

ORT-PROCEDURES ALS BREEKIJZER

Door Mr. Max Vetkamp,
Advocaat NU'91

NEDERLANDSE WETGEVING

In onze Nederlandse wetgeving is vastgelegd dat een werknemer jaarlijks recht heeft op tenminste vier weken vakantie met behoud van loon. Dit is overeenkomstig de Europese Arbeidstijdenrichtlijn uit 2003. Wat onder dit "vakantieloon" moet worden verstaan was evenwel niet geregeld. Zo was in veel rechtspositieregelingen en cao's terug te vinden dat tijdens deze vakantieweken uitsluitend het basissalaris betaald moest worden.

HET EUROPESE HOF VAN JUSTITIE

Het Europese Hof van Justitie heeft zich in een aantal arresten, waarvan de belangrijkste dateren uit 2006 en (vooral) 2011 uitgelaten over wat onder het vakantieloon in de Europese Richtlijn verstaan moet worden. Dat laat zich, voor zover hier van belang, als volgt samenvatten: het loon tijdens de vakantie moet vergelijkbaar zijn met het loon wat de werknemer ontvangt als hij werkt; onder dit gebruikelijke loon vallen naast het vaste (basis) salaris ook alle (structurele) loonbestanddelen die intrinsiek samenhangen met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in of vanuit zijn arbeidsovereenkomst.

EERSTE PROCEDURES

In 2013 werden een paar eerste procedures in Nederland gevoerd (door met name ambtenaren) over de vraag of de financiële compensatie voor het werken op onregelmatige werktijden ook niet zouden moeten vallen onder het begrip van gebruikelijk loon.

Medio 2014 druppelden deze berichten ook bij NU'91 binnen en werd de vraag gesteld of de (meestal structurele) onregelmatigheidstoeslag (ORT) in de zorg dan niet eveneens onder het vakantieloon zou moeten vallen, ondanks dat in de cao's bepaald was dat dit tijdens vakantie niet betaald hoefde te worden. Met andere woorden: kan de uitleg volgens de Europese jurisprudentie wat onder vakantieloon moet worden verstaan datgene wat in de cao's was afgesproken opzij zetten? Als dat waar zou zijn, dan moest NU'91 zich de vraag stellen of zij haar leden, ondanks dat NU'91 de cao's mede ondertekend had, hiervan op de hoogte moest stellen. Immers dan zouden zij recht hebben, met terugwerkende kracht gedurende vijf jaar, op ten onrechte niet uitbetaalde ORT tijdens hun vakanties en verlof. Bovendien zou deze verandering dan in nieuwe cao's opgenomen moeten worden.

ORT-PROCEDURES ALS BREEKIJZER

Door Mr. Max Vetkamp,
Advocaat NU'91

DISCUSSIE VERBREEDT

Inmiddels werd in de steeds bredere discussie duidelijk dat er door juristen heel verschillend werd gedacht over dit onderwerp. Ik was van mening dat in cao's, ondanks dat deze door de minister vaak ook nog algemeen verbindend waren verklaard, niet van de (Europese) jurisprudentie zou kunnen worden afgeweken. Daar stonden weer andere meningen tegenover en de Nederlandse rechtspraak had daarin nog onvoldoende licht gebracht.

NU'91 START PROEFPROCEDURES

NU'91 besloot daarom dat eerst een aantal proefprocedures gestart moest worden om hierover meer duidelijkheid te krijgen, alvorens definitief te beslissen hoe hier mee om te gaan.

In augustus 2014 begon ik mijn eerste procedure over dit vraagstuk met betrekking tot een nachthoofd in een ziekenhuis bij de kantonrechter in Den Haag. Al gauw gevolgd door nog een andere procedures ten aanzien van vorderingen in het kader van verschillende cao's.

De vorderingen betroffen de uitbetaling van de ORT tijdens de vakanties met terugwerkende kracht over een periode van vijf jaar.

UITSPRAKEN

In juni 2015 deed de Haagse kantonrechter uitspraak, waarin geoordeeld werd dat de ORT van het nachthoofd tot het vakantieloon behoorde. Het feit dat de toepasselijke cao bepaalde dat de ORT niet tot het vakantieloon behoorde, maakte dit oordeel niet anders, aangezien deze cao-bepaling strijdig was met de dwingendrechtelijke regelgeving in het Burgerlijk Wetboek (waarvan dus niet mocht worden afgeweken). Met de vele verweren van de werkgever ging deze rechter niet mee.

Deze uitspraak bracht NU'91 ter kennis van de leden met het advies aan ieder lid om desgewenst een brief te schrijven aan de werkgever met hun vordering en de verjaringstermijn te stuiten, zodat hun vordering vanaf dat moment met terugwerkende kracht van vijf jaar veilig gesteld zou worden. NU'91 realiseerde zich dat het een schier onmogelijke uitdaging zou worden om voor alle leden individuele procedures te voeren, maar met alle brieven van de leden zou de druk op de werkgevers wel enorm worden opgevoerd. NU'91 hoopte daarmee te bereiken dat in het kader van nieuwe cao's collectieve afspraken met werkgevers zouden kunnen worden gemaakt over het vakantieloon inclusief ORT in de toekomst en over betaling van de achterstallige ORT.

ORT-PROCEDURES ALS BREEKIJZER

Door Mr. Max Vetkamp,
Advocaat NU'91

Dat nam evenwel niet weg, dat één zwaluw nog geen zomer maakt. Korte tijd na deze eerste uitspraak volgden nog andere uitspraken, die meestal in ons voordeel waren, maar niet altijd of niet altijd ten volle. De werkgevers in het kielzog van hun koepelorganisaties bleven zich met telkens nieuwe argumenten krachtig verweren. Het wachten was dan ook op nog meer uitspraken in de aangespannen proefprocedures en in hoger beroepzaken, teneinde de ingezette druk op de werkgevers nog verder te kunnen opvoeren.

En die rechterlijke uitspraken kwamen er steeds meer, waaronder ook in hoger beroep, waarin de verplichting werd uitgesproken om het loon inclusief de ORT aan werknemers tijdens vakantie/verlof door te betalen en dat een afwijkende bepaling in de cao nietig is. De uitspraken in de zorg hebben onder meer betrekking op werknemers in de gehandicaptenzorg, in ziekenhuizen, in verzorgings- en verpleeghuizen, binnen de GGZ, alsmede personeel op ambulances en bij huisartsenposten.

IN DE CAO'S GEREGELD

Dit alles heeft er toe bij gedragen dat NU'91 en uiteindelijk ook de andere bonden thans in alle cao's voor de toekomst het vakantieloon hebben veilig gesteld inclusief de ORT, alsmede in de meeste cao's ook een collectieve regeling hebben weten te bereiken voor het verleden.

Mr Max Vetkamp