

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Dimence Groep

De in de tot 1 juli 2015 geldende, AVV-verklaarde cao GGZ opgenomen bepaling dat geen onregelmatigheidstoeslag is verschuldigd bij vakantie, is nietig. Artikel 7:639 BW en de daaraan op basis van Europese regelgeving en jurisprudentie te geven uitleg prevaleren.

Feiten

Werkneemster is in dienst bij Dimence Groep in de functie van begeleider. Op de arbeidsovereenkomst is de cao GGZ van toepassing, die algemeen verbindend is verklaard. De aard van de functie brengt mee dat werkneemster regulier avond-, nacht- en weekenddiensten draait, waarbij de nachtdiensten als zogenaamde slaapdiensten vallen aan te merken. Voor deze diensten ontvangt werkneemster een onregelmatigheidstoeslag. In de periode tot 1 juli 2015 bepaalde de toepasselijke cao dat over opgenomen vakantiedagen geen onregelmatigheidstoeslag verschuldigd was. In de per 1 juli 2015 geldende cao is in artikel 1 lid 3 opgenomen dat over opgenomen vakantiedagen onregelmatigheidstoeslag wordt betaald. Werkneemster vordert onder meer Dimence te veroordelen aan haar te betalen de onregelmatigheidstoeslag over de vakantie- en verlofuren over het tijdvak van 15 juni 2010 tot 1 juli 2015.

Oordeel

Omvang beloning tijdens vakantie

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 Dimence bepleit, niet (uitsluitend) doorslaggevend wat op grond van de afspraken van partijen als loonbegrip heeft te gelden. In het licht van hetgeen is bepaald in het arrest Williams e.a./British Airways is de kantonrechter van oordeel dat de avond-, nacht- en weekenddiensten een last vormen die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de functie die werkneemster is opgedragen in het kader van haar arbeidsovereenkomst met Dimence. Voor de functie van begeleider heeft immers als uitgangspunt te gelden dat iedere periode ook

(onregelmatige) diensten worden gedraaid. Het werken op onregelmatige tijden maakt standaard onderdeel uit van het rooster van elke werknemer van Dimence in dezelfde functie als werkneemster. Dat het rooster door haar en haar collega's zelf wordt ingevuld betekent niet dat de onregelmatige diensten geen structureel en bestendig onderdeel meer zijn van de gebruikelijke werkzaamheden. Gelet hierop, alsmede gelet op de in het dossier beschikbare gegevens over uitbetaling van de onregelmatigheidstoelage over de jaren 2010 tot en met 2014, moet de onregelmatigheidstoelage worden gerekend tot het gebruikelijke loon en dient deze derhalve tijdens de opgenomen vakantie te worden doorbetaald. Dat het basisloon geen uitgehold loon is, doet hier niet aan af. De vaste lasten van werknemers zijn in de regel afgestemd op het gebruikelijke inkomen. Als tijdens vakanties een lager inkomen wordt ontvangen kan de werknemer op grond van financiële afwegingen besluiten om geen of minder vakantie op te nemen dan hij zou hebben gedaan als het gebruikelijke loon betaald zou worden tijdens vakantie. Niet vereist is dat een werknemer daadwerkelijk is weerhouden vakantie op te nemen. Dit leidt tot de slotsom dat de cao-bepaling nietig is. De stelling van Dimence dat (desondanks) sprake is van een rechtsgeldige, algemeen verbindend verklaarde cao waarvan de werkgever niet mag afwijken, maakt dit oordeel niet anders. Een algemeen verbindend verklaarde cao is weliswaar een wet in materiële zin maar deze mag op haar beurt niet in strijd komen met een wet in formele zin, in dit geval artikel 7:639 BW. Toewijzing van de vordering is bovendien niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het Hof van Justitie beschouwt een jaarlijkse vakantie met behoud van loon 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 dat beginsel beroept. Veeleer heeft te gelden dat de gevolgen van de nietigheid in de verhouding tussen werkneemster als werknemer en Dimence als werkgever (geheel) voor rekening van Dimence dienen te blijven.

Hoogte vergoeding

Indien door Dimence een toeslag wordt betaald boven op het basisloon van werkneemster in verband met werken op onregelmatige tijden waartoe werkneemster in het kader van haar arbeidsovereenkomst gehouden is en dit, gemeten over een voldoende representatief referentietijdvak, een bestendig of structureel karakter heeft, dan behoort die vergoeding tot het gebruikelijk loon als bedoeld in artikel 7:639 BW. Het gemiddelde van die vergoeding, gemeten over een voldoende representatief referentietijdvak, behoort dan dus ook tot het vakantieloon dat Dimence aan werkneemster dient te betalen. Voorts heeft een werknemer op grond van artikel 7:634 BW 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. 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 onregelmatigheidstoeslag verschuldigd is. Volgt toewijzing van de vorderingen van werkneemster.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 18-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:5322

Zaaknummer: 4677805 CV EXPL 15-8910

Rechters: M. Willemse

Advocaten: M. Vetkamp en T.B. Vandeginste

Wetsartikelen: 1 lid 3 cao GGZ, 7:639 BW en 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn