

RECHTSPRAAK

werknemer/RIBW Groep Overijssel

Loon tijdens vakantie niet alleen over basisloon maar ook over onregelmatigheidstoeslag. Afwijking van artikel 7:639 bij cao is, wegens strijd met artikel 7:645 BW, niet rechtsgeldig.

Feiten

Werknemer is op 1 november 2011 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) werkgever. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Geestelijke Gezondheidszorg van toepassing. Werknemer heeft tot 1 juli 2015 over de vakantie-uren alleen het ‘basisloon’ behorend bij zijn functie ontvangen en geen looncomponent gebaseerd op basis van de gemiddelde door hem gebruikelijk ontvangen onregelmatigheidstoeslag.

Oordeel

Beoordeeld dient te worden of werknemer over de jaren 2009 tot 1 juli 2015 tijdens vakantie-uren al dan niet aanspraak heeft op uitbetaling van het gebruikelijke loon, derhalve zijn basisloon vermeerderd met (gemiddelde) onregelmatigheidstoelagen. Het meest verstrekkende verweer van werkgever, te weten dat werknemer zijn beweerdelijke aanspraak tot nabetaling van salaris tijdens vakantie-uren, gebaseerd op basis van de onregelmatigheidstoeslag, heeft verwerkt nu hij niet tijdig, overeenkomstig artikel 6:89 BW, bij werkgever heeft geklaagd, wordt verworpen. Het ligt primair op de weg van werkgever te zorgen voor een adequate en juiste salarisafrekening. Het enkele tijdsverloop is niet toereikend voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking (HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1529). Werkgever heeft een beroep op verjaring gedaan. Anders dan namens werknemer bij akte is betoogd, is op de onderhavige vordering niet artikel 3:311 doch artikel 3:308 BW van toepassing. Dat betekent dat de vordering ingevolge het bepaalde in artikel 3:308 BW gedeeltelijk is verjaard en zich in dit concrete geval beperkt tot de genoten vakantiedagen in de periode van 1 juli 2010 tot 1 juli 2015. De vakantieregeling is in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen teneinde te voldoen aan artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG omtrent ‘jaarlijkse vakantie’. In het arrest van het Hof van Justitie EU van 15 september 2011, C-155/10 (Williams c.s./British Airways, JAR 2011/279) heeft het Hof geoordeeld dat de woorden ‘jaarlijkse vakantie met behoud van loon’ in artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2003/88 betekenen dat het loon gedurende de ‘jaarlijkse vakantie’ in de zin van die richtlijn moet worden doorbetaald en dat, met andere woorden, de werknemer voor deze rustperiode zijn normale loon dient te ontvangen. Elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en

waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, wordt gerekend tot de globale beloning van de werknemer. Tussen partijen is niet in geschil dat werknemer feitelijk op basis van gemaakte roosters tijdens onregelmatige tijden/diensten heeft gewerkt. Door werkgever is niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist dat werknemer feitelijk in de 24 uurszorg werkzaam was en hij daarbij, net als veel van zijn collega's, werd ingeroosterd op onregelmatige tijden en daartoe verschillende onregelmatigheidstoelagen, overeenkomstig de cao, ontving. Niet zozeer de omvang van het aantal op onregelmatige tijden gewerkte uren, maar wel het terugkerende en regelmatige karakter daarvan zijn bepalend. Dit betekent dat naar oordeel van de kantonrechter op grond van de uitleg die volgens het Hof van Justitie aan artikel 7 van de richtlijn gegeven dient te worden de werknemer in ieder geval tijdens het minimumaantal vakantie-uren waarin de richtlijn voorziet aanspraak heeft op zijn basisloon inclusief onregelmatigheidstoelagen. Onregelmatigheidstoelagen, betaald wegens regelmatig gewerkte onregelmatige diensten zoals hier in geding, maken naar Nederlands recht deel uit van het loon. In de cao's, zoals die van toepassing waren tot 1 juli 2015, is door de definiëring van salaris in relatie tot behoud van salaris tijdens vakantie in strijd met artikel 7:645 BW afgeweken van de regeling van artikel 7:634 BW. Dit betekent dat de cao's zoals die golden tot 1 juli 2015 op het onderdeel loonbetaling tijdens vakantie nietig zijn. Een algemeen verbindend verklaarde cao is weliswaar een wet in materiële zin maar deze mag niet in strijd zijn met een wet in formele zin, in dit geval artikel 7:639 lid 1 BW. De gevorderde verklaring voor recht zal worden gegeven.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 09-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:1937

Zaaknummer: 5355844 \ CV EXPL 16-7438

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: A. Simsek en A.M. Slootweg

Wetsartikelen: 3:308 BW, 3:311 BW, 6:89 BW, 7:634 BW, 7:639 BW, 7:645 BW en 7 Richtlijn 2003/88 EG