

RECHTSPRAAK

## werkneemster/Stichting Omring

***Loon tijdens vakantie niet alleen over basisloon, maar ook over onregelmatigheidstoeslag (ORT). Afwijking van artikel 7:639 bij CAO is niet rechtsgeldig.***

### *Feiten*

Werkneemster is op 1 februari 2000 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Stichting Omring. Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing verklaard de CAO Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg (CAO VVT). Werkneemster verricht uit hoofde van haar functie onregelmatige diensten. Deze werkzaamheden vinden plaats in een 24-uurs setting. Er worden van tevoren roosters opgesteld om te kunnen voldoen aan het verlenen van zorg in die 24-uurs setting. Wanneer werkneemster bij Stichting Omring een onregelmatige dienst werkt, ontvangt zij conform de cao een onregelmatigheidstoeslag (ORT). Op de dagen dat zij wegens vakantie geen werkzaamheden verrichtte, ontving zij loon, maar werd geen rekening gehouden met ORT. Werkneemster vordert onder meer voor recht te verklaren dat ze recht heeft op ORT over haar opgenomen vakantie- en verlofuren over de periode 1 mei 2011 tot en met 31 december 2016, alsmede nabetaling van het te weinig uitbetaalde salaris tijdens haar opgenomen vakantie- en verlofuren ad € 5.818,56 bruto.

### *Oordeel*

De kern van het geschil tussen partijen is of werkneemster aanspraak kan maken op ORT als onderdeel van het loon gedurende haar vakantiedagen. De kantonrechter beantwoordt deze vraag in lijn met recente rechtspraak bevestigend. Artikel 7:639 BW bepaalt dat een werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 december 1953, NJ 1954/242 overwogen dat uit de verschillende op het loon betrekking hebbende bepalingen de gevolgtrekking moet worden gemaakt dat onder loon in de definitie van de arbeidsovereenkomst dient te worden verstaan 'al datgene, waartoe de werkgever zich als contraprestatie van den door den arbeider te verrichten arbeid verbonden heeft'. In zijn arrest van 26 januari 1990, NJ 1990/499 heeft de Hoge Raad in het kader van het loonbegrip bedoeld in artikel 1638ii lid 1 (oud) BW overwogen dat onder loon het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon dient te worden begrepen, derhalve inclusief emolumenten en vergoedingen, en dat het niet met de wetgeschiedenis zou stroken indien van een beperkter loonbegrip zou worden uitgegaan dan bij toepassing van artikel 1638hh BW (vakantie met behoud van loon). Er is geen reden om het loonbegrip in artikel 7:639 BW niet even ruim als bedoeld in deze uitspraken van de Hoge Raad op te vatten. Voorts is van belang

te constateren dat van artikel 7:639 BW ingevolge artikel 7:645 BW niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Daarnaast is van belang dat het Hof van Justitie EU in diverse uitspraken heeft bepaald dat artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn met zich brengt dat het vakantieloon in beginsel dient overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter valt ORT ook onder het ruime loonbegrip als door de Hoge Raad gedefinieerd. Het valt ook, gezien het voorgaande, onder het loonbegrip als bedoeld in artikel 7:639 BW. Daarnaast hangen de onregelmatigheidsdiensten van werkneemster naar het oordeel van de kantonrechter intrinsiek samen met de uitvoering van haar taken als verzorgende IG. De kantonrechter verwerpt het standpunt van Stichting Omring dat (in elk geval) anders zou moeten worden geoordeeld ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen. Ook hiervoor geldt (dwingend) het bepaalde in artikel 7:639 BW. Artikel 7:640 lid 2 BW staat aan partijen niet toe om bij schriftelijke overeenkomst hiervan af te wijken. Deze bepaling geeft slechts de mogelijkheid om tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst afstand te doen van bovenwettelijke vakantiedagen tegen schadevergoeding, hetgeen niet met zich brengt dat ten nadele van de werknemer gedurende de wel genoten bovenwettelijke vakantiedagen een lagere beloning kan worden overeengekomen dan in artikel 7:639 BW is bepaald. De kantonrechter overweegt dat voor zover de onderhavige cao-bepaling in strijd is met de wet in formele zin, derhalve in strijd is met de dwingende bepaling van artikel 7:639 BW, de cao-bepaling nietig is en buiten toepassing dient te blijven. In plaats daarvan dient artikel 7:639 BW te worden toegepast. Op grond van het vorenoverwogene is de door werkneemster gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar. Ook het gevorderde bedrag aan ORT is in beginsel toewijsbaar. Echter, Stichting Omring heeft gemotiveerd betoogd, dat bij toewijzing van de vordering werkneemster in sommige jaren te veel ORT ontvangt. Daarom zal Stichting Omring in de gelegenheid worden gesteld bij akte aan te geven om welke periodes en welke bedragen het gaat. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 22-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2017:9615

**Zaaknummer:** 5969718 \ CV EXPL 17-3808

**Advocaten:** K. ten Broek en F. Westenberg

**Wetsartikelen:** 7 Arbeidstijdenrichtlijn, 7:625 BW, 7:637 lid 1 BW, 7:639 lid 1 BW, 7:640 lid 2 BW en 7:645 BW