

INS EN OUTS ORT OVER (ACHTERSTALLIG) VERLOF



Door Mr. Carel van den Bergh,
Jurist NU'91 Serviceloket

INTRO

We kennen allemaal de situatie dat een medewerker buiten de reguliere kantoortijden werkt en dan aanspraak maakt op een toeslag (of toelage) bovenop zijn reguliere loon. Dit noemen we de ORT.

Lange tijd werd aangenomen dat het recht op een dergelijke toelage alleen bestond over daadwerkelijk gewerkte – onregelmatige – uren en dus niet over vakantieverlofuren. Aan die vanzelfsprekendheid is een einde gekomen met het arrest van het Hof van Justitie van 15 september 2011 (British Airways/Williams). Daarin heeft het Hof een belangrijke uitspraak gedaan over het recht op behoud van loon over jaarlijkse vakantie van minimaal vier weken.

Het Hof heeft uitgemaakt dat onder “behoud van loon” niet alleen het “kale” loon moet worden begrepen, maar ook de vergoedingen die worden verstrekt voor lasten die intrinsiek zijn verbonden met de werkzaamheden (van de arbeidsovereenkomst of de aanstelling). De gedachte is dat voorkomen dient te worden dat de medewerker bij het opnemen van zijn jaarlijkse verlof een financiële belemmering ervaart. Daartoe dient volgens het Hof bewerkstelligd te worden dat de medewerker tijdens vakantie in een vergelijkbare economische positie verkeert als in de periode buiten de vakantie.

In een vervolg arrest van mei 2014 (Lock/British Gas Trading Limited) heeft het Hof dit oordeel bevestigd en hieraan verdere invulling gegeven. Volgens het Hof mag een werknemer niet in een financieel nadeligere positie komen te verkeren simpelweg door het opnemen van vakantie. In het ergste geval zou een werknemer om die reden namelijk kunnen overwegen om helemaal geen vakantie meer op te nemen. Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat looncomponenten die samenhangen met de personeels- en beroepsstatus van de werknemer, zoals premies op grond van het zijn van hiërarchisch meerdere, anciënniteit en beroepskwalificaties, in ieder geval onder de ‘globale beloning’ vallen.

INS EN OUTS ORT OVER (ACHTERSTALLIG) VERLOF



Door Mr. Carel van den Bergh,
Jurist NU'91 Serviceloket

VERTALING NAAR NEDERLAND

Het heeft even geduurd voordat dit arrest volledig was doorgedrongen tot de Nederlandse arbeidsmarkt. De sector politie was één van de eerste sectoren die hiermee te maken kreeg. Niet lang daar na heeft NU'91 het opgepakt en een standaard stuitingsbrief gemaakt zodat de verjaring kon worden gestopt. Ook kwam er een rekentool zodat men eenvoudig kon narekenen om hoeveel geld het ging.

De hiervoor besproken arresten zijn de afgelopen jaren voor NU'91 aanleiding geweest om een (proef)procedure te starten tegen werkgevers. Dit is niet zo gek, omdat menig cao bepaalde dat (onregelmatigheids)toeslagen niet worden doorbetaald tijdens vakantie. In lijn met het Hof is de Nederlandse rechter van oordeel dat toeslagen die intrinsiek samenhangen met de werkzaamheden van een werknemer, ook tijdens vakantie aan de werknemer moeten worden uitbetaald. Voor een antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een 'intrinsieke verbondenheid' kijkt de rechter naar de volgende elementen:

- Is de toeslag structureel van aard? Hierbij wordt onder meer gekeken naar de loonstroken over de relevante periode en naar de vraag of de werknemer zonder vakantie de toeslagen wél zou hebben ontvangen.
- Is de toeslag substantieel, zijn bijvoorbeeld de vaste lasten van de werknemer erop afgestemd?
- Zijn er relevante afspraken gemaakt in de arbeidsovereenkomst, zoals het verplicht moeten draaien van een bepaald aantal onregelmatige diensten?
- Zijn er relevante afspraken gemaakt met de werkgever over de uitoefening van de functie? Zo kan worden gedacht aan de situatie waarbij de werknemer met de werkgever heeft afgesproken vrijwel uitsluitend nachtdiensten te draaien, zonder dat dit in de arbeidsovereenkomst is vastgelegd (zie Ktr. Rechtbank Gelderland 23 november 2016).

Bijna iedereen die in de zorg onregelmatig werkt zal dat structureel doen. Geen wonder dus dat NU'91 alle rechtszaken heeft gewonnen.

INS EN OUTS ORT OVER (ACHTERSTALLIG) VERLOF



Door Mr. Carel van den Bergh,
Jurist NU'91 Serviceloket

TERUGWERKENDE KRACHT

Als de toeslagen van een werknemer ten onrechte niet zijn doorbetaald tijdens vakantie, kan de rechter de vordering met terugwerkende kracht toewijzen (art. 3:308 BW). Dit betekent dat de werkgever de desbetreffende toeslagen over een periode van maximaal vijf jaar terug alsnog moet vergoeden. Inmiddels is in alle cao's de ORT uitbetaling tijdens vakantie-uren voor de toekomst geregeld. Dus ongeacht welke cao van toepassing is, kun je als werknemer de gemiste ORT tijdens vakantie-uren over de afgelopen vijf jaar claimen. Als het goed is hebben de werkgevers al een aanbod gedaan om ook over het verleden de ORT te vergoeden.

VOOR WIE?

De uitspraak geldt voor alle verpleegkundigen, verzorgenden en begeleiders die onregelmatige diensten werken en daarvoor op regelmatige basis ORT ontvangen en dit niet hebben ontvangen tijdens vakantie-uren. Het gaat hierbij om zowel wettelijke als bovenwettelijke vakantie-uren. Zo geldt het dus bijvoorbeeld voor de thuiszorg, kraamzorg, verpleging et cetera. Het geldt echter niet voor de UMC's. In de cao UMC is sinds 1996 de ORT tijdens verlof als bestanddeel van het loon geregeld, daarover zijn de leden in de UMC's op de hoogte gebracht. Deze claim kun je ook indienen bij je vorige werkgever(s) tot vijf jaar terug, mits deze werkgever is in de zorgsector. Het kan dus zijn dat je meerdere claims hebt bij verschillende werkgevers.

NAAR DE RECHTER OF AANBOD?

Als de werkgever weigert om het te betalen dan zit er maar een ding op: naar de rechter gaan. Toch is het niet verstandig om sowieso naar de rechter te gaan, je zult de zaak zeker winnen maar... Als je de zaak gewonnen hebt moet er alsnog pensioenpremie worden afgedragen terwijl dat niet hoeft als je het een op een met de werkgever regelt. De werkgever zal je een aanbod tot nabetaling doen. Over dit aanbod is ook onderhandeld: je kunt dit dus met een gerust hart accepteren. Het bedrag wordt meestal over 3 jaarlijkse termijnen uitbetaald wat ook de kans vermindert dat het jaarinkomen te hoog wordt voor een of meerdere toeslagen.

INS EN OUTS ORT OVER (ACHTERSTALLIG) VERLOF



Door Mr. Carel van den Bergh,
Jurist NU'91 Serviceloket

HYPOTHEEK

We weten nu dus dat de onregelmatigheidstoeslag (ORT) meestal een structureel loonbestanddeel is. Het is dan ook mogelijk om deze extra inkomsten mee te nemen voor je hypotheekaanvraag. De extra inkomsten, die gek genoeg ook wel variabele inkomsten worden genoemd, moeten door de werkgever ingevuld worden op de hypotheekaanvraag. Daarnaast moet je zelf een aantal documenten aanleveren om aan te tonen dat je de ORT ontvangen hebt. De ORT moet voorts binnen je functie en dienstverband passen. Op de werkgeversverklaring kan je werkgever de ORT melden. Helaas nemen niet alle geldverstrekkers de ORT mee. Shoppen kan dus lonen.

TOT SLOT

Als je nog vragen hebt – en je ben lid van NU'91 -schroom dan niet om het Serviceloket te bellen. Van maandag t/m vrijdag bereikbaar van 9.00 tot 21.00 uur via 030-2964144. Ook als het gaat om vragen die misschien niet per definitie voor de hand liggen; wij hebben contacten met onder andere werkgevers en cao-onderhandelaars.