

RECHTSPRAAK

Stichting Samenwerkende Huisartsendiensten Rijnland/werknemer

Avond-, nacht- en weekendtoeslag vormt zowel over wettelijke als bovenwettelijke vakantiedagen onderdeel van het loon. Wet staat niet toe afwijkende afspraken te maken over bovenwettelijk deel.

(Hoger beroep van AR 2015-0566.) Werkneemsters zijn in dienst van Stichting Samenwerkende Huisartsendiensten Rijnland (hierna: SSHR), in de functie van triagist. Op hun arbeidsovereenkomst is de CAO Huisartsenzorg van toepassing. In de cao is een avond-, nacht- en weekendtoeslag (hierna: ANW-toeslag) opgenomen. Werkneemsters vorderden in eerste aanleg voor recht te verklaren dat de cao-bepaling in de CAO Huisartsenzorg over de periode van 2006 tot 2014, inhoudende dat de ANW-toeslag niet verschuldigd was tijdens opgenomen vakantiedagen, (ver)nietig(baar) was. De kantonrechter wees deze vordering toe. SSHR is van dit vonnis in hoger beroep getreden. SSHR voert aan dat de cao algemeen verbindend is verklaard en daarmee een wettelijke status heeft verkregen, zodat uitbetaling van de ANW-toeslag over de opgenomen vakantiedagen in strijd met de wet is. Bovendien is volgens SSHR de cao-bepaling niet in strijd met artikel 7:639 BW omdat deze bepaling slechts voorschrijft dat het overeengekomen loon dient te worden doorbetaald; in de cao is overeengekomen dat geen ANW-toeslag is verschuldigd over opgenomen vakantiedagen.

Het hof oordeelt als volgt. Op grond van artikel 7:639 lid 1 BW heeft een werknemer gedurende zijn vakantie recht op doorbetaling van loon. Artikel 7:639 lid 1 BW stemt inhoudelijk overeen met artikel 7 lid 1 van de arbeidstijdenrichtlijn. Voor het antwoord op de vraag wat de omvang van de beloning tijdens de vakantie dient te zijn, is de uitleg van het Hof van Justitie van artikel 7 doorslaggevend. Aangezien artikel 7:639 lid 1 BW van dwingend recht is, is anders dan SSHR bepleit, niet (uitsluitend) doorslaggevend wat partijen op grond van de afspraken van partijen als 'overeengekomen loon' heeft te gelden. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat de ANW-diensten een last vormen die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werkneemsters zijn opgedragen in hun arbeidsovereenkomst. Zij ontvangen hiervoor een financiële vergoeding, de ANW-toeslag. Deze toeslag dient te worden gerekend tot hun gebruikelijke beloning en dient derhalve tijdens de opgenomen vakantie te worden doorbetaald. De stelling van SSHR dat de cao-bepaling niet nietig kan worden verklaard omdat de cao algemeen verbindend is verklaard, gaat niet op. Een algemeen

verbindend verklaarde dat het is weliswaar een wet in materiële zin, maar deze mag niet in strijd komen met een wet in formele zin, in dit geval artikel 7:639 BW.

De cao-partijen hebben na het wijzen van het arrest Williams e.a./British Airways voor de jaren 2006-2013 alsnog een regeling getroffen om tegemoet te komen aan de eisen van (art. 7:639 BW, uitgelegd in overeenstemming met) het Europese recht. Daartoe zijn zij overeengekomen dat (kort gezegd) de betrokken werknemers alsnog 50% van de hen toekomende ANW-toeslag zouden ontvangen. Naar het hof begrijpt, is SSHR van mening dat werkneemsters (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) gebonden zijn aan (de strekking van) deze overeenkomst. Als zou moeten worden aangenomen dat de werkgeversorganisaties met de vakbonden een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten ter zake van de ANW-toeslag over de periode 2006-2013, betekent dit nog niet dat werkneemsters aan die overeenkomst zijn gebonden. Zij waren daarbij immers geen partij. Uit de tekst van het door de stichting overgelegde onderhandelaarsakkoord blijkt ook dat partijen bij het akkoord zich dat realiseerden: 'Het zal uiteindelijk aan de individuele medewerker zijn om al dan niet akkoord te gaan met een dergelijk voorstel' (productie 1 bij conclusie van antwoord). De omstandigheid dat werkneemsters lid zijn van een vakbond, doet in dit geval niet ter zake omdat gesteld noch gebleken is dat deze vaststellingsovereenkomst gelijk is te stellen met een cao waaraan werkneemsters op grond van artikel 9 Wet CAO zijn gebonden. Dat de onderhandelingen over de vaststellingsovereenkomst mogelijk mede zijn ingegeven door artikel 1.5 van de cao (inhoudend een overleg- en aanpassingsverplichting voor het geval een of meerdere bepalingen van de cao niet-bindend blijken te zijn) doet aan het voorgaande niet af, nu het resultaat van die onderhandelingen niet is geweest dat de onverbindende bepaling uit de cao (met terugwerkende kracht) is vervangen door een geldige bepaling. SSHR heeft zich tot slot nog beroepen op artikel 6:248 lid 2 BW, maar heeft – afgezien van het voorgaande – onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die het oordeel rechtvaardigen dat de aanspraak van werkneemsters op betaling van de ANW-toeslag over de door hen genoten vakantiedagen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geheel of gedeeltelijk onaanvaardbaar zou zijn. De omstandigheid dat de cao-partijen in de thans geldende cao zijn overeengekomen dat de kosten van de ANW-toeslag over de vakantiedagen gedeeltelijk wordt afgewenteld op de werknemers, is daarvoor onvoldoende. Dat geldt ook voor de omstandigheid dat SSHR niet, althans niet met zekerheid, kon weten dat de cao-bepaling nietig was. Het hof betreft daarbij dat het Hof van Justitie een jaarlijkse vakantie met behoud van loon beschouwt als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht, zodat het niet spoedig voor de hand ligt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als een werknemer zich op dit beginsel beroept. Veeleer heeft te gelden dat de gevolgen van de nietigheid in de verhouding tussen werkneemsters en SSHR (geheel) voor rekening van SSHR dienen te blijven.

Ten slotte betoogt SSHR subsidiair dat de ANW-toeslag slechts dient te worden uitbetaald over de wettelijke vakantiedagen en dat over de bovenwettelijke vakantiedagen geen ANW-toeslag is verschuldigd. Het hof overweegt als volgt. Op grond van artikel 7:634 BW heeft een werknemer recht op vier weken vakantie per jaar. Bij cao of in de individuele

arbeidsovereenkomst kan worden overeengekomen dat een werknemer recht heeft op meer vakantie. Ook op deze bovenwettelijke vakantiedagen is de vakantiewetgeving (waaronder art. 7:639 BW) van toepassing. Partijen kunnen binnen de grenzen van de wet afwijkende afspraken ten nadele van de werknemer maken, maar dat is slechts mogelijk voor zover de desbetreffende wetsbepaling dat expliciet toestaat (vgl. art. 7:645 BW, alsmede Kamerstukken 26079, 3 (par. 2.1 en 2.2) (MvT op het wetsvoorstel ter wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot vakantie en ouderschapsverlof). Artikel 7:639 BW biedt niet de mogelijkheid overeen te komen dat ter zake van de bovenwettelijke vakantiedagen ten nadele van de werknemer wordt afgeweken. Dit betekent dat het niet mogelijk is bij cao af te spreken dat ter zake van de opgenomen bovenwettelijke vakantiedagen geen ANW-toeslag is verschuldigd. Grief 7 heeft derhalve geen succes.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 13-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2587

Zaaknummer: 3465593 / 14-6003

Advocaten: F.A.M. Knuppe en A. Simsek

Wetsartikelen: 6:248 lid 2 BW, 7:639 BW, 7:645 BW en Richtlijn 2003/88/EG - 7 lid 1