden is aan partijafspraken. Voor de werknemer is het echter niet kenbaar of hij wel of geen recht heeft op een vervangende ADV-dag bij ziekte en of hij de werkgever op een eventueel recht kan aanspreken.

Tevens ontbreekt in een aantal CAO's een bepaling die de werknemer een recht op afrekening van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband toekent. Dit is een gebrek en een onduidelijkheid. Bij het ontbreken van een dergelijke bepaling zal een vordering van de werknemer tot afrekening van niet-genoten ADV-dagen naar alle waarschijnlijkheid worden afgewezen. De rechter hanteert immers de grammaticale uitleg en mag bij het ontbreken van een afspraak op dit gebied artikel 7:641 BW in beginsel niet toepassen op ADV-dagen, tenzij feiten of omstandigheden hem anders doen oordelen. Voor zowel de werknemer als de werkgever is het ook niet kenbaar of niet-genoten ADV-dagen wel of niet dienen te worden afgerekend bij het einde van het dienstverband.

Daarnaast worden in een paar CAO's, daar waar dit wenselijk is, niet alle vereiste vakantiebepalingen van overeenkomstige toepassing verklaard op ADV-dagen. Dit is een gebrek, omdat hiermee de rechtspositie van de werknemer niet of in mindere mate wordt beschermd. De

rechter zal naar alle waarschijnlijkheid de niet van toepassing verklaarde bepalingen niet in zijn oordeel betrekken, omdat hij de grammaticale uitleg hanteert en op basis van de CAO niet kenbaar is dat zij wel van toepassing zijn. De rechter mag, bij het ontbreken van de desbetreffende bepalingen in de CAO, de wettelijke vakantieregeling in beginsel niet direct of analoog toepassen op de ADV-dagen. Dit is enkel toegestaan wanneer de van toepassing verklaring blijkt uit feiten of omstandigheden.

Tot slot ontbreekt in een paar CAO's, daar waar dit mogelijk de bedoeling van partijen is en daar waar het in de praktijk gebruikelijk en wenselijk is, de mogelijkheid de ADV-dagen vanaf 1 januari van enig jaar onder de voorwaarden van de vakantiedagen te laten vallen. Dit is een gebrek, omdat het bieden van deze mogelijkheid de rechtspositie van de werknemer beschermd vanwege het op grond van artikel 7:645 BW dwingendrechtelijke karakter van de vakantieregeling.

8.2 Tijd-voor-tijdbepalingen

Ten aanzien van de onderzochte artikelen in de bedrijfstak-CAO's van FNV Bondgenoten op het gebied van vaststelling tijdens en afrekening bij het einde van het dienstverband van tijd-voor-tijduren kan worden geconcludeerd dat zij eveneens onduidelijkheden bevatten. De artikelen vertonen onduidelijkheden ten aanzien van vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte, het verschuiven van vastgestelde tijd-voor-tijduren en afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband.

Op alle genoemde punten kunnen ten behoeve van de duidelijkheid verbeteringen in het belang van de werknemer worden aangebracht. Het is echter niet noodzakelijk dat de bepalingen op deze punten worden verbeterd. Op basis van het verrichte overwerk en de verhouding tussen werkgever en werknemer ligt het voor de hand dat de tijdv-voor-tijduren worden vergoed, tenzij de CAO-partijen de mogelijkheid hebben gegeven dat deze uren onvergoed blijven. Hiervan is in dit geval geen sprake. De rechter zal dus op basis van artikel 7:611 BW een vordering tot vaststelling tijdens of afrekening bij het einde van het dienstverband toewijzen wanneer op basis van de grammaticale uitleg niet uit de CAO blijkt dat de werknemer geen recht op vergoeding heeft.

Allereerst bevatten de CAO's geen bepaling over vervangende tijd-voor-tijduren bij ziekte tijdens reeds vastgestelde tijd-voor-tijduren. Dit is een onduidelijkheid, maar geen gebrek. Artikel 7:611 BW is immers de grondslag voor vervangende tijd-voor-tijduren in geval van ziekte, omdat men niet kan spreken van een vergoeding wanneer de werknemer ziek is tijdens zijn vastgestelde tijd-voor-tijduren.

Daarnaast ontbreekt in de CAO's een bepaling over het verschuiven van tijd-voor-tijduren. Dit is eveneens een onduidelijkheid, maar geen gebrek. Wanneer de werknemer alsnog arbeid moet verrichten tijdens vastgestelde tijd-voor-tijduren, zijn deze uren immers nog altijd niet vergoed en volgt uit artikel 7:611 BW dat de werknemer recht heeft op het vaststellen van vervangende tijd-voor-tijduren.

Tot slot bevatten de CAO's geen bepaling over afrekening van niet-genoten tijd-voor-tijduren bij het einde van het dienstverband. Dit is een onduidelijkheid en geen gebrek, omdat artikel 7:611 BW de grondslag is op basis waarvan een eventuele vordering zal kunnen worden toegewezen.

9 Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden aan FNV Bondgenoten aanbevelingen gedaan ten aanzien van CAO-artikelen op het gebied van de vaststelling tijdens en de afrekening bij einde dienstverband van ADV-dagen. Deze aanbevelingen zijn adviezen om iets wel of niet te doen. Ten aanzien van de tijd-voor-tijdbepalingen zijn tijdens het onderzoek geen mogelijke aanbevelingen naar voren gekomen.

Allereerst verdient het aanbeveling om ter bescherming van de rechtspositie van de werknemer de mogelijkheid te bieden de ADV-dagen vanaf 1 januari van enig jaar onder de voorwaarden van de vakantiedagen te laten vallen en hierbij alle vereiste vakantiebepalingen van overeenkomstige toepassing te verklaren. Dit omdat de wettelijke vakantieregeling ingevolge artikel 7:645 BW een dwingend karakter heeft en de ADV-regeling daarentegen vrijwel alleen is gebaseerd op partijafspraken.

Ten tweede wordt aanbevolen op te nemen op welke wijze ADV-dagen worden vastgesteld en hierbij in ieder geval de mogelijkheid van individuele vaststelling te vermelden. Op deze manier is voor de werknemer kenbaar op welke wijze de ADV-dagen worden vastgesteld en kan hij de werkgever hierop aanspreken. Deze kenbaarheid is voornamelijk van belang bij individuele vaststelling, omdat de werknemer hierbij in kleinere of in grotere mate medezeggenschap heeft bij het naar zijn wens vaststellen van de ADV-dagen.

Daarnaast verdient het aanbeveling in geval van collectieve vaststelling van ADV-dagen en bij de mogelijkheid om een van de CAO afwijkende regeling vast te stellen, de gehanteerde termen '(in) overleg' en 'overeenstemming' te vervangen door de zinsnede 'instemming van de ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging'. Hiermee wordt eventuele strijd met artikel 27 WOR en nietigheid op grond van artikel 3:40 BW juncto artikel 3:41 BW opgeheven.

Tevens verdient het aanbeveling een bepaling over de medezeggenschap van de werkgever en de individuele werknemer op te nemen en hierbij in ieder geval het overleg te vermelden. Op deze wijze is het voor zowel de werknemer als de werkgever kenbaar of de werknemer wel of juist geen medezeggenschap heeft bij het vaststellen van zijn ADV-dagen. Het opnemen van de verplichting tot overleg voorkomt dat de rechter zal oordelen dat eenzijdige vaststelling is toegestaan en dat overleg niet verplicht is, omdat hij artikel 7:638 BW in beginsel niet mag toepassen op ADV-dagen.

Verder wordt aanbevolen, indien de werkgever overleg dient te plegen met de werknemer, niet de term 'na overleg', maar de term 'in overleg' te hanteren en, voor zover de vereiste flexibiliteit dit toelaat, op te nemen dat de vaststelling van ADV-dagen schriftelijk wordt vastgelegd en wordt ondertekend. Met het opnemen van de term 'in overleg' wordt bevorderd dat de werknemer wel degelijk medezeggenschap heeft, want een overleg stelt in de praktijk niet veel voor. Bovendien kan de werknemer in geval van een schriftelijke vastlegging de werkgever gemakkelijker aanspreken op zijn rechten.

Daarnaast wordt aanbevolen om ter bescherming van de rechtspositie van de werknemer niet in de CAO op te nemen dat de werknemer geen recht heeft op vervangende ADV-dagen bij ziekte. De rechter mag artikel 7:637 BW in beginsel niet toepassen op ADV-dagen, maar het ontbreken van een bepaling op dit gebied in de CAO biedt de rechter de ruimte om naar aanleiding van feiten of omstandigheden alsnog te oordelen dat de werknemer recht heeft op een vervangende ADV-dag. Dit kan niet wanneer in de CAO is opgenomen dat bij ziekte geen recht op vervangende ADV-dagen bestaat, omdat de rechter de grammaticale uitleg hanteert en hierbij gebonden is aan partijafspraken.

Verder wordt aanbevolen om in het belang van de werknemer een bepaling op te nemen waarin de werknemer het recht op afrekening van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband wordt toegekend en dit niet te doen wanneer dit recht niet bestaat. Het opnemen van het recht op afrekening bevordert de toewijzing van een vordering tot afrekening van niet-genoten ADV-dagen. De rechter mag bij het ontbreken van een afspraak artikel 7:641 BW in beginsel immers niet toepassen op ADV-dagen, tenzij feiten of omstandigheden hem anders doen oordelen. Dit laatste kan echter niet wanneer in de CAO is opgenomen dat er geen recht op afrekening bestaat.

Het wordt daarnaast aanbevolen in geval van een leemte in de CAO op het gebied van afrekening van niet-genoten ADV-dagen bij het einde van het dienstverband primair een vordering in te stellen uit onverschuldigde betaling op grond van artikel 6:210 lid 2 BW juncto artikel 6:203 lid 3

BW en secundair een vordering in te stellen tot betaling van overuren. De werkgever ontvangt immers allereerst een arbeidsprestatie van de werknemer en deze prestatie kan achteraf niet meer ongedaan worden gemaakt. Dit betekent dat de werkgever door deze prestatie is verrijkt. Daarnaast heeft de werknemer meer arbeid verricht dan hij op grond van zijn arbeidsovereenkomst verplicht was.

Tot slot wordt aanbevolen gebruik te maken van de opgestelde model ADV-bepaling. Dit model is opgenomen in bijlage 1 en kan worden gehanteerd bij het overeenkomen van een ADV-bepaling. Hiertoe dienen keuzes te worden gemaakt en mogelijk aanvullingen te worden gedaan. Dit om de bepaling geschikt te maken voor de desbetreffende bedrijfstak.

10 Evaluatie

In dit hoofdstuk wordt allereerst het onderzoeksresultaat geëvalueerd. Vervolgens wordt het onderzoeksproces besproken.

10.1 Productevaluatie

De onderzoeker heeft de theorie omtrent de vaststelling tijdens en de afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen en tijd-voor-tijduren gerangschikt en uiteengezet. Op basis van deze theorie en de door de rechter gehanteerde grammaticale uitleg heeft de onderzoeker een aantal bedrijfstak-CAO's geanalyseerd en hierin verschillende gebreken en onduidelijkheden gesignaleerd. Er zijn meerdere verbeterpunten in het belang van de werknemer aangegeven en er zijn aanbevelingen gedaan.

Mogelijk zijn niet alle gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten gesignaleerd. Op basis van de gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten die wel zijn gesignaleerd, kan men echter wel actie ondernemen ter verbetering van de bepalingen.

De onderzoeker is van mening dat dit een goed onderzoeksresultaat is. De gerangschikte en uiteengezette theorie schept duidelijkheid ten aanzien van ADV-dagen en tijd-voor-tijduren voor zowel de Dienst Individuele Dienstverlening als de bestuurders van FNV Bondgenoten. Op basis van de theorie, de gesignaleerde gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten en de gedane aanbevelingen kunnen bestuurders actie ondernemen om ADV-bepalingen en tijd-voor-tijdbepalingen te verbeteren. Met de verbeterde bepalingen als grondslag kan de Dienst Individuele Dienstverlening effectiever juridisch advies geven aan leden van FNV Bondgenoten.

Concluderend kan worden gezegd dat het uiteenzetten van de theorie en het signaleren van gebreken, onduidelijkheden en verbeterpunten in het belang van de werknemer is. Het gewenste resultaat en het doel zijn dan ook in grote mate bereikt.

10.2 Procesevaluatie

Het onderzoeksproces wordt in deze paragraaf geëvalueerd aan de hand van de houding van de onderzoeker, de onderzoeksrol en het onderzoeksverloop.

10.2.1 Houding onderzoeker

Tijdens het onderzoek heeft de onderzoeker zich nieuwsgierig en open opgesteld. De nieuwsgierigheid uitte zich in het zoeken naar informatie en de belangstelling voor het onderwerp. Naar de betrokkenen toe is de onderzoeker altijd open geweest. De betrokkenen wisten op deze manier wat ze konden verwachten.

10.2.2 Onderzoeksrol

Tijdens het onderzoek heeft de onderzoeker een open rol gehad. De onderzoeker heeft de betrokkenen geïnformeerd wat betreft de bedoeling, opzet en voortgang van het onderzoek. Op deze manier wisten de betrokkenen wat ze konden verwachten.

De betrokkenen bij dit onderzoek waren de opdrachtgever, juristen, bestuurders en rechters. De laatste twee betrokkenen zijn in mindere mate of niet geïnformeerd over de voortgang van het onderzoek, omdat dit voor de onderzoeker vrijwel niet mogelijk was. De bestuurders zijn regelmatig onderweg en de rechters zijn eveneens niet gemakkelijk te bereiken.

10.2.3 Onderzoeksverloop

Het onderzoek is gestart met het schrijven van een onderzoeksplan en het zoeken naar bronnen. Het zoeken naar bronnen heeft veel tijd van de onderzoeksduur in beslag genomen. Over het onderwerp kon de onderzoeker weinig specifieke informatie vinden en dit heeft dan ook in zeker zin geleid tot vertraging van het onderzoek.

Voornamelijk het vinden van jurisprudentie was een lastige opgave, omdat er veelal alleen jurisprudentie te vinden was over de afrekening bij het einde van het dienstverband. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat er weinig procedures worden gestart over het onderwerp van deze scriptie. De twee 'geïnterviewde' rechters hebben dit beeld in ieder geval bevestigd, want zij hebben de onderzoeker over het onderwerp geen informatie kunnen verstrekken. Mogelijk durven werknemers de werkgever niet aan te spreken op hun recht op ADV-dagen of tijd-voor-tijduren uit angst voor het verstoren van de arbeidsrelatie om een enkele ADV-dag of tijd-voor-tijduur. Ook kan het zo zijn dat men het onderling afhandelt.

De literatuur over het onderwerp van deze scriptie is eveneens schaars. Ook hier werd over het algemeen enkel gesproken over de afrekening bij het einde van het dienstverband van ADV-dagen. Voor de uitleg van dit verschijnsel en de uitwerking ervan binnen ondernemingen, is zelfs gebruik moeten worden gemaakt van oudere literatuur. Een verklaring hiervoor is dat het onderwerp op dit punt momenteel niet zo actueel is, maar dit wel was bij de invoering van de arbeidsduurverkorting in 1982.

Ten aanzien van tijd-voor-tijduren heeft de onderzoeker vrijwel geen literatuur kunnen vinden. Dit heeft het schrijven van de scriptie in zeker zin bemoeilijkt, omdat het hierdoor lastig was om voldoende over het onderwerp te kunnen zeggen.

Toen er eenmaal redelijk voldoende bronnen waren gevonden, was het schrijven van de theoretische hoofdstukken echter niet zo een heel lastige opgave meer en is de onderzoeker gestart met het houden van interviews met enkele bestuurders van FNV Bondgenoten. Dit verliep moeizaam in verband met de bereikbaarheid van deze personen.

Na het interviewen van de bestuurders en juristen van FNV Bondgenoten is de onderzoeker gestart met het analyseren van de CAO-artikelen. Met het beschrijven hiervan heeft de onderzoeker aanvankelijk moeite gehad, omdat het lastig was hierin een heldere structuur aan te brengen. Een mogelijke oorzaak hiervan waren de nogal van elkaar verschillende ADV-bepalingen en de verschillende bedoelingen ten aanzien hiervan.

Het kwalificeren van de gebreken en onduidelijkheden en de gevolgen hiervan heeft de onderzoeker eveneens als lastig ervaren. Dit omdat hier de theorie, de uitlegmethode, de inhoud van de CAO-artikelen en de bedoelingen ten aanzien hiervan invloed op elkaar hadden en met elkaar moesten worden gecombineerd om te komen tot een oordeel.

Uiteindelijk is de afronding van het onderzoek en de scriptie goed verlopen en zijn er conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan. Het resultaat is reeds eerder besproken.

Jurisprudentielijst

HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 93.

HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173.

HR 6 februari 1998, *NJ* 1998, 351.

HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734.

HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 582.

HR 28 juni 2002, *JAR* 2002, 168.

Rb. Amsterdam 12 januari 1993, *ROR* 1993, 23.

Ktr. Tilburg 21 april 1988, *PRG* 1989, 3099.

Ktr. Alkmaar 20 december 1989, *PRG* 1990, 3238.

Ktr. 's-Gravenhagen 14 november 1991, *PRG* 1992, 3636.

Ktr. Harderwijk 12 mei 1993, *PRG* 1994, 4170.

Ktr. 's-Hertogenbosch 7 juni 2007, rolnr. 06-8294.

Bronnenlijst

Boeken

Baarda, De Goede & Teunissen 2005

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede & J. Teunissen, *Basisboek kwalitatief onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen: Stenfert Kroese 2005.

Bakels e.a. 2005

H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Drongelen 2002

J. van Drongelen, *Overwerk. Wat is het? Wanneer moet het? Wie informeert wie? Vergoeding of niet? Instemming medezeggenschapsorgaan?*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie bv 2002.

Van Genderen e.a. 2006

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu uitgevers 2006.

Van Grinsven & Geugjes 2007

P.M.H.J. van Grinsven & H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Van Koningsveld 1985

D.B.J. van Koningsveld, *ATV. Een Praktische handleiding bij invoering en uitbreiding*, Deventer: Kluwer 1985.

Vink & Van het Kaar 2007

F.H.W Vink & R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad. Een toelichting bij de Wet op de ondernemingsraden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Tijdschriftenartikelen

Mannoury 1954

J. Mannoury, 'De juridische techniek van de collectieve arbeidsovereenkomst', *Sociaal Maandblad Arbeid* (09) 1954, p. 340-347.

Olbers 1985

M.M. Olbers, 'Regelingen inzake vrijaf in wet en cao's', *Sociaal Maandblad Arbeid* (40) 1985, p. 9-26.

Sagel 2000

S.F. Sagel, 'Grammaticale uitleg van CAO-bepalingen – een absoluut criterium?', *ArbeidsRecht* 2000-1, p. 23-29.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1985/86, 19 575, nr. 3, p. 12.

Kamerstukken II 2005/06, 30 532, nr. 3, p. 22.

Overige bronnen

Brief Sociale Beveiligingsorganisaties, 4 juni 2007.

Bijlage 1 Model ADV-bepaling

Arbeidsduurverkorting

1. De werknemer heeft recht op [*aantal*] ADV-dagen/ADV-uren*.
2.
 - * De ADV-dagen/ADV-uren* kunnen op collectieve en/of op individuele basis* worden vastgesteld.
 - * De individuele ADV-dagen/ADV-uren* worden eenzijdig door de werkgever vastgesteld.
 - * De individuele ADV-dagen/ADV-uren* worden in onderling overleg tussen werkgever en werknemer vastgesteld.
 - * De vaststelling van de individuele ADV-dagen/ADV-uren* wordt schriftelijk vastgelegd en ondertekend.
 - * De collectieve ADV-dagen/ADV-uren* worden met instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging vastgesteld.
3. * Bij ziekte tijdens reeds vastgestelde ADV-dag/ADV-uren* heeft de werknemer recht op vervangende ADV-dag/ADV-uren*.
4. * De werkgever kan na instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging een afwijkende regeling vaststellen.
5. * Voor elke ADV-dag/elk ADV-uur* waarop de werknemer bij beëindiging van het dienstverband aanspraak heeft en die niet alsnog wordt genoten, wordt het functieloon van één dag/één uur* uitbetaald.
6. * Indien dit binnen de onderneming mogelijk is, bestaat de mogelijkheid de ADV-dagen/ADV-uren* vanaf 1 januari van enig jaar onder dezelfde voorwaarden als die van vakantiedagen te laten vallen overeenkomstig artikel [*van toepassing zijnde (wettelijke en/of CAO) vakantiebepalingen*].

* = keuzemogelijkheid