

221

Kantonrechter Rechtbank Noord-Nederland zp
Assen

17 augustus 2016, nr. 4726586/CV EXPL 16-96,
ECLI:NL:RBNNE:2016:3813

(mr. Terpstra)

Noot mr. drs. A.M. Helstone

**Onregelmatigheidstoeslag verschuldigd over
vakantie- en verlofuren.**

[BW art. 7:639, 7:645; Richtlijn
2003/88/EG art. 7]

De werkneemster is sinds 1 november 1980 bij de werkgever in dienst als ziekenverzorgende. De werkgever biedt verpleging en verzorging bij mensen thuis of in een verpleeg- of verzorgingshuis. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen is de Cao VVT van toepassing. De werkneemster stelt dat de werkgever aan haar onregelmatigheidstoeslag moet betalen over haar vakantie- en verlofuren. In het licht van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie maakt deze onregelmatigheidstoeslag deel uit van het loonbegrip. De werkgever ziet dit anders en wijst erop dat de cao geen recht geeft op onregelmatigheidstoeslag over vakantie- en verlofdagen.

De kantonrechter overweegt dat art. 7:639 BW bepaalt dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt. Wat onder het begrip loon verstaan dient te worden is uitgelegd door het Europese Hof van Justitie in de zaken Williams/British Airways en Lock/British Gas. Uit die rechtspraak volgt dat elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, tot zijn globale beloning moet worden gerekend. Die globale beloning is uitgangspunt bij de vergoeding van vakantiedagen. De werkneemster in onderhavige zaak werkt sinds 28 februari 1992 uitsluitend in nachtdiensten en ontvangt hiervoor een onregelmatigheidstoeslag. De werkgever heeft onvoldoende weersproken dat de werkneemster niet dezelfde werkzaamheden verricht als werknemers tijdens normale werktijden, maar dat zij 's nachts zorgt voor rust en veiligheid. Dat betekent dat de onregelmatigheidstoeslag een tegenprestatie vormt voor taken die intrinsiek samenhangen met de functie van de werkneemster. Het feit dat de werkneemster naast haar functie als ziekenverzorgende werkzaamheden

heeft verricht of nog verricht voor de ondernemingsraad, doet daar niet aan af. Het beleid van de werkgever is in strijd met het in Nederland geldende recht, omdat een lagere beloning tijdens vakantie de werknemster ervan kan weerhouden om vakantie op te nemen. Dat de cao er niet in voorziet dat de onregelmatigheidstoeslag wordt verwerkt in het loon over vakantie- en verlofuren leidt niet tot een ander oordeel.

NB. In «JAR» 2015/175 met noot Funke kwam de Ktr. Leiden tot dezelfde conclusie met betrekking tot de ANW-toeslag (avond-, nacht- en weekenddiensttoeslag) voor werknemers in een huisartsenpraktijk. Het Europese Hof heeft bepaald dat ook provisies en premies die aan piloten worden betaald over de tijd die zij vliegend doorbrengen, moeten worden doorbetaald tijdens vakantie (vgl. «JAR» 2014/163, Lock/British Gas, en «JAR» 2011/279, Williams/British Airways.)

De werknemster te (...),
eisende partij,
gemachtigde: mr. M. Vetkamp,
tegen
de stichting *Stichting Icare* te Meppel,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. J.J. Margry.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. Icare biedt verpleging en verzorging bij mensen thuis of in een verpleeg- of verzorgingshuis.

2.2. De werknemster is sinds 1 november 1980 in dienst bij (een rechtsvoorganger van) Icare in de functie van ziekenverzorgende, tegen een brutosalaris van € 2.092,56 exclusief onregelmatigheidstoeslag, vakantietoeslag en andere emolumenten, bij een werkweek van 30 uren.

2.2. Op de arbeidsovereenkomst van de werknemster is de cao Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraamzorg en Jeugdgezondheidszorg (hierna: cao VVT) van toepassing. De cao VVT is op 31 maart 2016 afgelopen.

2.3. Bij brieven van 1 september 2015, 8 september 2015 en 30 september 2015 heeft de werknemster aanspraak gemaakt op onregelmatigheidstoeslag over de vakantie- en verlofuren. Icare heeft bij brieven van 1 september 2015, 14 september 2015

en 19 oktober 2015 kenbaar gemaakt dat zij niet zal overgaan tot betaling van de onregelmatigheidstoeslag.

3. *De vordering en het verweer*

3.1. De werknemster vordert dat de kantonrechter Icare, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, zal veroordelen om aan de werknemster te betalen de onregelmatigheidstoeslag over de vakantie- en verlofuren ten bedrage van € 3.929,49 bruto over het tijdvlak van 1 september 2010 tot 1 juli 2015, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over het gevorderde bedrag, de wettelijke rente over de som van voornoemde bedragen vanaf het tijdstip van dagvaarden tot aan de dag van volledige voldoening en de buitengerechtelijke incassokosten van € 517,95.

Tevens vordert de werknemster de veroordeling van Icare in de proceskosten.

3.2. Ter onderbouwing van haar vordering stelt de werknemster dat Icare het loonbegrip in artikel 7:639 Burgerlijk Wetboek (BW) onjuist interpreteert door daarin uitsluitend het basissalaris en niet de (gemiddelde) onregelmatigheidstoeslag te betrekken. De werknemster verwijst naar het arrest van 15 september 2011 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU 15 september 2011 C-155/10, Williams e.a. tegen British Airways) en twee uitspraken van 28 april 2015 en 2 juni 2015 van de rechtbank Den Haag.

3.3. Icare voert als verweer aan dat op grond van de cao VVT geen onregelmatigheidstoeslag dient te worden uitbetaald tijdens de vakantie. Icare voert aan dat de onregelmatigheidstoeslag niet intrinsiek samenhangt met de werkzaamheden van de werknemster als ziekenverzorgende, omdat in haar functieomschrijving algemene taken staan die tijdens normale werktijden kunnen worden verricht. Icare voert verder aan dat de werknemster niet uitsluitend werkzaamheden verricht in onregelmatigheidsdiensten, maar dat zij naast haar werkzaamheden als ziekenverzorgende ook van 1 juni 2010 tot en met 1 april 2014 gemiddeld 9,5 uur per week werkzaam was als voorzitter van de ondernemingsraad en per 1 april 2014 gemiddeld 4 uur werkt als lid van de onderdeelcommissie (OC-lid). Icare voert om die reden aan dat de onregelmatigheidstoeslag niet intrinsiek samenhangt met de werkzaamheden als lid van de ondernemingsraad en OC-lid. Icare verwijst verder naar een persbericht van 17 februari 2016 van Actiz waaruit blijkt dat sociale partners

in overleg zijn met het doel een alomvattende afspraak te maken die van toepassing is op alle werknemers die een onregelmatigheidstoeslag ontvangen voor zowel de toekomst als het verleden. Icare heeft ter zitting aangegeven dat de onderhandelingen over de cao nog niet zijn afgerond en dat de gesprekken met de sociale partners nog gaande zijn.

4. De beoordeling

4.1. De kantonrechter overweegt dat artikel 7:639 BW bepaalt dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt en dat artikel 7:645 BW bepaalt dat daarvan niet ten nadele van werknemer kan worden afgeweken. Wat onder begrip loon verstaan dient te worden is uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie. In het arrest van 15 september 2011 van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak C-155/10 (Williams e.a. tegen British Airways) overweegt het hof onder meer:

“(…)

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, zoals, in het geval van lijnpiloten, de tijd die zij vliegend doorbrengen, die noodzakelijkerwijs deel moet uitmaken van het bedrag waarop de werknemer recht heeft gedurende zijn jaarlijkse vakantie. (...)

Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of er een intrinsiek verband bestaat tussen de verschillende componenten van het globale loon van de werknemer en de uitvoering van de taken die hem zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst. Deze beoordeling dient betrekking te hebben op een gemiddelde over een representatief geachte periode. (...)”

Het hof beslist vervolgens als volgt:

“Gelet op een en ander moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat artikel 7 van richtlijn 2003/88 en clause 3 van de Europese Overeenkomst aldus moeten worden uitgelegd dat een lijnpiloot tijdens zijn jaarlijkse vakantie niet alleen recht heeft op behoud van zijn basissalaris maar ook op alle componenten die intrinsiek samenhangen met de taken die hem in zijn arbeidsovereenkomst zijn opgedragen en waarvoor hij in het kader van zijn globale beloning een financiële vergoeding ontvangt en voorts ook alle componenten

die samenhangen met het personeels en beroepsstatuut van de lijnpiloot. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of diverse componenten waaruit de globale beloning van die werknemer bestaat, aan deze criteria voldoen.”

Dit arrest is nog verduidelijkt in het arrest C-539/12 van 22 mei 2014. In deze zaak overweegt het hof onder meer:

“(…)

Evenwel moet worden vastgesteld dat deze werknemer, niettegenstaande de beloning waarover hij beschikt gedurende het tijdvak waarin hij daadwerkelijk verlof neemt, ervan kan worden weerhouden zijn recht op jaarlijkse vakantie uit te oefenen vanwege het uitgestelde financiële nadeel, dat hij echter wel degelijk ondervindt in het tijdvak na dat van zijn jaarlijkse vakantie.

(…)

Een dergelijke verlaging van de beloning van een werknemer uit hoofde van zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon, die hem ervan kan weerhouden zijn recht op een dergelijke vakantie daadwerkelijk uit te oefenen, is in strijd met het doel van artikel 7 van richtlijn 2003/88 (...)”

Bepalend voor de vraag of een werknemer recht heeft op onregelmatigheidstoeslag gedurende zijn of haar vakantie is het antwoord op de vraag of de toeslag intrinsiek samenhangt met de hem opgedragen taken. Voorts dient de in verband met de vakantie te ontvangen beloning niet zodanig laag (lager dan de buiten de vakantie betaalde beloning) te zijn dat de werknemer hierdoor wordt weerhouden van het nemen van vakantie. Voor deze zaak betekent dat het volgende.

4.2. Vast staat dat de werknemster sinds 28 februari 1992 uitsluitend in nachtdiensten werkt en dat zij hiervoor een onregelmatigheidstoeslag ontvangt. De werknemster heeft ter zitting betwist dat zij dezelfde werkzaamheden verricht als werknemers tijdens normale werktijden en zij heeft aangegeven dat zij 's nachts zorgt voor rust en veiligheid. Icare heeft dit onvoldoende gemotiveerd bestreden. Ook al zou de werknemster, zoals Icare betoogt, naast haar functie als ziekenverzorgende, werkzaamheden (hebben) verricht(en) als voorzitter van de ondernemingsraad en als OC-lid, dan nog dient de conclusie te zijn dat de onregelmatigheidstoeslag een intrinsiek deel uitmaakt van de aan de werknemster toegekende taken waarvoor zij toeslag ontvangt. De kantonrechter overweegt dat het beleid van Icare, al dan niet gebaseerd op de cao, in strijd is met

het in Nederland geldende recht, omdat een lagere beloning tijdens vakantie de werkneemster ervan kan weerhouden om vakantie op te nemen. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat het globale salaris inclusief de onregelmatigheidstoeslag de berekeningsmaatstaf is voor het salaris dat de werkneemster ontvangt tijdens haar vakantie.

4.3. Icare heeft ter zitting toegelicht dat de belangen groot zijn, nu zij ruim 7000 medewerkers in dienst heeft. De kantonrechter is echter van oordeel dat Icare niet heeft onderbouwd hoeveel medewerkers aanspraak kunnen maken op de onregelmatigheidstoeslag, zodat hij aan dit standpunt voorbij gaat.

4.4. Uit het voorgaande vloeit voort dat de vordering tot betaling van onregelmatigheidstoeslag over de vakantie- en verlofuren zal worden toegevoegd. Nu Icare geen verweer heeft gevoerd tegen de hoogte van het gevorderde bedrag ligt de geldvordering voor toewijzing gereed. Evenmin heeft Icare verweer gevoerd tegen de wettelijke rente, zodat ook daarvan uitgegaan kan worden. De wettelijke verhoging wordt gematigd tot 10%.

4.5. De werkneemster heeft voldoende onderbouwd dat de buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht. Nu de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten van € 517,95 binnen de wettelijke staffel zoals vermeld in artikel 2 van het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten valt, zullen de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten worden toegevoegd.

4.6. Icare zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van de werkneemster. Het salaris van de gemachtigde van de werkneemster zal worden begroot op twee punten van het liquidatietarief kanton.

5. De beslissing

De kantonrechter:

veroordeelt Icare om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de werkneemster te betalen de onregelmatigheidstoeslag over de vakantie- en verlofuren ten bedrage van € 3.929,49 bruto over het tijdvlak van 1 september 2011 tot en met 1 juli 2015, met de wettelijke verhoging van 10% en de wettelijke rente over deze bedragen vanaf 30 december 2015 tot de dag der algehele voldoening; veroordeelt Icare tot betaling van € 517,95 aan buitengerechtelijke incassokosten;

veroordeelt Icare tot betaling van de proceskosten, tot deze uitspraak aan de zijde van de werkneemster begroot op € 106,29 aan dagvaardingskosten, € 223,= aan vast recht en € 400,= aan salaris gemachtigde;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Het oordeel in deze zaak dat de onregelmatigheidstoeslag meetelt voor het vakantieloon komt niet als een verrassing: de benadering van de kantonrechter sluit aan bij de Europese en Nederlandse rechtspraak van de afgelopen jaren. Wel onderstreept deze uitkomst het belang van de analyse die in de praktijk steeds zal moeten worden gemaakt bij de vraag welke loonbestanddelen meetellen voor het vakantieloon. Zo is de onregelmatigheidstoeslag meestal aan de orde bij werknemers die actief zijn in sectoren zoals de luchtvaart, zorg of bewaking. In die sectoren wordt immers doorgaans op onregelmatige tijden (avonden, 's nachts en in weekends) gewerkt.

Mij valt bij bestudering van recente rechtspraak op dat het vaker voorkomt dat in cao's is bepaald dat onregelmatigheidstoelagen niet meetellen voor het vakantieloon (zie bijvoorbeeld ook de cao Ziekenhuizen in Ktr. Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6928 en de cao Huisartsenzorg in Ktr. Leiden 3 juni 2015, «JAR» 2015/175, m.nt. H.J. Funke). Dat in cao's met instemming van de vakbonden wordt overeengekomen dat onregelmatigheidstoelagen niet meetellen voor het vakantieloon, is opvallend. Ook in deze zaak was sprake van een dergelijke cao-afspraken: Icare beriep zich hier jegens de werkneemster (een ziekenverzorgende) op de cao Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraamzorg en Jeugdgezondheidszorg. Werkgevers dienen er in de praktijk dus op bedacht te zijn dat een beroep op een dergelijke cao-bepaling doorgaans bij de rechter zal stranden waardoor de totale loonsom bij de waardering van vakantiedagen behoorlijk kan oplopen.

Hoe dient de berekeningsgrondslag voor vakantieloon te worden vastgesteld en welke criteria moeten hierbij worden meegewogen? Voor de beantwoording van deze vragen dient aansluiting te worden gezocht bij de ratio van het recht

op jaarlijkse vakantie en de recuperatiefunctie die hierbij hoort. Dit recht is verankerd in artikel 7 lid 1 van de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88/EG). Dit artikel bepaalt dat een werknemer jaarlijks recht heeft op ten minste vier weken vakantie met behoud van loon. Dit recht is volgens het Hof van Justitie EU (HvJEU) een essentieel beginsel van communautair sociaal recht: het recht op loondoorbetaling uit de richtlijn beoogt de werknemer in staat te stellen zijn vakantie daadwerkelijk op te nemen (zie HvJEU 26 juni 2001, «JAR» 2001/158 Bectu). Met andere woorden: het recht op vakantie zal alleen daadwerkelijk kunnen worden uitgeoefend als de werknemer tijdens zijn vakantie in een situatie verkeert die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes (HvJEU 16 maart 2006, «JAR» 2006/84 Robinson Steele). Kort en goed: de werknemer mag geen financieel nadeel ondervinden wanneer hij vakantiedagen opneemt; een lagere beloning tijdens de vakantieperiode zou de werknemer kunnen ontmoedigen om zijn vakantierechten uit te oefenen, hetgeen in strijd is met de recuperatiegedachte.

Uit het voorgaande volgt echter nog niet wat onder vakantieloon moet worden verstaan en van welke grondslag moet worden uitgegaan. De Richtlijn biedt hiervoor geen aanknopingspunten. Artikel 7 lid 1 van de Richtlijn normeert slechts het minimum recht op vakantie met behoud van loon (vier weken). Het HvJEU heeft echter nadere invulling gegeven aan het vakantieloon-begrip in de arresten *Williams/British Airways* («JAR» 2011/279) en *Lock/British Gas* («JAR» 2014/163). In deze arresten werd overwogen dat alle loonbestanddelen die intrinsiek verbonden zijn met de uitvoering van de taken die aan de werknemer zijn opgedragen, meetellen voor de berekeningsgrondslag van het vakantieloon. Daarnaast heeft een werknemer tijdens zijn vakantie recht op doorbetaling van vergoedingen die samenhangen met zijn professionele status, aldus het HvJEU. Te denken valt hierbij aan vergoedingen die een werknemer ontvangt voor de uitoefening van een leidinggevende of representatieve functie. Waar in de *Williams/British Airways*-zaak sprake was van toeslagen voor de vliegreuen die de betrokken piloten maakten, ging het in de *Lock/British Gas*-zaak om provisie. In beide zaken oordeelde het HvJEU dat deze loonbestanddelen meetellen

voor de berekeningsgrondslag van het vakantieloon vanwege de intrinsieke verbondenheid met de werkzaamheden van de betrokken werknemers.

Incidentele vergoedingen, zoals voor kosten die piloten maken buiten hun standplaats – zoals in de *Williams/British Airways*-zaak het geval was – tellen niet mee. Ratio hiervan is dat de werknemer deze kosten niet maakt tijdens zijn vakantie (zie hierover ook: S.S.M. Peters, 'Hof van Justitie bepaalt op grond van Europese Arbeidstijdenrichtlijn welke loonbestanddelen tot het vakantieloon horen', *TRA* 2012/10 en A.M. Merks, 'De reikwijdte van het loonbegrip over vakantiedagen', *ArbeidsRecht* 2015/38). Dergelijke onkosten hangen immers ook niet intrinsiek samen met de reguliere werkzaamheden.

Ook de Nederlandse rechter volgt de hiervoor genoemde benadering van het HvJEU; bij de uitleg van artikel 7:639 BW – welke bepaling het recht op vakantie met behoud van loon verankert conform artikel 7 lid 1 van de Richtlijn – wordt in de rechtspraak uitgegaan van een ruim begrip van het vakantieloon. Gelet op het bijzondere karakter van de onregelmatigheidstoelage rijst in de rechtspraak steeds de vraag in hoeverre hier sprake is van intrinsieke verbondenheid met de functie.

Een analyse van deze rechtspraak (zie bijvoorbeeld Ktr. Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6928, Ktr. Den Haag 2 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6327 en Ktr. Leiden 3 juni, «JAR» 2015/175, m.nt. H.J. Funke) leert dat rechters doorgaans als uitgangspunt nemen dat, indien bij de overeengekomen taken hoort dat een werknemer op onregelmatige tijden werkzaam is (avonden, nachten en in het weekend), de onregelmatigheidstoelage meetelt voor de berekeningsgrondslag van vakantieloon. Deze benadering is in overeenstemming met die van het HvJEU. Immers, in die gevallen bestaat er een intrinsiek verband tussen de overeengekomen taken en de onregelmatigheidstoelage. Te denken valt hierbij aan de bewaker die structureel 's nachts werkt of medewerkers op een huisartsenpost die regulier in de avond, nacht of in het weekend werkzaam zijn (Ktr. Leiden 3 juni 2015, «JAR» 2015/175, m.nt. H.J. Funke). In al deze gevallen is het karakter van de onregelmatigheidstoelage onlosmakelijk

verbonden met het beroep van de betrokken werknemer en de overeengekomen werkzaamheden.

Ook in de onderhavige zaak kwam het intrinsieke verband tussen de overeengekomen taken en de onregelmatigheidstoeslag vast te staan: de werkneemster werkte namelijk al sinds 1992 uitsluitend in nachtdiensten bij Icare. Interessant is nog het verweer van Icare dat de werkneemster ook andere taken verrichtte als voorzitter van de ondernemingsraad (OR) en lid van een onderdeelcommissie en de onregelmatigheidstoeslag om die reden niet zou moeten meetellen. Terecht wijst de kantonrechter het verweer van Icare hier af met de overweging dat dit niet afdoet aan het uitgangspunt dat de onregelmatigheidstoeslag intrinsiek verbonden is aan de overeengekomen werkzaamheden. De redenering van Icare zou er immers toe kunnen leiden dat OR-leden financieel nadeel zouden kunnen lijden bij het opnemen van vakantie en dat is nu precies wat m.i. tegen het doel van de Richtlijn induist.

A.M. Helstone