

ANNOTATIE

Vakantieloon: vakantie vieren en toch provisie vangen

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

1. Inleiding

Het vakantieloon van werknemers is in goede handen van het Hof van Justitie van de EU. Artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn (2003/88/EG) bepaalt niet veel meer dan dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat aan alle werknemers jaarlijks vakantie met behoud van loon van minimaal vier weken wordt toegekend, en dat deze minimumvakantieperiode tijdens dienstverband niet kan worden afgekocht. Niettemin heeft het Hof deze bepaling aangegrepen om zich in extenso uit te laten over de vraag wat onder ‘vakantieloon’ moet worden verstaan. Na het Williams-arrest uit 2011 is er nu wederom een Britse zaak waarin het Hof zich hierover kan uitlaten. De nieuwste loot aan de stam, het Lock-arrest van 22 mei jongleden, staat in deze annotatie centraal. Het Hof trekt daarin zijn jurisprudentiële lijn inzake het vakantieloon verder door. Voor werknemers pakt ook dit arrest gunstig uit, maar het arrest zou werkgevers wel eens voor verrassingen kunnen plaatsen.

2. De zaak

Lock werkt sinds 2010 bij British Gas als Internal Energy Sales Consultant. Hij verkoopt energieproducten van zijn werkgever. Zijn beloning bestaat uit zowel een basisloon als een provisie. De provisie wordt evenals het basisloon op maandbasis betaald, maar is variabel: zij hangt af van de door Lock gerealiseerde verkopen. De provisie wordt niet betaald op de datum van verrichting van de arbeid die er aanspraak op geeft, maar enkele weken of maanden nadat British Gas de verkoopovereenkomst heeft gesloten. Medio december 2011 heeft Lock twee weken vakantie genomen. In die decembermaand bestond zijn beloning uit het basisloon van 1.222,50 GBP en de provisie die hij in de daaraan voorafgaande weken had verdiend, ruim 2.350 GBP. De gemiddelde maandelijkse provisie van Lock in 2011 bedroeg bijna 1.913 GBP, ruim meer dan het basisloon. Omdat Lock gedurende zijn vakantie geen nieuwe verkooptransacties kon realiseren, hij was immers niet aan het werk, genereerde hij in zijn vakantieperiode geen provisie. Als gevolg daarvan ontving hij in de periode na zijn vakantie een beduidend lager loon. Hij begon daarop een gerechtelijke procedure wegens het niet betalen van het vakantieloon (‘holiday pay’) gedurende zijn vakantieperiode.

De Britse rechter vraagt het HvJ EU, kort gezegd, of een werknemer ex artikel 7

Arbeidstijdenrichtlijn in de geschetste omstandigheden tijdens zijn jaarlijkse vakantieperiode recht heeft op zowel zijn basisloon als de provisie die hij tijdens die periode had kunnen verdienen indien hij geen vakantie had genomen. Daarnaast wil de rechter weten hoe het bedrag van die provisie, indien verschuldigd, moet worden berekend.

3. Oordeel HvJ EU

Het Hof wijst er in de eerste plaats op dat volgens zijn vaste rechtspraak het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon ‘een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Europese Unie [is], waarvan niet mag worden afgeweken en waaraan de bevoegde nationale autoriteiten slechts uitvoering mogen geven binnen de grenzen die uitdrukkelijk zijn aangegeven in (...) richtlijn 2003/88’. Dit recht is ook als grondrecht neergelegd in artikel 31 lid 2 van het EU-Handvest van de grondrechten.

Uit de bewoordingen van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn blijkt niet op welke beloning een werknemer recht heeft gedurende zijn jaarlijkse vakantie. Het Hof laat zich daarom bij de beantwoording van die vraag vooral leiden door het met deze bepaling nagestreefde doel. Het oordeelde al eerder dat het recht op jaarlijkse vakantie en het recht op betaling uit hoofde daarvan twee aspecten van één recht zijn. Het vakantieloon heeft tot doel, de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te brengen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes. Dat betekent dat de werknemer voor deze rustperiode zijn normale loon moet ontvangen.

In het kader van de eerste vraag betoogden British Gas en de Britse regering dat in casu aan het doel van artikel 7 richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof, is voldaan, aangezien Lock tijdens zijn vakantie niet alleen zijn basisloon had ontvangen, maar ook de provisie op basis van de verkopen die hij in de weken vóór zijn vakantieperiode had gerealiseerd. Dit betoog wordt echter door het Hof verworpen. Hoewel Lock gedurende zijn vakantie inderdaad een totaalbedrag aan loon ontving dat vergelijkbaar is met zijn gebruikelijke loon, lijdt hij wel degelijk financieel nadeel in het tijdvak na zijn jaarlijkse vakantie. Dat nadeel ontstaat doordat Lock tijdens zijn vakantie geen provisie genereert en zijn beloning in het tijdvak daarna derhalve is beperkt tot het basisloon. Het HvJ overweegt dat dit financiële nadeel werknemer ervan kan weerhouden om die vakantie daadwerkelijk te nemen, hetgeen des te waarschijnlijker is in de situatie van Lock, waarin de provisie gemiddeld meer dan 60% van de beloning uitmaakt. ‘Een dergelijke verlaging van de beloning van een werknemer uit hoofde van zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon, die hem ervan kan weerhouden zijn recht op een dergelijke vakantie daadwerkelijk uit te oefenen’, is in strijd met het doel van artikel 7 van Richtlijn 2003/88, zo concludeert het Hof. Daarbij doet niet ter zake dat deze verlaging pas wordt ondervonden na het tijdvak van de jaarlijkse vakantie.

Bij de beantwoording van de vervolgvraag, namelijk hoe het bedrag van de verschuldigde provisie moet worden berekend, leunt het HvJ sterk op het Williams-arrest (HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (Williams e.a./British Airways)). Het memoreert dat wanneer de beloning bestaat uit verschillende componenten – zoals een basisloon en een provisie – bij de

bepaling van wat het gebruikelijke loon is waarop de werknemer recht heeft gedurende zijn jaarlijkse vakantie, een specifieke analyse moet worden uitgevoerd. Daarbij geldt dat elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken uit de arbeidsovereenkomst en waarvoor de werknemer een financiële vergoeding ontvangt die wordt gerekend tot zijn 'globale beloning', noodzakelijkerwijs deel uitmaakt van het vakantieloon. Voorts behoren alle componenten van het globale loon die samenhangen met de personeels- en beroepsstatus van de werknemer (d.w.z. premies en toelagen voor de uitoefening van een leidinggevende functie, i.v.m. anciënniteit en beroepskwalificaties) tot het vakantieloon. Daarentegen vallen componenten van het globale loon die alleen strekken tot vergoeding van incidentele of bijkomende kosten die de werknemer maakt bij de uitvoering van zijn taken, niet onder het vakantieloon. Volgens het Hof bestaat in casu het bedoelde intrinsieke verband tussen de maandelijkse provisie en de werkzaamheden van Lock, hetgeen betekent dat de provisie tot het vakantieloon behoort. Het is vervolgens aan de nationale rechter om, in het licht van de in de jurisprudentie van het Hof geformuleerde beginselen, 'te beoordelen of de methoden voor de berekening van de uit hoofde van zijn jaarlijkse vakantie aan een werknemer (...) verschuldigde provisie, op basis van een gemiddelde over een representatief geoordeelde referentieperiode overeenkomstig het nationale recht, het doel van artikel 7 van richtlijn 2003/88 verwezenlijken'.

4. Commentaar

De bemoeienis van 'Europa' met de jaarlijkse vakantie met behoud van loon van werknemers is gebaseerd op artikel 7 Richtlijn 2003/88. Die richtlijn geeft weliswaar een duidelijke norm voor de minimumduur van de jaarlijkse vakantie (vier weken), maar werkt niet uit wat het loon tijdens die vakantie moet zijn. Over zaken als de hoogte van het vakantieloon of de methode van berekening ervan, zwijgt de richtlijn in alle talen. Dat is op zich niet vreemd, nu het om een arbeidstijdenrichtlijn gaat; zij geeft minimumvoorschriften voor de arbeids- en rusttijden van werknemers. Het in artikel 31 lid 2 Handvest geformuleerde grondrecht ('Iedere werknemer heeft recht (...) op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon') geeft evenmin aanwijzingen. Het feit dat het hier gaat om een bepaling in een arbeidstijdenrichtlijn, heeft het Hof er niet van weerhouden de uitleg van wat wel en niet onder 'loon', en dus onder vakantieloon, valt, naar zich toe te trekken. Het overwoog in het reeds genoemde Williams-arrest dat de structuur van het gebruikelijke loon van een werknemer als zodanig weliswaar onder het recht van de lidstaten valt, maar dat 'dit geen weerslag mag hebben op het recht van de werknemer om gedurende zijn periode van rust en ontspanning vergelijkbare economische omstandigheden te genieten als die rond de verrichting van zijn arbeid' (r.o. 23). De redenering van het HvJ, namelijk dat het zich niet alleen met de minimumvakantieperiode kan bemoeien, maar ook met het gedurende die periode te betalen loon, is goed verdedigbaar. Het Hof heeft al eerder vastgesteld dat het recht op jaarlijkse vakantie en het recht op betaling van vakantieloon nauw met elkaar samenhangen, het zijn twee aspecten van één recht (zie bijv. Robinson-Steele, C-131/04). Het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zou een wassen neus zijn, indien het vakantieloon een (te) uitgekleden versie van het gewone loon zou zijn. Dat zal werknemers er immers van kunnen weerhouden daadwerkelijk hun vakantie

op te nemen. Door de uitleg van het loonbegrip in artikel 7 naar zich toe te trekken, kan het Hof het doel en nuttig effect van de richtlijn verzekeren.

Het Hof heeft in het Williams-arrest al uitvoerige aanwijzingen gegeven over wat onder het beloningsbegrip en het vakantieloon moet worden verstaan. Dat arrest had betrekking op werknemers (piloten) met een ‘globale beloning’ – ofwel de ‘totale beloning’, in aansluiting op de oorspronkelijke Engelse taalversie (‘total remuneration’) – die uit drie componenten bestond. Naast een vast jaarlijks bedrag, ontvingen de piloten van British Airways vergoedingen voor lasten (‘inconvenient aspects’) die intrinsiek samenhangen met de uitvoering van de taken uit de arbeidsovereenkomst én vergoedingen van incidentele of bijkomende kosten die worden gemaakt bij uitvoering van de taken. De eerste twee behoren tot het vakantieloon, de laatste niet, aldus het HvJ. Ik concludeerde eerder op grond van dit arrest dat het begrip beloning (en dus ook vakantieloon) ruim wordt uitgelegd door het Hof, maar niet zo ruim dat echte kostenvergoedingen eronder vallen (zie TRA 2012/10). Het zou ook bepaald vreemd zijn als zuivere kostenvergoedingen tot het vakantieloon zouden behoren. Het vakantieloon dient er immers toe de werknemer tijdens zijn vakantie in *vergelijkbare* economische omstandigheden te brengen; de werknemer hoeft er ook niet financieel beter van te worden, hetgeen het geval zou zijn indien hij recht zou hebben op doorbetaling van vergoedingen voor kosten die hij tijdens zijn vakantie niet maakt (vgl. annotatie Funke bij Williams, JAR 2011/279). Overigens blijkt uit Williams dat onder die echte kostenvergoedingen ook vergoedingen kunnen vallen die gefixeerd zijn op een bepaald vast bedrag per uur (i.c. ging het om vergoeding van kosten verbonden met de tijd die piloten buiten de standplaats moeten doorbrengen).

In het Lock-arrest staat, anders dan in het Williams-arrest, de provisie als beloningscomponent centraal. Het is niet verbazingwekkend dat het Hof de door Lock ontvangen provisies tot de beloning, en dus tot het vakantieloon, rekent. Het is evident dat er een intrinsiek verband bestaat tussen de provisie die Lock maandelijks ontvangt, en de uitvoering van zijn werkzaamheden: de provisie staat in directe relatie tot de door hem behaalde resultaten (gerealiseerde verkooptransacties). A-G Bot leidt uit de eis dat er sprake moet zijn van een ‘intrinsieke samenhang’ tussen een beloningscomponent (bepaalde premies of zoals i.c. een provisie) en de taken uit de arbeidsovereenkomst af, dat er niet alleen een rechtstreeks verband moet bestaan, maar dat ‘de verschillende premies waarvan de werknemer betaling kan eisen tijdens zijn betaalde vakantie’ ook ‘een bepaalde mate van bestendigheid’ moeten hebben (concl. A-G Bot van 5 december 2013 bij Lock, punt 27). Het Hof geeft nergens met zoveel woorden aan dat sprake moet zijn van een zekere bestendigheid van de premies, provisies enzovoort, maar zonder enige bestendigheid zal een dergelijke premie mijns inziens niet als component van het gebruikelijke loon worden aangemerkt. In casu was in ieder geval zonder meer aan het door de A-G benoemde element van bestendigheid voldaan, nu de provisies een constant bestanddeel van de beloning van Lock vormden.

Interessant aan de onderhavige zaak is dat werkgeefster British Gas keurig gedurende de vakantie van Lock zowel zijn basisloon als zijn – in de weken voor zijn vakantie gerealiseerde

– provisie had doorbetaald en het toch niet goed had gedaan volgens het HvJ. De redenering van het Hof onderschrijft ik: het vakantieloon dat Lock ontving was inderdaad gelijk aan zijn gebruikelijke loon, maar hij lijdt een aanzienlijk *uitgesteld* financieel nadeel. In de periode na zijn vakantie ontvangt hij immers geen provisie, omdat hij tijdens zijn vakantie niet heeft gewerkt en dus geen verkopen heeft gerealiseerd. Op die manier komt het nemen van vakantie een werknemer toch duur te staan en dat zou hem ervan kunnen weerhouden dat te doen. De beslissing van het Hof is daarom volledig in lijn met de doelstellingen van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn. Dit neemt niet weg dat het Hof hiermee een stap verder gaat: het betreft hier strikt genomen niet de beloning tijdens de vakantieperiode ('vakantieloon'), maar de beloning in de periode na de vakantie – ik duid dat voor het gemak aan als het 'post-vakantieloon'. Hoewel het Hof dit punt duidelijk laat uitkomen in zijn arrest, komt het nauwelijks naar voren in de formulering van zijn uiteindelijke antwoord op de gestelde prejudiciële vraag. Zijn antwoord luidt namelijk dat artikel 7 richtlijn zich ertegen verzet als een werknemer in de situatie van Lock 'uit hoofde van zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon slechts recht heeft op een beloning die uitsluitend bestaat uit zijn basisloon' (r.o. 24). Het Hof vangt het in de woorden 'uit hoofde van' ('in respect of') de jaarlijkse vakantie; een subtiel verschil met Williams, waar wordt gesproken over het recht op behoud van verschillende looncomponenten 'tijdens' de jaarlijkse vakantie. Ik vind het een gemiste kans dat het Hof hier niet onomwonden stelt dat het nemen van de jaarlijkse minimumvakantie geen consequenties mag hebben voor het gebruikelijke loon van de werknemer vóór, tijdens en ná de vakantie.

Men kan zich afvragen of de door het HvJ geformuleerde regel steeds geldt als er een provisie (e.d.) wordt betaald, of alleen in gevallen waarin die provisie een (zeer) substantieel deel uitmaakt van de totale beloning, zoals in het geval van Lock. Bij hem bedroeg de provisie gemiddeld meer dan 60% van de totale beloning en het Hof merkt op dat het dan 'des te waarschijnlijker is' dat de 'negatieve financiële weerslag hem ervan [kan] weerhouden om die vakantie daadwerkelijk te nemen'. Mijns inziens maakt de omvang van de provisie uiteindelijk niet uit, het gaat erom dat het lijden van financieel nadeel door het opnemen van vakantie, of dat nadeel nu 'slechts' 5, 10 of 60% is, ertoe kan leiden dat de werknemer afziet van vakantie. Om dat te voorkomen mag het opnemen van vakantie ook voor de periode erna geen negatieve invloed hebben op de beloning, hetgeen betekent dat de werkgever een gemiddeld bedrag aan provisie dient toe te rekenen aan die vakantieperiode. Die regel is algemeen geformuleerd en zal ook gelden als de provisie een beduidend kleiner deel van de totale beloning uitmaakt dan bij Lock het geval was. Indien het echt om een verwaarloosbaar bedrag gaat, zal het waarschijnlijk niet gaan om een component van het gebruikelijke loon en maakt het dus überhaupt geen onderdeel uit van het vakantieloon.

Werkgeefster British Gas had nog betoogd, zo blijkt uit de conclusie van de A-G, dat zij bij de hoogte van de provisies die worden uitbetaald voor gerealiseerde verkopen al rekening houdt met het feit dat werknemers geen provisie kunnen verwerven tijdens de vakantieperiode. Een deel van het provisiebedrag zou dus een vergoeding vormen voor de lagere totale beloning na afloop van een vakantieperiode. Ofwel: in het provisiebedrag is reeds een deel van het (post-

)vakantieloon inbegrepen. Het betoog, dat in het arrest van het Hof niet aan de orde komt, komt hoe dan ook in strijd met de jurisprudentie van het Hof inzake het ‘all-in (uur)loon’ (ofwel ‘rolled-up holiday pay’). Werkgevers mogen volgens die jurisprudentie, kort gezegd, de betaling van de jaarlijkse vakantie niet in het normale loon verdisconteren. Dat zou er namelijk toe leiden dat de werknemer, als hij vakantie opneemt, geen of minder loon ontvangt over de vakantiedagen, omdat hij geacht wordt het vakantieloon al (deels) te hebben ontvangen, en dát kan er weer toe leiden dat de werknemer ervan afziet vakantie op te nemen. Daarmee zou de recuperatiefunctie in het gedrang komen en wordt voorts de facto de minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon vervangen door een financiële vergoeding, hetgeen in strijd is met artikel 7 lid 2 richtlijn (zie hierover uitvoerig *Losb. Arbeidsovereenkomst* (Peters), art. 7:639 BW, aant. 2).

Uiteindelijk is het aan de nationale rechter om te beoordelen of het bedoelde intrinsieke verband tussen de verschillende loonelementen en de uitvoering van de arbeidstaken bestaat, zo concludeerde het Hof in *Williams* (r.o. 31). Hoewel het Hof ook in dat arrest zelf al aangeeft voor welke premies dat wel en niet het geval is, valt op dat het Hof in *Lock* uiteindelijk zelf de conclusie trekt ten aanzien van de intrinsieke samenhang, zonder daarvoor nog naar de nationale rechter te verwijzen. Alleen voor de beoordeling van de methoden voor berekening van de provisie waarop de werknemer uit hoofde van zijn jaarlijkse vakantie recht heeft, wordt naar de nationale rechter verwezen (*Lock*, r.o. 24 en 35).

Wat betreft die berekeningsmethoden: voor de praktijk is natuurlijk interessant welk bedrag aan provisie aan de jaarlijkse vakantieperiode moet worden toegerekend. Het gaat erom, zo overweegt het Hof, een berekeningsmethode te vinden die passend is om het met artikel 7 richtlijn nagestreefde doel, zoals uitgelegd in de jurisprudentie van het HvJ, te realiseren. Dat provisiebedrag zou kunnen worden gevonden op basis van ‘een gemiddelde over een representatief geoordeelde referentieperiode overeenkomstig het nationale recht’, zo reikt het Hof de nationale rechter aan in r.o. 34. Het ligt mijns inziens voor de hand bij de bepaling van de hoogte van de provisie die aan de jaarlijkse vakantie moet worden toegerekend, aan te sluiten bij de provisie die de werknemer in dat jaar gemiddeld heeft verdiend. Daarbij is dan nog de vraag wat onder ‘jaar’ moet worden verstaan. De A-G vindt blijkens zijn conclusie een jaar (‘twaalf maanden’, zie punt 48) eveneens passend, en verwijst daarbij (in noot 25) naar de regeling die werkgeefster *British Gas* hanteert indien een verkoopconsultant met zwangerschaps-, ouderschaps- of adoptieverlof gaat; aan deze werknemers wordt een bedrag aan provisie betaald dat wordt berekend over het gemiddelde van de in de twaalf maanden voorafgaand aan het verlof verdiende provisie. Vertaald naar de jaarlijkse vakantie zou dat neerkomen op de gemiddelde provisie verdiend in de twaalf maanden voorafgaand aan de jaarlijkse vakantie. De Nederlandse wettelijke vakantieregeling gaat bij de berekening van de aanspraak op vakantie uit van het dienstjaar (de vakantieaanspraak ontstaat met de loop van het dienstverband en groeit in beginsel dagelijks aan, zie *Losb. Arbeidsovereenkomst*, art. 7:634 BW, aant. 8). Bij de bepaling van het ‘vakantieprovisiebedrag’ komt het echter praktischer voor het gemiddelde over het betreffende kalenderjaar of vakantiejaar (de periode van 1 juni tot en met 31 mei) te nemen.

Nederlandse werknemers die provisie ontvangen als (onderdeel van hun) loon, zullen nog eens heel goed naar hun (post-)vakantieloon moeten kijken. Hetzelfde geldt voor werknemers die een andere vorm van prestatiebeloning ontvangen, dat wil zeggen beloning die niet afhangt van de geïnvesteerde arbeidstijd, maar van het resultaat van de arbeid. Waarschijnlijk ontvangen zij reeds, als onderdeel van hun vakantieloon, het provisiegedeelte van hun loon. De Nederlandse jurisprudentie gaat namelijk al uit van een ruim loonbegrip ex artikel 7:639 BW. Daaronder wordt verstaan al datgene wat als bedongen tegenprestatie voor de arbeid door de werkgever aan de werknemer verschuldigd is of zal zijn, waaronder dus ook een aanspraak op provisie. De Hoge Raad oordeelt dat het bij zowel artikel 7:641 als artikel 7:639 BW gaat om 'het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon', zodat ook emolumenten en vergoedingen eronder vallen (HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/499) (zie *Losb. Arbeidsovereenkomst*, art. 7:639 BW, aant. 1). Niettemin zou het arrest voor hun werkgevers tot onverwachte kosten kunnen leiden. Het doorbetalen van de (gemiddelde) provisie enzovoort *gedurende* de vakantieperiode blijkt niet voldoende te zijn, wanneer de werknemer *na* die vakantieperiode alsnog met een financieel nadeel wordt geconfronteerd omdat hij tijdens zijn vakantie niet heeft 'gepresteerd'. Het kan weleens een hete, dure zomer worden voor werkgevers – zeker als werknemers niet alleen hun volledige vakantieloon voor dit jaar opeisen, maar ook het misgelopen (post-)vakantieloon in voorgaande jaren.