

# verfrissend in arbeidsrecht

## Niet genoten ATV uren hoeven niet te worden uitbetaald

In de praktijk ontstaan (veelal bij het einde van de arbeidsovereenkomst) regelmatig discussies over de vraag of niet genoten ATV-uren al dan niet moeten worden uitbetaald. In de rechtspraak werd vaak al het standpunt ingenomen dat ATV-dagen niet hoeven te worden uitbetaald. De Hoge Raad heeft dit recent bevestigd in haar arrest van 2 oktober 2009 (LJN: BI9633).

### Situatie

Twee werknemers die werkzaam zijn geweest bij een slijterij hebben gedurende de duur van hun arbeidsovereenkomst geen ATV-dagen genoten. Dit terwijl de toepasselijke CAO wel voorziet in een dergelijke regeling. In de CAO staat namelijk kort gezegd vermeld dat de werknemer bij een normale wekelijkse arbeidstijd recht heeft op 124 roostervrije uren per kalenderjaar. De werknemers vorderen een geldelijke vergoeding voor de niet genoten ATV-uren. Deze vordering is zowel door de kantonrechter als in hoger beroep door het gerechtshof afgewezen. De werknemers hebben de zaak vervolgens aan de Hoge Raad voorgelegd.

### Oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de werknemers inderdaad geen recht hebben op een geldelijke vergoeding voor de niet genoten ATV-uren. De Hoge Raad heeft daarbij verwezen naar een eerder arrest van 6 februari 1998. Daarin is overwogen dat ATV-regelingen in het algemeen in het leven zijn geroepen om het verlies van arbeidsplaatsen tegen te gaan en nieuwe arbeidsplaatsen te creëren. Dit uitgangspunt wordt door de werknemers nu ook niet bestreden. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat de ATV-regeling niet, zoals de vakantieregeling, het doel heeft de werknemer in verband met de werkbelasting die op hem drukt, betaald verlof te verschaffen. Om die reden zijn de in de wet opgenomen bepalingen betreffende vakantiedagen ook niet op de ATV-regeling van toepassing. De Hoge Raad ziet ook geen reden de bepalingen omtrent vakantiedagen naar analogie toe te passen.

De beantwoording van de vraag of een werknemer op wie een ATV-regeling van toepassing is, recht heeft op een geldelijke vergoeding voor niet genoten ATV-dagen, is afhankelijk van wat partijen hierover hebben afgesproken. Ook kan het zijn dat hierover afspraken zijn gemaakt in een op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde CAO. In de situatie die de twee werknemers aan de Hoge Raad hadden voorgelegd waren hierover geen afspraken gemaakt, zodat de werknemers geen recht hadden op een geldelijke vergoeding voor niet genoten ATV-uren. De vordering van de werknemers was dan ook terecht afgewezen.

### Conclusie

Zoals uit het voorgaande blijkt, hebben werknemers in beginsel geen recht op uitbetaling van ATV-uren indien zij deze niet hebben genoten. Voor vakantiedagen geldt dat de niet genoten vakantiedagen bij einde arbeidsovereenkomst wel moeten worden uitbetaald. Het is dus verstandig om op verlofuren-overzichten een duidelijk onderscheid te maken tussen vakantiedagen en ATV-dagen en dus niet "alles op één hoop" te gooien.

Inhoud Nieuwsbrief

Onderwerp	Pagina
Niet genoten ATV uren hoeven niet te worden uitbetaald	1
Loopt de opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte door?	2
Deeltijd-WW verlengd tot 1 april 2010	3
Kantonrechtर्सformule niet toepasbaar bij kennelijk onredelijk ontslag	4
Verrekening minuren met vakantie-uren niet toegestaan	4



# Loopt de opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte door?

**Begin maart 2009 informeerden wij u op onze website over de uitspraak van Het Europese Hof van Justitie, die oordeelde dat zieke werknemers recht hebben op opbouw van vakantiedagen over de hele ziekteperiode.**

Op grond van de nu geldende wettelijke bepalingen (artikel 7:635 lid 4 BW) bouwt een volledig arbeidsongeschikte werknemer bij ziekte die langer duurt dan 6 maanden, alleen over de laatste 6 maanden van de ziekte vakantiedagen op. Uit de uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 20 januari 2009 kan worden afgeleid dat deze regel in strijd is met het Europese recht en dan in het bijzonder met de Arbeidstijdenrichtlijn. Volgens deze richtlijn hebben alle werknemers namelijk jaarlijks recht op ten minste vier weken vakantie met behoud van loon. Dit is volgens het Hof zo'n belangrijk beginsel dat lidstaten er niet van mogen afwijken. Na afloop van het ziekteverlof moet de werkgever de werknemer in staat stellen de opgebouwde vakantiedagen op te nemen.

De uitspraak van het Europese hof heeft alleen gevolgen voor de zogenoemde wettelijke vakantiedagen. Dit zijn de dagen waarop een werknemer op grond van de wet tenminste recht heeft, namelijk 4 x de overeengekomen arbeidsduur per week. Eventuele extra dagen waarop de werknemer op grond van de arbeidsovereenkomst of CAO recht heeft, mogen nog wel beperkt worden.

Sinds deze uitspraak van het Europees Hof is onduidelijk hoe een en ander uitwerkt in de Nederlandse situatie. Vanuit het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijft het vooralsnog stil. Wel is inmiddels door een tweetal rechtsprekende instanties in een gelijksoortige kwestie uitspraak gedaan, doordat werknemers – voorafgaand aan een eventuele wetswijziging op dit gebied - al een beroep hebben gedaan op de uitspraak van het Europese Hof.

Kantonrechter Utrecht<sup>1</sup>

In deze zaak ging het om een werkneemster die tijdens haar ziekte toestemming aan de werkgever vroeg om op vakantie te gaan. De werkgever weigerde toestemming. Als het dienstverband later beëindigd wordt, vordert de werkneemster uitbetaling van de opgebouwde maar niet genoten vakantiedagen, waarbij zij onder andere aanspraak maakt op uitbetaling van

de vakantiedagen die zij tijdens de volledige periode van arbeidsongeschiktheid heeft opgebouwd. Ze baseert die vordering op de uitleg van het Europese Hof. De werkgever was het hier niet mee eens en beriep zich erop dat de Europese richtlijn geen horizontale werking (directe werking tussen particulieren, waaronder begrepen bedrijven, onderling) heeft en dat gewoon artikel 7:635 BW van toepassing is.

De kantonrechter overwoog dat in de bedoelde Europese Richtlijn aan alle werknemers jaarlijks minimaal vier weken vakantie per jaar wordt toegekend. Dit is volgens het Europese Hof zo'n belangrijk beginsel dat ook langdurig zieke werknemers dit recht hebben en de lidstaten wel voorwaarden mogen stellen, maar er niet van mogen afwijken. De kantonrechter is verder van oordeel dat het beroep van de werkgever op artikel 7:635 BW gelet op de uitspraak van het Europese Hof onaanvaardbaar is, omdat anders een belangrijk beginsel van het Europees sociaal recht geschonden zou worden.

De kantonrechter stelde de werkneemster dan ook in het gelijk en veroordeelde de werkgever tot het uitbetalen van alle opgebouwde maar niet genoten vakantiedagen tijdens ziekte.

Daar waar de kantonrechter Utrecht een rechtstreekse werking van de uitspraak van het Europese Hof heeft aangenomen tussen particulieren onderling, heeft het Gerechtshof Amsterdam in een gelijksoortige zaak in november 2009 overwogen dat geen rechtstreekse werking aangenomen kan worden tussen particulieren.

Het Gerechtshof Amsterdam<sup>2</sup> overwoog dat Europese richtlijnen in beginsel slechts de Lidstaten binden. Een richtlijn moet eerst omgezet worden in nationaal recht. Pas dan kunnen particulieren zich hierop beroepen. Het Gerechtshof Amsterdam stelt verder dat het Europese hof weliswaar heeft aanvaard dat particulieren onder omstandigheden rechten kunnen ontlenen aan een richtlijn die niet tijdig of



correct is omgezet, maar dat dit echter alleen geldt tegenover de overheid. Het Hof van Justitie EG heeft naar het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam (nog) geen directe werking tussen particulieren onderling aanvaard.

Het Amsterdamse Hof overwoog voorts dat met artikel 7:635 lid 4 - waarin de opbouw van vakantiedagen tijdens (langdurige) ziekte wordt beperkt over de laatste zes maanden - een uitzondering is gemaakt op de algemene hoofdregel van artikel 7:634 lid 1 BW waarin is bepaald dat een werknemer recht heeft op vakantie van tenminste vier maal de overeengekomen arbeidsduur per week. Aan de reden voor het maken van deze uitzondering ligt volgens de parlementaire geschiedenis ten grondslag het voorkomen van verlofstuwmeren en het beheersbaar houden van de aan de arbeidsongeschiktheid verbonden kosten voor het bedrijfsleven.

Het Hof is van mening dat rekeninghoudende met deze omstandigheden een richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is en de nationale rechter op grond van vaste rechtspraak van het Europese Hof hiertoe ook niet is gehouden. De vordering van de werknemer wordt dan ook afgewezen.

Het is dan ook de wetgever die aan zet is om de regelgeving op dit punt in overeenstemming te brengen met de richtlijn.

Wij houden u op de hoogte!

<sup>1</sup> Kantonrechter Utrecht 14 oktober 2009, LJN BK0047

<sup>2</sup> Gerechtshof Amsterdam 10 november 2009, LJN BK 4648

# Deeltijd-WW verlengd tot 1 april 2010



De deeltijd-WW wordt verlengd tot 1 april 2010. Dit besluit is onderdeel van overleg met sociale partners over de aanpak van de crisis. De regeling stopt eerder als het beschikbare geld op is.

Bedrijven die voor 1 april 2010 gebruikmaken van de deeltijd-WW, kunnen verlengen tot maximaal 15 maanden. De deeltijd-WW is in april 2009 ingevoerd en bedoeld om bedrijven in economisch onzekere tijden de mogelijkheid te bieden vakkrachten voor wie onvoldoende werk is, te kunnen behouden voor het bedrijf. Sedert juli 2009 gelden wel aangescherpte voorwaarden om gebruik te kunnen maken van de regeling. Uitgangspunt is dat bedrijven zelf bepalen in welke mate zij de deeltijd-WW nodig hebben en voor welk

deel van hun personeel. Hierover moeten werkgever en werknemers (personeelsvertegenwoordiging) het samen eens worden. Aan de werknemersvertegenwoordiging zal de noodzaak tot het nemen van de maatregel duidelijk moeten worden gemaakt.

Onderdeel van de afspraken moet ook uitmaken scholing en detachering van de werknemers van wie de te werken uren worden vermindert. Voor iedere betrokken werknemer moet afzonderlijk worden aangegeven welke scholing gevolgd zal gaan worden. Bij een verzoek tot verlenging moet een schriftelijk verslag worden overgelegd, dat mede is ondertekend door de desbetreffende werknemersvertegenwoordiging, waarin aangegeven wordt of de scholing is gevolgd of niet. Indien niet aan deze voorwaarde is voldaan, is verlenging niet mogelijk en wordt de eerder verleende WW-uitkering beëindigd.

Voor het recht op deeltijd-WW geldt een drempel. Bedrijven moeten de werktijd van werknemers met minstens 20 procent verkorten en het voornemen hebben minimaal zes maanden van de regeling gebruik te maken. De duur waarvan gebruik kan worden gemaakt van de deeltijd-WW, is afhankelijk van het aantal werknemers dat gebruik maakt van de regeling. Hoe meer werknemers gebruik maken van de regeling, hoe korter de duur. Als minder dan 30 procent van het personeel er gebruik van maakt, mag de uitkering 15 maanden duren. Tussen 30 en 60 procent is dit 12 maanden en bij meer dan 60 procent wordt de duur 9 maanden.

In totaal is 950 miljoen euro beschikbaar gesteld voor de regeling.

*Voor meer informatie over de deeltijd-WW kunt u contact opnemen met een van onze juristen.*

## RECHTSPRAAK

### Kantonrechtर्सformule niet toepasbaar bij kennelijk onredelijk ontslag

(Hoge Raad 27 november 2009)

In onze vorige nieuwsbrief (september 2009) hebben wij u laten weten dat de advocaat-generaal de Hoge Raad heeft geadviseerd te oordelen dat het hof Den Haag voor de bepaling van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure terecht heeft aangesloten bij de kantonrechtर्सformule. Voor de standaardaf trek van 30% die het hof had toegepast zijn volgens de advocaat-generaal onvoldoende gronden aanwezig.

Op 27 november 2009 heeft de Hoge Raad de uitspraak van het hof Den Haag vernietigd. De Hoge Raad heeft aangegeven dat altijd eerst moet worden vast-

gesteld dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, voordat de hoogte van een eventuele vergoeding aan de orde komt. De Hoge Raad heeft nogmaals duidelijk gemaakt dat het niet toekennen van een vergoeding, niet per definitie tot een onredelijk ontslag leidt. Of een ontslag kennelijk onredelijk is, hangt 'altijd van de omstandigheden af'.

De Hoge Raad heeft verder geoordeeld dat voor het vaststellen van de schadevergoeding die de werkgever aan een werknemer moet betalen bij 'kennelijk onredelijk ontslag' niet de algemene kantonrechtर्सformule kan worden toegepast. Een kennelijk onredelijk ontslagprocedure heeft een ander karakter dan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer een schadevergoeding naar billijkheid krijgt op basis van de kantonrechtर्सformule. De vergoeding voor de werknemer bij een kennelijk onredelijk ontslag moet worden gebaseerd

op de geleden schade die verband houdt met de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever. 'Daarbij past een algemene kantonrechtर्सformule niet.' Ook een algemene korting van 30 procent die het hof op de vergoeding in mindering bracht, kan niet door de beugel, stelt de Hoge Raad. In dit soort gevallen moet dus sprake zijn van maatwerk.

De kwestie rond de ontslagvergoedingen in kennelijk onredelijk ontslagprocedures was inmiddels vrij omstreden omdat rechtbanken verschillende formules hanteerden. Zo ontwikkelden vier andere gerechtshoven weer een eigen berekeningsmethode, waarover wij u ook in onze nieuwsbrief van september 2009 informeerden. Tegen een van de uitspraken waarin dit is gedaan, loopt ook een cassatieberoep waarover de Hoge Raad op korte termijn uitspraak doet.

Uiteraard houden wij u op de hoogte!

# Verrekening minuren met vakantie-uren niet toegestaan

De laatste tijd krijgen wij regelmatig de vraag of het toegestaan is te weinig gewerkte uren (ook wel minuren genoemd) te verrekenen met vakantie-uren en/of een salarisbetaling. Deze vraag komt veelal aan de orde indien de werknemer het bedrijf verlaat en nog een saldo aan minuren heeft openstaan. Hoe zit dit nu?

In veel branches is het gebruikelijk te werken met min- en plus uren, met name in die branches waarin het werk pieken en dalen vertoont. De plus uren (overuren) worden dan gecompenseerd met de minuren. Een werkgever mag bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst echter in beginsel niet de te weinig gewerkte uren op het loon van de werknemer inhouden of deze met openstaande vakantie-uren verrekenen, tenminste indien de oorzaak van de te weinig gewerkte uren bij de werkgever ligt. De kantonrechter te Venlo heeft dit vorig jaar nog eens bevestigd (19 november 2008, JAR 2009/10).

De werknemer in bovengenoemde zaak had zijn arbeidsovereenkomst na een dienstverband van 12 jaar opgezegd. Bij de eindafrekening had de werkgever een bedrag van € 1.200 ingehouden ter zake van 113 wel betaalde maar niet gewerkte uren.

De werknemer stelde dat de minuren waren ontstaan doordat de werkgever onvoldoende werk voor hem voorhanden had. De werkgever stelde dat de aard van de werkzaamheden (in een tuinbouwbedrijf) met zich meebrengt dat plusuren van de zomermaanden gecompenseerd worden met de wintermaanden. Door zijn baan op te zeggen voor de drukke zomermaanden, had de werknemer kunnen weten dat hij zijn minuren niet zou kunnen aanvullen.

De rechter oordeelde dat het een werknemer vrij staat op ieder moment ontslag te nemen. Ook gaf de rechter aan dat het op zich voor de hand ligt om onbetaalde plusuren te verrekenen met betaalde minuren. Indien er echter onvoldoende onbetaalde plusuren tegenover betaalde minuren staan, dan kunnen de betaalde minuren in beginsel niet worden teruggevorderd van de werknemer. Het komt voor rekening en risico van de werkgever dat er onvoldoende werk voorhanden was.

**Conclusie:** tenzij er andere afspraken of regelingen (bijvoorbeeld in een CAO) gemaakt zijn, kan een werkgever geen betaalde minuren van werknemers terugvorderen c.q. verrekenen met de eindafrekening. Ook is het niet toegestaan de minuren te verrekenen met nog openstaande vakantie-uren. Als werkgever is het dus van belang goed in de gaten te houden dat het aantal minuren niet te veel oploopt om te voorkomen dat aan het einde van de arbeidsovereenkomst een te groot aantal minuren overblijft.



*Legal at Work  
wenst u een  
verfrissend  
Nieuwjaar.*

## Contact



Vragen over de Nieuwsbrief? Neem dan contact met ons op:

Molenstraat-Centrum 485  
7311 XL Apeldoorn  
[www.legalatwork.com](http://www.legalatwork.com)

Telefoon 055 - 576 76 60  
Fax 084 - 229 78 06  
[info@legalatwork.com](mailto:info@legalatwork.com)