

BETAALD-VRIJAF MET CARNAVAL?

De gewoonte in het arbeidsrecht

Bundesarbeitsgericht 24-3-1993, Aktz.: 5 AZR 16/92

A.T.J.M. Jacobs

Mijn zaak voert U terug naar de tijd van de Golfoorlog in 1991. De wereld hield de adem in - zou dit conflict uitlopen op een grootse oorlog, die ons allemaal weer in de ellende kon storten? De stemming in die dagen was somber, zelfs in de contreien, waar het Carnaval naderde. Geen wonder, dat menig gemeentebestuur en menig organiserende Carnavalsinstantie een uitbundig vertoon van de zotskap niet erg gepast achtte en zulks afgelastte dan wel op een laag pitje zette. In het Duitse Rijnland was dat niet anders. En geheel in die lijn liet dan ook de Rector van de Universiteit van Bonn een rondschrijven uitgaan, waarin hij het personeel van die Universiteit meedeelde, dat vanwege de Golfoorlog het gebruikelijke 'vrijaf-met-behoud-van-loon' op Rosenmontag dat jaar kwam te vervallen.

Dit nu was niet naar de zin van een laborante van die Universiteit en zij deed haar werkgever een kort geding aan om het gebruikelijke vrijaf met Carnaval ook in dat jaar van de Golfoorlog te krijgen. Ze won het kort geding, maar later bleek, dat ze toch buiten de waard gerekend had (een onvergeeflijke fout met Carnaval!): de Universiteit hield over de betreffende dag vrijaf loon in. Dus moest onze laborante een tweede maal naar de rechter om doorbetaling van loon te vorderen.

De zaak werd doorgeprocedeerd tot aan het Bundesarbeitsgericht toe en die deed enkele maanden geleden uitspraak: de werkgever was wel degelijk tot inhouding van loon gerechtigd. En zo kwam de aanvankelijke overwinning van onze laborante dan uiteindelijk neer op een sigaar uit eigen doos.

Gewoonten in het recht

Voor ons juristen ligt het interessante van deze zaak besloten in de argumenten, die aan de uitspraak ten grondslag zijn gelegd. De laborante kon zich voor haar claim tot loondoorbetaling op niets anders beroepen dan op de gewoonte bij haar werkgever om met Carnaval 'vrijaf-met-behoud-van-loon' te verlenen.

Ook naar Nederlands recht zou een eiser heel wel op de gedachte kunnen komen om een overeenkomstige vordering te baseren op 'de gewoonte', wanneer geen meer concrete grondslag voor handen is.¹ De gewoonte is immers volgens alle klassieke opvattingen een rechtsbron. Ze is dat in het verbintenissenrecht in het

¹ Ietwat vergelijkbare zaken speelden in Nederland in 1982 rondom de vraag of er op 5 mei vrijaf met behoud van loon bestond. De rechter kon die vragen evenwel benaderen vanuit hierop betrekking hebbende cao-bepalingen, vgl. Pres. Rb. Utrecht, 4-5-1982, RvdW/KG 1982, 85 en Pres. Rb. Zutphen, 4-5-1982, RvdW/KG 1982, 87.

algemeen,² ook bij ons wordt een overeenkomst aangevuld met hetgeen uit de gewoonte voortspuit (art. 6:248 BW). En ze is het zeke^r ook in het sociaal recht/het arbeidsrecht, zij het, dat zij daar in de loop der jaren steeds verder op de achtergrond is geraakt. Dat verklaart wellicht, waarom er in Nederland nog nooit een uitvoerige studie is gewijd aan de plaats van de gewoonte in het arbeidsrecht, zodat wij het hier moeten doen met beschouwingen uit de algemene leerstukken over gebruik en gewoonte als bron van recht.

De uitvoerige beschouwing, die Molenaar in zijn afscheidsrede heeft gewijd aan de plaats van de gewoonte in het bankrecht³ strekte mij tot spoorslag om nu in dit kader kort de aandacht te vragen voor de plaats van de gewoonte in het arbeidsrecht. En wel aan de hand van deze uitspraak van het Bundesarbeitsgericht, die heel illustratief is voor een moeilijk theoretisch probleem als het onderhavige. Het plezierige van Duitse arresten is, dat de Duitsers in hun rechterlijke uitspraken de dingen vaak meer helder en analytisch formuleren dan onze Nederlandse rechters en dat men daarom aan die uitspraken veel meer heeft voor de ontwikkeling van het rechtsdenken.

Zo wordt ons in de onderhavige uitspraak de definitie voor ogen gehouden van wat de Duitse arbeidsrechtelijke pedant is van onze 'gewoonte' - de 'betriebliche Übung': 'Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden.'

Het ondernemingsgebruik

Dat lijkt mij een schone definitie van 'gewoonte', die wij ook in het Nederlandse arbeidsrecht zo wel zouden kunnen overnemen, zij het dat we moeten onderkennen, dat zij is toegespitst op een gebruik in het kader van de onderneming. Dit heeft te maken met het feit, dat de Duitsers als rechtsbron in het arbeidsrecht geen andere gewoonten erkennen dan de 'betriebliche Übung'.

Maar is het wel nodig om alleen 'ondernemingsgebruiken' als bron van het arbeidsrecht te erkennen? Mijns inziens is er niets op tegen om in voorkomende gevallen ook acht te slaan op gebruiken en gewoonten, die zich voordoen in een bepaalde beroepsgroep, in een bepaalde bedrijfstak, ja misschien wel in de totaliteit van het bedrijfsleven in een regio of in het hele land.⁴ Als men echter ook de gebruiken en gewoonten van een bepaalde bedrijfstak en beroepsgroep als rechtsbron erkent, dan kan al gauw de neiging opkomen om langs die weg ook cao's een algemeen geldende werking te geven. En is daar niet de meer formele weg van de algemeen verbindend-verklaring voor bedoeld? Een kwestie, waar ik indertijd in mijn proefschrift al op ben ingegaan.⁵ De Nederlandse rechtspraak is in een

2 Vgl. H.J. Pabbruwe, Gebruik en gebruikelijk beding, diss. Groningen, 1961.

3 F. Molenaar, De autonomie van het Bankrecht, Deventer, 1993, blz. 8-12.

4 Vgl. B.S. Frenkel in AA 1977/3, blz. 170-171.

5 A.T.J.M. Jacobs, Het recht op collectief onderhandelen, Deventer, 1986, blz. 214-218.

soortgelijk probleem verstrikt geraakt op gebieden buiten het arbeidsrecht, zoals men kan opmaken uit het Bovag-clausule-arrest van de Hoge Raad en de discussie daarover.⁶

Dus misschien toch nog niet zo gek van die Duitsers om zich te willen beperken tot de 'betriebliche Übung' als erkende rechtsbron? Aldus geeft deze uitspraak al meteen een 'Denkanstoß' tot verder debat.

Vervolgens confronteert de Duitse definitie ons met een kernvraag met betrekking tot de erkenning van het bestaan van een gewoonte: te weten hoe langdurig, hoe wijdverbreid en hoezeer nageleefd een gewoonte moet zijn, wil zij rechtens relevant zijn?

In onze casus van Rosenmontag hebben de rechters de kwestie met veel narrenwijsheid aangepakt: ze stelden vast, dat het vrijaf met behoud van loon al minstens *elf* jaar door de Universiteit aan haar personeel werd toegekend en verder maakte men van deze hamvraag - de duur en de herhaling - geen punt meer. Het lijkt mij in casu een onberispelijke benadering al zou ik niet willen uitsluiten dat in andere casus periodes korter dan 11 jaar ook nog wel eens een voldoende duur kunnen zijn voor het aannemen van een rechtens relevante gewoonte.

Voorts vroeg het Bundesarbeitsgericht zich af of ook de wil van de werkgever er nog toe doet, wil men van een rechtens verbindende 'gewoonte' kunnen spreken. Het komt er in deze volgens het Bundesarbeitsgericht voor het ontstaan van een rechtsverplichting echter niet op aan, dat de werkgever de wil heeft gehad om zich te verplichten. Van belang is slechts het antwoord op de vraag hoe de ontvanger van die verklaring - de werknemer - naar de eisen van redelijkheid en billijkheid en alle omstandigheden in aanmerking nemende, die verklaring mocht opvatten.

Ik denk, dat wij met het Bundesarbeitsgericht eens kunnen zijn, dat het al dan niet rechtens verbindend zijn van een gewoonte niet afhangt van de wilsverklaring van de werkgever, maar van het antwoord op de vraag hoe het werkgeversgedrag door de werknemers opgevat mocht worden. Dit past helemaal in de algemene tendens in onze eigen Nederlandse civiele rechtspraak om bij algemene normen het vertrouwensaspect zwaarder te laten wegen dan het wilslement.

Maar dan belanden we wel bij de vraag of de werknemer naar de eisen van redelijkheid en billijkheid en alle omstandigheden in aanmerking nemende, de betreffende gedraging van de werkgever als rechtens geldende gewoonte mocht opvatten. Dat is een criterium van een vaagheid, waarover collega Barendrecht zopas in zijn dissertatie de staf heeft gebroken.⁷ Kennelijk weten ook de Duitsers er weg mee.

In onze casus had het Bundesarbeitsgericht uit de feiten herleid, a) dat de verlofverlening met Carnaval bij de Bonner Universiteit telkenjare weer uitdrukkelijk in een oekaze van de rector geschiedde en b) dat er voor de medische faculteit

6 HR 26-2-1960, NJ 1965, 373; vgl. H.J. Pabbruwe, WPNR 1991/6029, blz. 854-857.

7 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer, 1992.

altijd het voorbehoud werd gemaakt, dat vrijaf ook 'in het belang van de dienst' mogelijk moest zijn. Onder zulke omstandigheden - aldus het Bundesarbeitsgericht - kon bij de betreffende werknemers niet het vertrouwen gewekt zijn dat 'vrijaf-met-behoud-van-loon' op Carnaval hen duurzaam en onbeperkt als een gunst verleend was.

Tenslotte zij nog gereleveerd, dat het Bundesarbeitsgericht heeft overwogen, dat haar bovenvermelde beginselen bij de arbeidsverhoudingen in de openbare dienst niet zonder inperking van toepassing zijn. In die sector moet men er van uitgaan, dat bij twijfel de werkgever slechts de normen uit de wet en de cao heeft willen toepassen. Zelfs bij een jarenlang toegepaste begunstiging moeten er extra aanknopingspunten zijn wil men kunnen beweren, dat de werkgever aanvullende condities heeft willen verlenen, die op den duur deel zijn geworden van de inhoud van de arbeidsovereenkomst.

Iets dergelijks hoort het personeel bij overheid en semi-overheid natuurlijk niet graag, maar het wil mij voorkomen, dat het toch wel aansluit bij de realiteit. Werkgevers bij overheid en semi-overheid beschikken over veel minder beleidsruimte dan werkgevers in de private sector om er voordelen voor het personeel op na te houden, die uitgaan boven de minutieus vastgelegde normen.

De gewoonte aan de KUB

Die these lijkt bevestigd te worden, wanneer wij ons verdiepen in de vraag hoe aan onze eigen KUB precies hetzelfde thema - het vrijaf met Carnaval - geregeld is. Het verbaast niet, dat dit onderwerp ontbreekt in het landelijke rechtspositiereglement voor universitair personeel, dat model gestaan heeft voor het KUB-reglement. Maar dat ook ons eigen KUB-reglement zwijgt over het onderwerp moet toch wel gezien worden als een bevestiging van de nuance, die het Bundesarbeitsgericht maakte. Bij navraag op de afdeling personeelszaken van de KUB bleek mij, dat de KUB ook inderdaad niet pleegt over te gaan tot het verlenen van 'vrijaf-met-behoud-van-loon' met Carnaval bovenop het landelijk geldende feestdagen-verlof. Aan onze KUB, die met Carnaval ook gewoon geopend is, lost men het conflict van plichten van de toegewijde Carnavalsvierder op door royaal toe te staan, dat er met Carnaval ATV-dagen worden opgenomen. Mits de dienst het toelaat!

Rechtspositioneel zou onze Duitse laborante aan de KUB dus zelfs nog slechter afgeweest zijn dan in Bonn. In Bonn heeft ze minstens elf jaar lang wel 'vrijaf-met-behoud-van-loon' gekregen zonder dat ze daarvoor een verlofdag moest afschrijven. De sigaar uit eigen doos - die haar alleen in het jaar van de Golfoorlog gepresenteerd werd - is aan de KUB de standaardvoorziening!

Zo biedt het door mij besproken arrest van het Bundesarbeitsgericht al met al kansen te over om iets op te lichten van het tipje van de sluier, die nog altijd hangt over de plaats van de gewoonte in het arbeidsrecht. Meer dan dat was binnen de mij toegemeten ruimte niet mogelijk. Maar hopelijk heb ik wel duidelijk kunnen maken welke schone stof dit thema vormt voor een aio-project en anders in elk geval voor een Carnavalswagen.