

DEFINITIEVE OPLOSSING ONREGELMATIGHEIDSTOESLAG LAAT OP ZICH WACHTEN

Nog geen uitgemaakte zaak

De onregelmatigheidstoelage blijft de gemoederen bezighouden *Werknemers zoeken hun heil bij de rechter, werkgevers reserveren alvast miljoenen en de vakbonden proberen via de cao compensatie te regelen.* Eenduidige regelgeving ontbreekt.

tekst Frank ter Huurne beeld Rudie/Fotolia.com

DE AFGELOPEN JAREN heeft de onregelmatigheidstoelage (ORT) geleid tot een reeks procedures tussen werkgevers en werknemers. Vooral in de zorg zijn onregelmatigheidstoelagen niet pro rata doorbetaald tijdens vakantieverlof. Vrijwel standaard hebben rechters geoordeeld dat een ORT als onderdeel van het loon moet worden beschouwd en verschuldigd is gedurende vakantie. Als gevolg hiervan hebben veel werknemers hun achterstallige toeslag geclaimd. Werkgevers in de zorg schatten deze mogelijke strop in totaal op een miljard euro. Door een recente uitspraak van de kantonrechter Eindhoven is het echter de vraag of de ORT nu een uitgemaakte zaak is.

Te laat klagen

Bijna alle rechters hebben de afgelopen jaren geoordeeld dat een ORT als onderdeel van het loon ex artikel 7:639 BW moet worden beschouwd. Bijvoorbeeld de kantonrechter Den Haag op 28 april 2015 in een zaak tussen Bronovo en een verpleegkundige, de kantonrechter As-

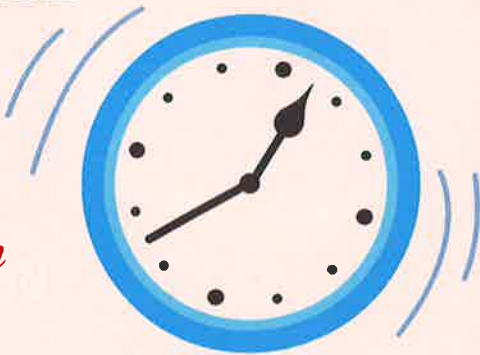
sen op 17 augustus 2016 in een zaak tussen Icare en een verzorgende, en laatst nog op 19 oktober 2016 de kantonrechter Tilburg in een zaak tussen een werkgever in de ggz en een verpleegkundige. Deze uitspraken zijn niet verrassend. Al in 2013 oordeelde het gerechtshof Den Haag dat een ORT deel uitmaakt van het loon en het Europese Hof van Justitie heeft op 15 september 2011 bepaald dat het loon betrekking heeft op elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van taken die aan de werknemer zijn opgedragen.

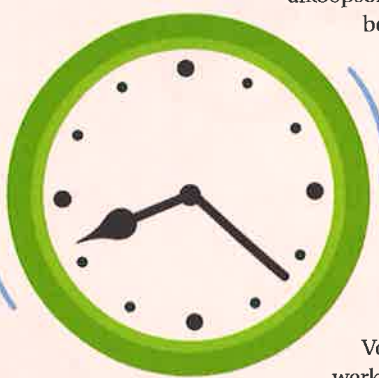
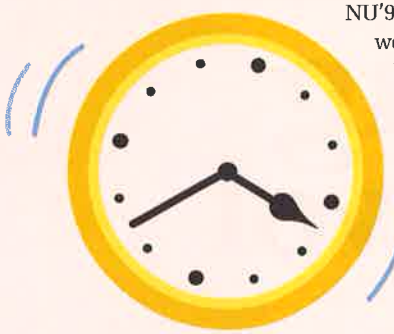
Maar: de kantonrechter Eindhoven heeft op 14 juli 2016 in een zaak tussen Máxima Medisch Centrum en een verpleegkundige afwijkend beslist. De casus in het kort: de vrouw is als verpleegkundige in dienst van Máxima Medisch Centrum. Zij vordert betaling van ORT over vakantie- en verlofuren over de periode 29 juni 2010 tot 1 januari 2015. De kantonrechter wijst de vordering af omdat de werknemster al op of kort na 15 september 2011 had kunnen klagen, omdat toen het arrest van het Europese Hof van Justitie bekend werd. Op 29 juni 2015 heeft de werknemster voor het eerst geklaagd en dit is volgens de kan-

tonrechter te laat.

Dat zij acties van werknemersorganisaties en proefprocessen wilde afwachten, doet daar niet aan af. Verder oordeelt de kantonrechter dat wanneer de werknemster wel tijdig zou hebben geklaagd, de vordering ook dan zou zijn afgewezen, omdat onregelmatige diensten niet intrinsiek tot het werk van werknemster behoren. Volgens de rechter is gebleken dat de uitoefening van de functie van verpleegkundige niet ondenkbaar is zonder onregelmatige diensten, omdat bij Máxima Medisch Centrum ook verpleegkundigen werken die géén onregelmatige diensten draaien.

Uit de uitspraak van de kantonrechter Eindhoven kan worden afgeleid dat elke claim afzonderlijk moet worden beoordeeld en de mogelijkheid bestaat dat een werknemer zijn vordering heeft verloren, doordat hij niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd, zoals bepaald in artikel 6:89 BW. Ook is het niet altijd uitgemaakt dat een ORT tot het tijdens vakantieverlof door te





lees: achterstallige ORT. De vakbonden NU'91 en CNV Zorg & Welzijn en de werkgeversorganisaties ActiZ en BTN proberen dit wel te onder-
vangen in de cao VVT. Zij hebben een akkoord bereikt over een nieuwe cao en onder andere afgesproken dat werknemers vanaf januari 2017 ook ORT uitbetaald krijgen over vakantie en verlofdagen én dat iedereen die in de afgelopen vijf jaar ORT heeft gekregen, een afkoopsom voor mogelijk te weinig betaalde ORT ontvangt.

Volgens de betrokken partijen is daarmee een oplossing voor de ORT-kwestie gevonden voor alle 380.000 werknemers in de sector. Dat is twijfelachtig, omdat de individuele werknemer niet gehouden is de afkoopsom te aanvaarden.

Volgens het akkoord krijgt de werknemer die in de periode 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016 ORT geniet of heeft genoten, van de werkgever een individuele vaststellings-overeenkomst aangeboden waarin een afkoopsom wordt overeengekomen, als schikking voor mogelijk ten onrechte niet uitgekeerde ORT over de periode 1 januari 2012 tot 1 januari 2017. De werknemer die deze individuele vaststellings-overeenkomst ondertekent, ziet af van verdere vorderingen in dit verband. In dit kader is van belang dat de afkoopsom bestaat uit twee delen: (1) een uitkering ter compensatie voor mogelijk gemiste ORT over het wettelijk verlof en (2) twee eenmalige uitkeringen ter compensatie voor mogelijk gemiste ORT over het bovenwettelijke verlof en wettelijke rente. Het eerste deel van de schikking bestaat uit een pro-ratabedrag gebaseerd op een berekening van mogelijk gemiste ORT over 144 verlofdagen per jaar in de periode 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016. Het tweede deel van de schikking bestaat uit twee eenmalige uitkeringen ter grootte van 1,2 procent van het jaarsalaris.

Dreiging acties

Vakbond FNV heeft geweigerd het akkoord te ondertekenen en dreigt met acties en stakingen. FNV wil dat de rechtelijke uitspraken worden nageleefd,

omdat werkgevers jarenlang te weinig ORT hebben betaald. Op zichzelf is dat een billijk standpunt. Echter, de meeste zorgorganisaties kunnen dit helemaal niet betalen en dreigen hierdoor failliet te gaan. Bovenal zijn zorgorganisaties boos: er zijn jarenlang op cao-niveau afspraken gemaakt over loonsverhoging, aantal vakantiedagen, hoogte ORT enzovoorts, als een soort van packagedeal. Er is toen met geen woord gerept over ORT over vakantiedagen, omdat de cao-partijen dachten dat er geen ORT over vakantiedagen moet worden betaald. Nu blijkt dat de cao-partijen een fout hebben gemaakt en wil FNV, in de beleving van de zorgorganisaties, de rekening bij hen neerleggen. Volgens de zorgorganisaties moet de pijn worden gedeeld en deze gedachte is begrijpelijk. Immers, wanneer de zorgorganisaties zouden hebben geweten dat ORT over vakantiedagen moet worden betaald, dan hadden zij bijvoorbeeld minder loonsverhoging afgesproken. Het akkoord van NU'91 en CNV Zorg & Welzijn en ActiZ en BTN is dan ook fair.

Het akkoord zal evenwel niet het beoogde doel bereiken, namelijk een collectieve regeling. Aan de gemaakte afspraken van de werkgeversorganisaties met de vakbonden over de achterstallige ORT zijn de betrokken werknemers niet gebonden. In vergelijkbare zin heeft het gerechtshof Den Haag op 13 september 2016 geoordeeld in een zaak tussen Stichting Samenwerkende Huisartsendiensten Rijnland en een triagist. Kennelijk beseffen de vakbonden NU'91 en CNV Zorg & Welzijn en de werkgeversorganisaties ActiZ en BTN dit ook, aangezien het akkoord met betrekking tot de nieuwe cao VVT bepaalt dat de werknemer die geen gebruikmaakt van het aanbod – en dus de individuele vaststellingsovereenkomst niet ondertekent – geen recht op de schikking heeft. Die werknemer kan nog steeds gewoon naar de rechter stappen. Uiteindelijk beslist de werknemer zelf waarmee hij instemt. Kortom: werkgevers moeten elke vordering per individuele werknemer behandelen. Ongeacht of er afspraken zijn gemaakt met vakbonden. Niets doen en lijdzaam wachten op nog meer procedures is uitstel van executie. ■

Frank ter Huurne is arbeidsrechtadvocaat bij Lexence te Amsterdam en richt zich speciaal op de zorg.

betalen loon behoort. Dit aspect kan, blijkens de uitspraak van de kantonrechter Eindhoven, voor tegenpraak vatbaar zijn.

Collectieve afspraken

De sociale partners proberen bij de onderhandelingen over nieuwe cao's afspraken te maken over compensatie voor achterstallige ORT. Zo is in de cao Gehandicaptenzorg 2016 opgenomen dat met ingang van 1 januari 2016 over opgenomen vakantieuren het uurloon wordt verhoogd met een percentage op basis van de gemiddelde uitbetaalde ORT over de afgelopen zes maanden. De betrokken partijen hebben hiermee duidelijkheid willen scheppen voor de toekomst. De cao Gehandicaptenzorg 2016 geeft echter geen oplossing voor het verleden,