

ANNOTATIE

Rustig loon

prof. mr. dr. A.R. Houweling

*Annotatie bij Gerechtshof Den Haag, 13-09-2016,
ECLI:NL:GHDHA:2016:2587 (GZR-2016-0397, AR-2016-1031)*

1. Inleiding

In deze annotatie sta ik stil bij twee arresten. Het eerste arrest dat ik bespreek is van het Hof Den Haag (AR 2016-1031). In dit arrest staan verschillende juridische vragen centraal, zoals de gebondenheid aan een collectieve afspraak niet zijnde een cao en de uitleg van een cao-bepaling. Ik richt mij evenwel op twee andere vragen die het hof beantwoordde, te weten (a) valt een 'onregelmatigheidstoeslag' onder vakantieloon in de zin van artikel 7:639 BW en (b) luidt het antwoord op (a) anders voor wat de bovenwettelijke vakantiedagen betreft?

Het tweede arrest dat ik bespreek is de uitspraak van het Hof van Justitie EU 20 juli 2016, AR 2016-0817. In dit arrest staat onder meer de vraag centraal wat heeft te gelden bij non-actiefstelling direct voorafgaand aan einde dienstverband en de uitbetaling van vakantiedagen. Volgens het Hof komen in dat geval vakantiedagen niet voor vergoeding in aanmerking bij einde dienstverband. Heeft dit arrest gevolgen voor de Nederlandse praktijk van beëindigingsregelingen waarin wel of juist geen afspraken over vakantietegoeden zijn gemaakt?

2. Vakantieloon en onregelmatigheidstoeslag... rustig loon

De afgelopen jaren heeft meer dan eens de omvang van het vakantieloon tot juridische procedures geleid. Bij het Hof van Justitie EU zijn de procedures Williams e.a./British Airways (HvJ EU 15 september 2011, C-155/10) en Lock/British Gas Trading Limited (HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, AR 2014-0484) daarvan mooie voorbeelden. In de eerste zaak stond onder meer de vraag centraal of toeslagen die verband hielden met de ongemakken van het werk in een vliegtuig ook verdisconteerd moesten worden in het vakantieloon. In de tweede zaak werd gevraagd of (het gemiddelde van) het provisiedeel van het overeengekomen loon deel uitmaakte van het vakantieloon. In beide gevallen oordeelde het Hof van Justitie EU dat artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88) met zich brengt 'dat het vakantieloon in beginsel dient overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer. Elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn

opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, wordt gerekend tot de globale beloning van de werknemer. Daarentegen dienen de componenten van het globale loon van de werknemer die alleen strekken tot vergoeding van occasionele of bijkomende kosten die worden gemaakt bij uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst, (...), niet in aanmerking te worden genomen voor de berekening van het te betalen bedrag aan vakantieloon' (r.o. 19-24 British Airways).

In Nederland heeft deze rechtspraak van het Hof van Justitie EU geleid tot procedures over onregelmatigheidstoelagen als onderdeel van het vakantieloon. Met name in de zorg- en overheidssector werden zogenoemde ORT's niet pro rata doorbetaald tijdens vakantieverlof. Zou deze aanspraak alsnog voor vergoeding in aanmerking komen, dan kost dit de verschillende zorg- en overheidsinstellingen al snel aanmerkelijke sommen geld. Desalniettemin werd in eerste aanleg vrijwel standaard geoordeeld dat een ORT als onderdeel van het loon ex artikel 7:639 BW moest worden beschouwd (zie Kantonrechter Assen 17 augustus 2016, AR 2016-0938 (werkneemster/Stichting Icare), Kantonrechter Den Haag 2 juni 2015, AR 2015-0565 (werknemer/Stichting Hagaziekenhuis), Kantonrechter Den Haag 28 april 2015, AR 2015-0564 (werkneemster/Stichting Bronovo-Nebo)). Reeds in 2013 oordeelde het Haagse hof dat een ORT deel uitmaakt van het vakantieloon (2 juli 2013, AR 2014-0232). Dat in de onderhavige zaak het Haagse hof nog steeds deze mening is toegedaan, mag dan ook niet verbazen.

Wat opvallend is aan de ORT-discussie, is dat het geheel en al in de sleutel van artikel 7 lid 2 Richtlijn 2003/88 wordt geplaatst. Begrijpelijk, daar het Hof van Justitie EU duidelijke aanwijzingen heeft gegeven over wat wel en wat niet onder het vakantieloon valt. Uit het oog mag evenwel niet worden verloren dat artikel 7:639 jo. 7:641 BW zonder de richtlijnconforme interpretatie tot een zelfde resultaat leidt. Oftewel, we hebben eigenlijk het EU-recht hier helemaal niet nodig (vgl. ook S.S.M. Peters, 'Vakantieloon: vakantie vieren en toch provisie vangen', AR 2014-0484). De Hoge Raad heeft in 1990 nog eens verduidelijkt dat het loonbegrip in de afdeling vakantieverlof 'ruim' moet worden uitgelegd:

'Middel III komt terecht op tegen het oordeel van de Rb. (r.o. 20) dat het loon bedoeld in art. 1638ii lid 1 slechts "het maandelijks verschuldigde vaste loon, zonder emolumenten en vergoedingen" betreft. In art. 1638ii lid 1 wordt met "loon" bedoeld het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon. Deze bepaling heeft blijkens de wetsgeschiedenis immers ten doel de werknemer in staat te stellen bij zijn nieuwe werkgever zoveel dagen verlof zonder behoud van loon op te nemen als waarover de uitkering in deze bepaling is berekend (Bijl. Hand. II 1962-1963, 7168, nr. 3, p. 7 l.k. bovenaan); hiermee zou niet stroken van een beperkter loonbegrip uit te gaan dan bij de toepassing van art. 1638hh (vakantie met behoud van loon)' (HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/499, r.o. 3.3).

De A-G bij dit arrest wees erop dat aansluiting wordt gezocht bij het loonbegrip van artikel 7:610 BW, oftewel de tegenprestatie ter zake de bedongen arbeid (zie HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242 m.nt. PhANH). Als werknemers toeslagen krijgen die verband houden met specifieke

onderdelen van hun werk, dan vormt dit loon in de zin van artikel 7:610 BW en daarmee automatisch loon in de zin van artikel 7:639 BW. Dat het Hof van Justitie EU eenzelfde mening is toegedaan, is goed om te weten, maar voor het succesvol claimen van vakantieloon niet noodzakelijk. Natuurlijk rijst de vraag of er ruimte zit tussen de beide loonbegrippen. Ik vraag mij dit af. Als er al ruimte is, dan is die ruimte eerder te vinden bij het Hof van Justitie EU, die uitdrukkelijk opmerkt dat louter occasionele kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen. Bedacht moet dan wel zijn dat de richtlijn en rechtspraak van het Hof van Justitie EU de minimumbescherming voorschrijven. Mocht het nationale loonbegrip meeromvattend zijn, dan is dat in de ogen van Luxemburg toegestaan. Wat mij altijd helpt in een discussie over vakantieloon is de redenering van het Hof van Justitie EU: leidt het niet toekennen van een bepaalde beloningscomponent tot een prikkel niet of minder met vakantieverlof te gaan? Luidt het antwoord bevestigend, dan vormt het dus in ieder geval vakantieloon. Luidt het antwoord ontkennend, dan kan de vraag nog worden gesteld of het nationale recht desalniettemin de specifieke looncomponent als vakantieloon aanmerkt.

3. Ook voor bovenwettelijke vakantiedagen rustig loon

Artikel 7:634 BW bepaalt dat een werknemer ten minste een vakantieaanspraak verwerft van vier keer de overeengekomen arbeidsduur per week (oftewel vier weken per jaar bij een fulltime dienstverband). Dit wordt ook wel de wettelijke aanspraak genoemd. Een werkgever mag uiteraard een werknemer met meer dan het wettelijke aantal vakantiedagen belonen. De vraag die dan rijst is of ten aanzien van het bovenwettelijke deel de werkgever andere afspraken kan maken wat de vergoeding van ORT betreft. Regelmatig wordt in stelling gebracht dat het Hof van Justitie EU enkel het minimumaantal vakantiedagen waarborgt en voor het meerdere nationaal recht voorrang geeft. Dat is juist, maar dat wil niet zeggen dat we dan opeens helemaal vrij zijn af te spreken wat we willen. We vallen dan terug op artikel 7:639 en artikel 7:645 BW. Het eerste artikel bepaalt dat een werknemer tijdens vakantie recht heeft op loon. Artikel 7:645 BW bepaalt dat niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken (dwingend recht), behalve daar waar de wet een afwijking uitdrukkelijk toestaat. Een voorbeeld waarin uitdrukkelijk een andere regeling voor bovenwettelijke vakantiedagen mogelijk wordt gemaakt, is artikel 7:640 lid 2 BW: 'Indien de aanspraak op vakantie is verworven die het artikel 634 bedoelde minimum te boven gaat, kan voor zover die aanspraak dat minimum te boven gaat, bij schriftelijke overeenkomst van lid 1 worden afgeweken.' Oftewel, van bovenwettelijke vakantiedagen mag tijdens de arbeidsovereenkomst afstand worden gedaan (al dan niet tegen vergoeding). Een dergelijke clause ontbreekt bij artikel 7:639 BW. Het is derhalve niet mogelijk een ander loonbegrip te hanteren voor bovenwettelijke vakantiedagen dan wettelijke vakantiedagen. Terecht verwijst het Haagse hof naar de parlementaire geschiedenis waarin deze beperkte afwijkingsbevoegdheid nogmaals is onderstreept (vgl. art. 7:645 BW, alsmede *Kamerstukken II* 1997/98, 26079, 3, par. 2.1 en 2.2). Over de waardering van de vakantieaanspraken bij het einde van het dienstverband, bepaalt artikel 7:641 BW dat deze vergoeding gelijk is aan het 'loon' ex artikel 7:639 BW. Ook hier is geen ruimte voor een andere berekeningsmaatstaf. De nationale wetgever zou de wet op dit onderdeel eenvoudig kunnen aanpassen zonder in strijd te handelen met EU-recht. Tot die

tijd geldt dat de werkgever zich goed moet bedenken dat zodra hij het meerdere aan vakantieverlof geeft, hij ook voor dit meerdere zich aan het systeem van artikel 7:634 e.v. BW onderwerpt (zie over de complexiteit van vakantiedagen met name J.R. Vos, *Cash of costa*, Den Haag: BJu 2012).

4. Rustig loon en non-actiefstelling

Recentelijk werd de bescherming van vakantieverlof en behoud van 'gebruikelijk loon' weer bevestigd door het Hof van Justitie EU. Het Hof overwoog echter nog het volgende:

'34. Bovendien zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het dubbele doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, neergelegd in artikel 7 van richtlijn 2003/88, erin bestaat de werknemer de gelegenheid te geven uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken (arresten van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a., C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 25, en 22 november 2011, KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, punt 31).

35. Teneinde in die omstandigheden de nuttige werking van dit recht op jaarlijkse vakantie te verzekeren, zij vastgesteld dat een werknemer waarvan het dienstverband is beëindigd, en die krachtens een overeenkomst met zijn werkgever zijn salaris behoudt terwijl hij zich niet naar zijn arbeidsplaats mag begeven tijdens een welbepaalde periode die aan zijn pensionering voorafgaat, geen recht heeft op een financiële vergoeding voor het recht op betaald jaarlijks verlof dat hij tijdens die periode niet heeft opgenomen, tenzij hij wegens ziekte zijn recht niet heeft kunnen uitputten.'

In rechtsoverweging 35 oordeelt het Hof dat indien iemand is vrijgesteld van werk tot aan het einde van het dienstverband, de werkgever niet-genoten vakantiedagen tijdens deze non-actiefstelling niet langer hoeft te vergoeden indien de werknemer tijdens deze non-actiefstelling loon heeft ontvangen.

Betekent dit nu dat ongeacht of partijen tijdens de non-actiefstelling afspraken hebben gemaakt over het vakantieverlof, de werkgever altijd ervan uit mag gaan dat de vakantiedagen tijdens dit verlof worden genoten? Althans, dat de werkgever aan het einde van deze periode geen vakantiedagen hoeft te vergoeden als deze gedurende de non-actiefstelling 'hadden kunnen worden genoten'?

Het is lastig deze overweging van het Hof op zijn juiste waarde te schatten. Geeft het Hof hier een algemene overweging (zo lijkt het wel) of is het toch heel erg op de casus toegespitst? Het tweede dat opvalt is dat het Hof spreekt van een non-actiefstelling voorafgaand aan pensionering. Zou het anders zijn indien het een non-actiefstelling betreft voorafgaand aan een periode van werkloosheid of andere baan?

In ieder geval geeft het arrest van het Hof steun voor de Nederlandse rechtspraak dat in een beëindigingsovereenkomst mag worden bepaald dat een werknemer gedurende een periode van betaald verlof bij einde dienstverband geacht mag worden zijn vakantiedagen te hebben

genoten (HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/44). Geldt zo'n afspraak ook als de vakantieaanspraak de overeengekomen non-actiestellingsperiode ver overstijgt? De Hoge Raad oordeelde in het zojuist genoemde Bouwman-arrest het volgende:

‘Voorzover het onderdeel inhoudt dat een beding, inhoudende afstand van de aanspraak op betaling van niet-genoten vakantiedagen, op grond van art. 1638mm reeds uit haar aard nietig is, miskent het dat een zodanig beding volgens art. 1638mm slechts nietig is wanneer daarbij wordt afgeweken “ten nadele van de arbeider”. Voorzover met het onderdeel wordt betoogd dat bedoeld beding in dit geval nietig is omdat het ten nadele van Bouwman is, miskent het dat de Rechtbank kennelijk heeft geoordeeld dat de bestreden afstand in het licht van de beëindigingsovereenkomst, waarbij werd overeengekomen dat Bouwman 6 maanden betaald verlof zou genieten alsmede een afkoopsom ter hoogte van (omstreeks) f 100.000,= zou ontvangen, niet in het nadeel van Bouwman was. Nu Bouwman in het kader van deze procedure niets heeft gesteld betreffende de vraag of de afstand van betaling van niet-genoten vakantiedagen nadelig voor hem was, bezien in het geheel van de tussen partijen overeengekomen “package-deal”, was de Rechtbank niet tot een nadere motivering gehouden. Het oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is zozeer verweven met waarderungen van feitelijke aard, dat het voor het overige niet op juistheid kan worden getoetst; het is ook niet onbegrijpelijk. De klacht faalt derhalve.’

Kortom, in het Bouwman-arrest ging het om de situatie dat een werknemer met behoud van loon zes maanden met verlof ging voorafgaand aan het einde van het dienstverband en bovendien aanvullende compensatie kreeg. De casus waarin iemand met lege handen naar huis wordt gestuurd, is derhalve nog niet beslist.

In ieder geval volgt uit de Nederlandse wet en jurisprudentie *niet* dat bij een enkele non-actiestelling met behoud van loon de vakantieaanspraken *van rechtswege* komen te vervallen (zie evenwel Rb. Groningen 22 augustus 2002, *JAR* 2002/252 waarin de rechter geen vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen toekende, omdat de vakantiedagen geacht werden te zijn opgenomen tijdens vier jaar non-actiestelling met behoud van salaris. Volgens de kantonrechter was in casu geen recuperatiedoel meer aanwezig). Dat het Hof van Justitie EU geen vergoedingsplicht aanwezig acht in dergelijke gevallen, neemt niet weg dat de Nederlandse wet daartoe wel verplicht. Ook hier zien we dus het verschil in supranationaal en nationaal recht.

5. Conclusie

In beide uitspraken gaat het (uiteindelijk) om vakantieloon. Is vakantieloon een rustig bezit? Nee, het ‘rustige loon’ blijft gemoederen en menig afdeling HR bezighouden. Een deel van de complexiteit van de regeling komt doordat we zowel met supranationaal als nationaal recht van doen hebben. Het feit dat op supranationaal niveau bepaalde bescherming niet wordt geboden, wil niet zeggen dat die bescherming er daarom ook niet (meer) is. Het nationale recht gaat in veel gevallen namelijk verder dan de EU ons voorschrijft. Mag dat? Ja, dat mag gerust...