

den door Burgemeester en Wethouders (B&W) en de Gemeenteraad. De OR was daarmee ook bekend.

Er moet sprake zijn van wijziging van een *regeling*. Het gaat daarbij om regelingen van min of meer algemeen en permanent karakter die betrekking hebben op alle of een groep van in de onderneming werkzame personen. Het gaat niet om incidentele besluiten of om regelingen die betrekking hebben op individuele personen. Bij de vraag of sprake is van een regeling, moet worden beoordeeld of de ondernemer bedoeld heeft een regeling te treffen (Hoge Raad 20 december 2002, *JAR* 2003/18, (*Holland Casino*)). De wijziging moet duurzaam van aard zijn (Gerechtshof Den Haag 6 december 2016, *JAR* 2017/4). In dit geval ging het om het terugdraaien van een tijdelijke gedoogsituatie. Het doel was niet de wijziging van de regeling, maar juist het toepassen van de bestaande regeling. De Kantonrechter Amsterdam overwoog eerder dat toepassing van de bestaande beloningssystematiek geen instemmingsplichtig voorgenomen besluit is, ook al zijn er aanzienlijke veranderingen voor de werknemers (Rechtbank Amsterdam 28 mei 2013, *JAR* 2013/163). Wellicht had de OR meer succes gehad bij aanvang van de gedoogsituatie, in dat geval werd immers afgeweken van de regeling. Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat het feitelijk niet langer toepassen van een bonusregeling een instemmingsplichtig voorgenomen besluit betreft, nu dit een duurzaam karakter heeft (Gerechtshof Amsterdam, *JAR* 2013/224). De A-G overweegt hierover (r.o. 3.10) dat het hof de bestaande praktijk van de pauzetime als een (voor de OR kenbare) tijdelijke gedoogsituatie beschouwt, die geen wijziging betreft in de geldende werktijdregeling. Tegen die achtergrond is niet onbegrijpelijk dat het hof de aankondiging dat vanaf 2017 weer de geldende werktijdregeling zal worden gehandhaafd niet geldt als een instemmingsplichtig (voorgenomen) besluit. Die aankondiging bleef immers binnen de kaders van de werktijdenregeling zoals die sinds 2008 gold en waarmee de OR in 2011 nog had ingestemd. De OR moet bij (feitelijke) afwijkingen van regelingen wel opletten anders verspeelt hij zijn instemmingsrecht.

Mr. dr. I. Zaal

Europees arbeidsrecht

TRA 2019/51

Hof van Justitie van de Europese Unie 13 december 2018, nr. C-385/17
m.nt. mr. dr. M. Kullmann

Art. 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG; art. 31 EU-Handvest

TRA 2019/32
RvdW 2019/457
ECLI:EU:C:2018:1018
ECLI:EU:C:2018:666

Geen korting 'vakantieloon' als gevolg van arbeidstijdverkorting

Feiten

Werknemer Torsten Hein is als betonbouwer werkzaam bij Holzkamm. In 2015 is hij in totaal 26 weken gedeeltelijk werkloos geweest. Hein heeft in 2015 in totaal 30 vakantiedagen opgebouwd die hij in 2015 en 2016 heeft opgenomen. Vakantie(loon) is in Duitsland geregeld in de Wet inzake het minimale aantal verlofdagen voor werknemers (*Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer*). Op grond van deze wet worden loonverminderingen ten gevolge van periodes van gedeeltelijke werkloosheid niet meegeteld. De wet staat toe dat cao's, waaronder de in casu toepasselijke bouw-cao, hiervan – ten voordele en ten nadele van werknemers – afwijken. De bouw-cao (*Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe*) geeft werknemers meer vakantiedagen dan de wet (30 in plaats van 24 dagen) en een hogere vakantievergoeding. Tegelijkertijd houdt de bouw-cao wél rekening met loonvermindering als gevolg van gedeeltelijke werkloosheid. Het gevolg: Hein ontvangt een lagere vakantievergoeding die op grond van de werkloosheidsperiode lager is dan het normale uurloon.

De Duitse Arbeidsrechtbank in eerste aanleg stelt twee prejudiciële vragen. Allereerst wil de rechtbank weten of art. 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG en art. 31 lid 2 EU-Handvest zich verzetten tegen een cao-bepaling die bij de berekening van de vakantievergoeding rekening houdt met loonverminderingen die het gevolg zijn van het feit dat er in de referentieperiode wegens gedeeltelijke werkloosheid deels niet is gewerkt waardoor de werknemer voor de jaarlijkse minimumvakantieperiode een lagere vakantievergoeding ontvangt dan die welke hij zou hebben ontvangen indien die vergoeding was berekend op basis van het gemiddelde arbeidsloon dat hij in de referentieperiode zónder die loonverminderingen zou hebben ontvangen. Vervolgens wenst de rechtbank te vernemen of de werking van het arrest in de tijd kan worden beperkt indien het HvJ oordeelt dat het Unierecht zich verzet tegen de cao-bepaling. Indien de werking niet kan worden beperkt, wil de rechtbank weten of het Unierecht zich verzet tegen het feit dat nationale rechterlijke instanties op basis van het nationale recht het gewettigd vertrouwen van de werkgevers in het behoud van de rechtspraak van de hoogste nationale rechterlijke instantie beschermen, waarin de wettigheid van de vakantiebetalingen van de cao werd bevestigd.

Oordeel HvJ EU

Het HvJ oordeelt (anders dan de A-G) dat een cao-bepaling die een vakantieloonvermindering toestaat indien er in de periode van gedeeltelijke werkloosheid in de referentieperiode niet is gewerkt, EU-rechtelijk niet is toegestaan. Daartoe stelt het HvJ vast dat de richtlijn enkel minimumvoorschriften geeft en dat lidstaten het recht hebben om gunstiger bepalingen ter bescherming van de werknemers toe te passen.

Een nationale regeling of cao mag werknemers dus recht op een langere vakantieperiode met behoud van loon geven, ongeacht of de werknemers wegens gedeeltelijke werkloosheid slechts gedurende een beperkte periode hebben gewerkt (HvJ EU 24 februari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), r.o. 47 en 48).

Ten aanzien van het vakantieloon herhaalt het EU dat het normale loon dient te worden doorbetaald tijdens vakantie, zodat werknemers in een situatie worden geplaatst die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens gewerkte perioden (HvJ EU 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04, ECLI:EU:C:2006:177 (*Robinson-Steele e.a.*) en HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (*Williams e.a.*)). Op grond van de bouw-cao wordt bij de berekening van de vakantievergoeding rekening gehouden met perioden van gedeeltelijke werkloosheid, wat een aanzienlijk lagere vakantievergoeding, d.w.z. minder dan het normale loon, oplevert dan die welke de werknemer zou hebben ontvangen indien daar geen rekening mee was gehouden. Het gaat erom dat de werknemer tijdens zijn vakantie economische voorwaarden geniet die vergelijkbaar zijn met die welke hij tijdens de uitoefening van zijn werk geniet. Indien niet het normale loon wordt betaald kan dit de werknemer demotiveren om jaarlijks betaald verlof op te nemen. Tot het normale loon kunnen ook overuren worden gerekend indien de werknemer regelmatig overuren maakt en de vergoeding daarvan een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding die hij voor zijn beroepsactiviteit ontvangt.

Verder oordeelt het HvJ dat de richtlijn enkel van toepassing is op het in art. 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG vereiste minimumaantal betaalde vakantiedagen en dat voor werknemers gunstiger maatregelen die verdergaan dan het genoemde minimum, zoals de bovenwettelijke vakantiedagen, niet worden geregeld door die bepaling. Dat betekent evenwel niet dat de bovenwettelijke betaalde vakantiedagen kunnen worden aangewend ter compensatie van de negatieve gevolgen die de werknemer ondervindt als gevolg van de vermindering van het vakantieloon.

Ten aanzien van de tweede vraag oordeelt het HvJ dat de werking van het onderhavige arrest niet in tijd moet worden beperkt en dat het toepassen van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen door nationale rechterlijke instanties zou neerkomen op een beperking in tijd waartegen het Unierecht zich verzet. Een beperking in de tijd kan enkel in zeer uitzonderlijke gevallen, namelijk indien is voldaan aan twee essentiële criteria: 'de goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar voor ernstige verstoringen' (HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717 (*Microsoft Mobile Sales International e.a.*), r.o. 60). In onderhavig geval is er geen sprake van een gevaar voor ernstige economische gevolgen die een beperking zouden kunnen rechtvaardigen. Daarvan zou pas sprake kunnen zijn indien het gaat om een groot aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en indien parti-

culieren en nationale autoriteiten tot met het Unierecht strijdig gedrag gebracht waren op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de strekking van bepalingen of beginselen van Unierecht, aan welke onzekerheid het gedrag zelf van andere lidstaten of van de Europese Commissie eventueel had bijgedragen (HvJ EU 15 maart 2005, C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169 (*Bidar*), r.o. 69, HvJ EU 13 april 2010, C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181 (*Bressol e.a.*), r.o. 93, en *Microsoft Mobile Sales International e.a.*, r.o. 61).

Commentaar

1. Dat het recht op betaalde vakantie, gegarandeerd in art. 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG (hierna: richtlijn), een 'bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Europese Unie' is, wordt in de onderhavige *Hein*-zaak weer eens bevestigd. Ondanks de hoeveelheid uitspraken die het HvJ heeft gedaan over de uitleg van het recht op jaarlijks betaalde vakantie, blijkt er op bepaalde punten toch nog onduidelijkheid te bestaan. Zo ook in de onderhavige zaak die betrekking had op de vraag of gedeeltelijke werkloosheid mag leiden tot een korting van het vakantieloon. Werkgeefster had op basis van een ondernemingsovereenkomst (*Betriebsvereinbarung*) van augustus t/m november 2015 arbeidstijdverkorting ingevoerd met als gevolg dat Hein bijna 50% van het gemiddelde uurloon, en dus ook vakantieloon, heeft moeten inleveren. Voor de beoordeling of vakantieloon gekort mag worden als gevolg van arbeidstijdverkorting moet worden gekeken naar de (duur van de) jaarlijkse vakantie alsmede de vergoeding waar werknemers tijdens hun vakantie recht op hebben.

2. *De jaarlijkse vakantie*. Al volgt dit niet rechtstreeks uit art. 7 lid 1 richtlijn, eenieder die 'daadwerkelijk heeft gewerkt in de loop van de referentieperiode', heeft recht op jaarlijkse vakantie (r.o. 27). Een periode van rust, ontspanning en vrije tijd veronderstelt dat de werknemer daadwerkelijk arbeid heeft verricht. Bij arbeidstijdverkorting op grond waarvan werknemers tijdelijk minder (of soms helemaal niet) werken is aan deze voorwaarde slechts gedeeltelijk (of helemaal niet) voldaan. Het gevolg: het Unierecht geeft een lidstaat de mogelijkheid te bepalen dat, ingeval er minder wordt gewerkt op grond van arbeidstijdverkorting, de werknemer minder vakantie opbouwt en het vakantieloon dus naar rato wordt verlaagd. Op dit punt is arbeidstijdverkorting voor het HvJ vergelijkbaar met deeltijdarbeid, een aspect waar ik later nog op terugkom (punt 4 hieronder). Bepaalt een nationale wet of cao echter dat de werknemer gedurende de periode van arbeidstijdverkorting gewoon vakantie opbouwt, ook al is er niet of enkel gedeeltelijk daadwerkelijk gewerkt, dan gaat het om gunstiger bepalingen die de werknemer beschermen (art. 15 Richtlijn en HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), r.o. 47 en 48). Dat heeft gevolgen voor het berekenen van de (minimaal verschuldigde) vakantievergoeding.

3. *De vakantievergoeding*. Uitgangspunt is dat gedurende de jaarlijkse vakantie in de zin van art. 7 lid 1 Richtlijn het loon moet worden doorbetaald en dat de werknemer voor deze rustperiode zijn 'normale loon' dient te ontvan-

gen (r.o. 32, met verwijzing naar HvJ EU 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04, EU:C:2006:177 (*Robinson-Steele* e.a.), r.o. 50 en HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, EU:C:2011:588 (*Williams* e.a.), r.o. 19). Indien werknemers niet hun normale loon ontvangen bestaat namelijk het risico dat zij geen betaald verlof opnemen aangezien zij in die periode minder zouden verdienen (r.o. 44). Heeft de werknemer dus ondanks arbeidstijdverkorting recht op vakantiedagen, dan heeft hij ook recht op vakantieloon in de zin zoals hierboven bedoeld. Een vermindering van het vakantieloon is dus niet geoorloofd indien reeds vakantie-rechten zijn verworven. Interessant is nog het volgende. Anders dan in de bouw-cao, worden op grond van de Duitse wet inzake het minimale aantal verlofdagen voor werknemers (*Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer*) loonverminderingen die in de berekeningsperiode worden toegepast niet meegerekend voor het berekenen van het vakantieloon. De wet heeft echter alleen betrekking op de factor geld. De factor tijd die relevant is voor het berekenen van het vakantie-geld is afhankelijk van de omvang van de arbeidstijdverkorting (C. Schubert, 'Der Erholungsurlaub zwischen Arbeitsschutz und Entgelt', *NZA* 2013, afl. 20, p. 1111). Een korting op het vakantieloon kan dus enkel indien tijdens arbeidstijdverkorting minder of geen vakantiedagen worden opgebouwd, omdat de werknemer (gedeeltelijk) niet verplicht is te werken.

4. In dit verband is de *Heimann en Toltschin/Kaiser*-zaak, waarin sprake was van arbeidstijdverkorting 'tot nul', met name wat betreft het toepassen van de pro-rata-temporisregel nog interessant (HvJ EU 8 november 2012, C-229/11 en C-230/11, ECLI:EU:C:2012:693). In deze zaak werd op grond van het toepasselijke sociaal plan: (1) het recht op betaalde vakantie naar rato verminderd, (2) duurde de arbeidsovereenkomst nog een jaar voort, terwijl er geen verplichting meer bestond tot het verrichten van arbeid en (3) werd de werkgeversverplichting om loon te betalen geschorst. Doel hiervan was dat werknemers een uitkering (*Kurzarbeitergeld*) van de federale arbeidsorganisatie (*Bundesagentur für Arbeit*) konden aanvragen. In deze situatie vergeleek het HvJ de positie van de werknemers met die van een deeltijdwerknemer en paste het pro-rata-temporisbeginsel toe. Belangrijk is dat deze regel enkel ziet op het vaststellen van de vakantie-duur in de periode waarin in deeltijd wordt gewerkt, en niet op de vergoeding voor de jaarlijkse vakantie, al hangt het een met het ander samen. Reeds opgebouwde vakantie-rechten en de daaraan gekoppelde vakantie-vergoeding kunnen niet worden weggenomen. Een cruciaal verschil met de onderhavige zaak was dat de twee werknemers op grond van het sociaal plan minder vakantie-rechten hadden opgebouwd en als gevolg daarvan een korting, met inachtneming van het pro-rata-temporisbeginsel, op hun vakantie-vergoeding voor lief moesten nemen.

5. Ten slotte nog een opmerking over de bovenwettelijke vakantiedagen. Werknemer Hein had in onderhavige zaak recht op 30 dagen verlof met behoud van loon, dus tien dagen meer dan waartoe de richtlijn op grond van art. 7 lid 1 verplicht. De vraag die speelt is in hoeverre ook het bovenwettelijke deel onder het toepassingsbereik

van de richtlijn valt. Volgens het HvJ valt alles wat het beschermingsniveau van de richtlijn overstijgt er namelijk niet onder (r.o. 43). De Nederlandse rechtspraak ziet dat, gezien de Nederlandse vakantieregeling, anders. De vraag waar het Hof Arnhem-Leeuwarden op 18 december 2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:11061) bijvoorbeeld mee geconfronteerd werd was of er, ten aanzien van het betalen van een onregelmatigheidstoeslag, een grondslag bestaat voor het hanteren van een ander loonbegrip voor bovenwettelijke vakantiedagen dan voor wettelijke vakantiedagen (r.o. 5.7). Op grond van art. 7:634 BW heeft iedere werknemer recht op minimaal vier weken betaalde vakantie per jaar en is, aldus het hof, art. 7:639 BW ook op bovenwettelijke vakantiedagen van toepassing. Het gaat bij art. 7:639 BW om een dwingendrechtelijke bepaling die niet toestaat dat partijen afwijkende, voor de werknemer nadelige, afspraken over het vakantieloon maken (art. 7:645 BW). Wat dat betreft is het 'alles of niets' (S.S.M. Peters, *Arbeidsovereenkomst* (losb.), art. 7:639 BW, aant. 1.3).

Mr. dr. M. Kullmann

Socialezekerheidsrecht

TRA 2019/52

Centrale Raad van Beroep 10 januari 2019, nr. 17/2112 ZW m.nt. prof. mr. W.L. Roozendaal

Art. 6, 13 EVRM

RSV 2019/58

ECLI:NL:CRVB:2019:183

Equality of arms bij claimbeoordeling in de ZW

De feiten

CSU Personeel B.V. is eigenrisicodragers voor de Ziektewet. Een werknemster was tijdelijk in dienst als schoonmaakster voor 6,83 uur per week. In januari 2015 heeft zij zich ziek gemeld met pijn- en vermoeidheidsklachten. Medio oktober 2015 is het dienstverband geëindigd. Het UWV heeft appellante in aanmerking gebracht voor ziekgeld op grond van de ZW.

In het kader van een eerstejaars ZW-beoordeling (EZWB) heeft een verzekeringsarts van het UWV betrokkene in december 2015 gezien en haar ongeschikt geacht voor het verrichten van haar eigen werk, maar wel geschikt voor ander werk. De arbeidskundige kon echter onvoldoende functies vinden die voldeden aan haar functionele mogelijkheden. Het UWV heeft de uitkering ongewijzigd voortgezet, omdat voor betrokkene onvoldoende functies geschikt zijn geacht waarmee zij 65% of meer kan verdienen van het loon dat zij verdiende voordat zij ziek werd.