

RECHTSPRAAK

werknemer/Gemeente Rotterdam

Onregelmatigheidstoelagen vallen onder ‘vakantieloon’ dat ook tijdens ziekte betaald moet worden (Schultz-Hoff en British Airways-doctrine). Of werknemer bij ‘gewoon ziekteloon’ recht heeft op betaling van onregelmatigheidstoelage is afhankelijk van de vraag of het ‘naar tijdruimte vastgesteld loon’ betreft.

Werknemer is sinds 1997 voor onbepaalde tijd bij de gemeente in dienst getreden als beveiligingsbeambte A voor 36 uur per week. Op de arbeidsovereenkomst van partijen is de CAO voor de Sociale Werkvoorziening (hierna: de cao) van toepassing. Werknemer komt onder meer een onregelmatigheidstoelage toe. Volgens werknemer heeft hij recht op doorbetaling van deze vaste toeslagen over onder meer zijn verlofdagen en perioden van ziekte en verzoekt hij uitkering daarvan. De kantonrechter heeft deze vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Wat betreft de toeslagen over het ‘ziekteloon’ overweegt het hof dat van de verplichting 70% van ‘het naar tijdruimte vastgestelde loon’ door te betalen tijdens ziekte, anders dan in de hier niet aan de orde zijnde situatie als vermeld in artikel 7:629 lid 9 BW, niet bij cao ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Onder dit begrip (‘het naar tijdruimte vastgestelde loon’) vallen ook vaste toeslagen waar een werknemer recht op heeft naast het basissalaris (in dezen het salaris volgens de toegekende loonschaal), mits naar tijdruimte vastgesteld. Dat in geval van ziekte niet op onaangename uren wordt gewerkt (er wordt dan in principe in het geheel niet gewerkt) staat hieraan niet in de weg. Evenmin staat hieraan in de weg dat een werknemer bij langduriger arbeidsongeschiktheid, respectievelijk arbeidsongeschiktheid ten tijde van de opstelling/ingang van een – nieuw – vijf wekelijks rooster, niet meer wordt ingeroosterd, omdat door het enkel niet meer inroosteren bij arbeidsongeschiktheid, een (uit de inroostering volgend), op zich naar tijdruimte vastgesteld, loonsbestanddeel in het kader van de loondoorbetalingsverplichting van artikel 7:629 BW niet buiten beschouwing gelaten kan worden. Is er sprake van loon in geld, ‘op andere wijze dan naar tijdruimte vastgesteld’, dan kan bij cao (ten nadele van de werknemer) dat geldloon wel van het loonbegrip worden uitgesloten (art. 7:629 lid 8, jo. 7:628 lid 3, jo. 7:628 lid 7 BW). Hierbij past de kanttekening dat in artikel 7:629 BW zelf alleen in lid 9 een (zich hier niet voordoende) mogelijkheid wordt gegeven voor een afwijking ten nadele van de werknemer, maar dat in lid 8 van ditzelfde artikel, artikel 7:628 lid 3 van toepassing wordt verklaard, terwijl in dit lid 3 wordt bepaald, dat ‘[i]ndien het loon in geld op andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld, (...)’, de bepalingen van het gehele artikel 7:628 BW van toepassing zijn, dus met inbegrip van lid 7, inhoudende dat na het verstrijken van de eerste zes maanden van de

arbeidsovereenkomst, slechts ten nadele van de werknemer van dit artikel kan worden afgeweken bij cao. Nu de toeslagen gekoppeld zijn aan het vaste rooster en dusdanig structureel van aard zijn, moet geoordeeld worden dat sprake is van 'naar tijdruimte vastgesteld loon'. De zaak wordt evenwel aangehouden op dit punt voor nadere bewijsvoering.

Artikel 7:639 lid 1 BW bepaalt dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt. Loon is de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd ter zake van de bedongen arbeid (o.a. HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217). Onregelmatige diensttoeslagen vallen dan eveneens onder het loonbegrip van artikel 7:639 lid 1 BW, mits de werknemer, zo hij niet met vakantie zou zijn, maar in de betrokken periode zou hebben gewerkt, de onregelmatige diensttoeslagen zou hebben ontvangen. In zijn arrest van 15 september 2011 (British Airways) heeft het Hof van Justitie EU overwogen dat uit de formulering van artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2003/88, een bepaling waarvan ingevolge deze richtlijn niet kan worden afgeweken, volgt dat alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon wordt toegekend van ten minste vier weken en dat dit recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht. 'Jaarlijkse vakantie met behoud van loon' (art. 7 lid 1 Richtlijn 2003/88) betekent 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. Het vereiste van betaling van vakantieloon heeft tot doel de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te brengen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes. Het vakantieloon dient in beginsel overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer. Ofschoon de structuur van het gebruikelijke loon van een werknemer als zodanig valt onder de bepalingen en gebruiken van het recht van de lidstaten, mag zij geen weerslag hebben op het eerder genoemde recht van de werknemer om gedurende zijn periode van rust en ontspanning vergelijkbare economische omstandigheden te genieten als die rond de verrichting van zijn arbeid. 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 die noodzakelijkerwijs deel moet uitmaken van het bedrag waarop de werknemer recht heeft gedurende zijn jaarlijkse vakantie, alles aldus het Hof van Justitie EU. Het vorenstaande zou ertoe leiden dat bij de voor de gemeente geldende doorbetalingsverplichting van loon tijdens verlof/vakantie ook de onregelmatigediensttoeslagen betrokken dienen te worden, voor zover werknemer hierop aanspraak zou hebben gehad indien hij in de desbetreffende vakantieperiode zou hebben gewerkt, nu de onregelmatige diensten zouden dienen te worden aangemerkt als last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in/krachtens zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, terwijl een cao-bepaling die tot een in negatieve zin hiervan afwijkende uitkomst zou leiden in zoverre nietig zou zijn.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:2244

Zaaknummer: 200.104.357/01

Rechters: V. Disselkoen, R.S. van Coevorden en S.R. Mellema

Advocaten: Ramsoedh en M.E. de Kleiweg Zwaan

Wetsartikelen: 7:629 BW en 7:628 BW