

RECHTSPRAAK

## werknemer/werkgeefster

### ***Werkgever is onregelmatigheidstoeslag verschuldigd over vakantie- en verlofuren verpleegkundige.***

Werknemer is sinds 1 september 2003 in dienst. Zijn huidige functie is die van verpleegkundige. Zijn loon bedraagt € 2.679 bruto per maand, exclusief onregelmatigheidstoeslag, vakantietoeslag en andere emolumenten. Werknemer vordert werkgeefster te veroordelen tot betaling van de onregelmatigheidstoeslag (ORT) over de vakantie- en verlofuren ten bedrage van € 1.045,17 bruto. Het betreft het tijdvak 12 juni 2010 tot 1 juli 2015. Hij wijst daarbij op de wettelijke verplichting loon door te betalen gedurende zijn vakantie (art. 7:639 BW). Werknemer wijst ook met name op de uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 15 september 2011 in de zaak van Williams e.a., tegen British Airways (C-155/10, gepubliceerd in JAR 2011/279). Werkgeefster voert verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het beroep van werkgeefster op rechtsverwerking (art. 6:89 BW) faalt. Met werknemer vindt de kantonrechter van belang dat de vakbond van hem, NU'91, na het bekend worden van de uitspraak van het Europese Hof, contact heeft opgenomen met de werkgeversorganisaties. Zij heeft daarbij gewezen op het verschil tussen de uitspraak en de tekst van de cao. Dit overleg heeft tijd geleverd. Vervolgens zijn gerechtelijke procedures opgestart en toen bleek dat de vordering enige rechtsgrond had, heeft werknemer besloten zijn vordering bij werkgeefster in te dienen. Werknemer heeft voldoende voortvarend gehandeld nadat het Europese Hof een uitspraak had gedaan. Gedragingen aan de zijde van werknemer waaruit werkgeefster het vertrouwen kon ontleen dat werknemer zijn loonaanspraken niet geldend zou maken, zijn niet gesteld en daarvan is ook niet gebleken.

Het recht op doorbetaling van loon tijdens vakantie, zoals in artikel 7:639 BW is opgenomen, is in Nederland dwingend recht in die zin dat daarvan niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken. Reeds in het arrest van de Hoge Raad van 26 januari 1990 (NJ 1990/499) is beslist dat hier van een ruim loonbegrip moet worden uitgegaan. Uit het hiervoor aangehaalde arrest van het Europees Hof van Justitie in de zaak Williams/British Airways volgt verder dat het vakantieloon in beginsel dient overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon. Het is vervolgens aan de nationale rechter om de vraag te beantwoorden of er een intrinsiek verband bestaat tussen de verschillende looncomponenten van het globale loon en de uitvoering van zijn taken die hem zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst. Bij de beantwoording van die vraag moet de specifieke situatie waarin werknemer zijn functie van verpleegkundige vervult, worden betrokken. Van belang is dat werknemer zijn functie als verpleegkundige in een 24 uurszorginstelling alleen kan vervullen door in een rooster te

werken met verschillende diensten, waarvan er een aantal ORT opleveren. Dat door onderling overleg het rooster wordt ingevuld, wijst eerder op de verplichting om al de twaalf diensten in te vullen, dan op de vrijheid om geen ORT-diensten te vervullen. Gesteld noch gebleken is dat het voor werkgeefster aanvaardbaar zou zijn indien ORT-diensten niet ingevuld zouden worden. De kantonrechter gaat er daarom van uit dat in die gevallen de verpleegkundigen opgedragen wordt de nog open liggende ORT-diensten te verdelen en in te vullen. Dit is ook begrijpelijk en hangt samen met het onbetwiste 24 uurskarakter van de functie van werknemer. Anders gezegd: werknemer heeft met zijn collega's in zekere mate de vrije hand om de diensten in onderling overleg in te vullen, maar alle diensten moeten worden vervuld. Deze gang van zaken wordt ondersteund door het feit dat werknemer in de afgelopen jaren ook daadwerkelijk ORT-diensten heeft vervuld en dus ORT heeft ontvangen. De door werkgeefster gestelde eis van een structureel patroon en bestendig karakter van ORT-diensten is daarmee vervuld, nog afgezien van het feit of dit een bepalend criterium is. Door uit te gaan van 'salaris' als loon zonder ORT, is ten nadele van werknemer afgeweken van artikel 7:639 BW. Dat is niet toegestaan en bovendien niet conform de Richtlijn 2003/88/EG. Daarmee staat de grondslag van de vordering vast. Het verweer van werkgeefster dat toewijzing van de vordering in strijd is met de redelijkheid en billijkheid of toewijzing op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, wordt niet gevolgd. Werkgeefster betoogt nog dat werknemer alleen recht op doorbetaling van ORT zou hebben, indien hij voor ORT-diensten zou zijn ingeroosterd, als hij geen vakantie zou hebben genoten. Dit betoog gaat niet op en gaat eraan voorbij dat het om doorbetaling van loon gaat gedurende vakantie. Of werknemer nu wel of niet zou zijn ingeroosterd in ORT-diensten, maakt niet uit. Werkgeefster wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 1.045,17 (bruto). In de omstandigheden van het geval ziet de kantonrechter aanleiding om de gevorderde wettelijke verhoging te matigen tot nihil.

---

**Instantie:** Rechtbank Zeeland-West-Brabant

**Datum uitspraak:** 19-10-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2016:6533

**Zaaknummer:** 4719991 CV EXPL 16-93

**Advocaten:** M. Vetkamp en D.B. Muller

**Wetsartikelen:** 7:639 BW en 6:89 BW