

SOCIAAL RECHT

Mw. mr. W. Hafkamp-Van der Zwaard,
Houthoff Buruma, Rotterdam

***Wat is de waarde van een bij
einde dienstverband uit te
betalen vakantiedag?*** 14-81

Geschreven door: mw. mr. W. Hafkamp-
Van der Zwaard, Houthoff Buruma, Rotter-
dam

Inleiding

Op 28 januari 2014 oordeelde het Hof Den Haag¹ dat de Nederlandse staat aansprakelijk is voor het onjuist implementeren van de Europese Arbeidstijdenrichtlijn. Het Hof deed tevens uitspraak over de vraag op welke wijze de schade, namelijk de door de werknemer misgelopen vakantiedagen, dient te worden vergoed. In dit artikel wordt nader ingegaan op de uitspraak, met specifieke aandacht voor de vraag hoe de waarde van een uit te betalen niet genoten vakantiedag moet worden berekend.

Wat ging vooraf aan de uitspraak van het Hof?

Tot 1 januari 2012 was in artikel 7:635 lid 4 BW opgenomen dat een werknemer die wegens ziekte geen arbeid verrichtte, uitsluitend aanspraak had op vakantie over het tijdvak van de laatste 6 maanden waarin de arbeid niet werd verricht. In het arrest Schultz-Hoff van het Hof van Justitie² werd deze beperkte vakantie opbouw tijdens ziekte al in strijd met artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn geacht. De kern van dit artikel is dat alle lidstaten de nodige maatregelen moeten treffen om aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van tenminste vier weken toe te kennen.

Het Hof van Justitie stelde - samengevat - dat ook zieke werknemers recht hebben op vakantie, maar dat de mogelijkheid tot het opnemen van vakantie tijdens ziekte wel kan worden beperkt. Indien een zieke werknemer beperkt wordt in de mogelijkheden om op vakantie te gaan, dient de werknemer na afloop van de ziekteperiode in staat te worden gesteld zijn vakantie te genieten. Wanneer ook dat niet mogelijk is en het dienstverband wordt beëindigd, heeft de werknemer in ieder geval een

aanspraak op een financiële compensatie in verband met het niet kunnen genieten van het minimale verlof.

Een en ander heeft er uiteindelijk toe geleid dat het BW met ingang van 1 januari 2012 is aangepast. De beperkte opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte zoals opgenomen in artikel 7:635 lid 4 BW is komen te vervallen. In plaats daarvan is in artikel 7:640a BW een nieuwe vervaltermijn geïntroduceerd. Vakantiedagen vervallen zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijze niet in staat is geweest om vakantie op te nemen.

De uitspraak van het Hof Den Haag

In de uitspraak van het Hof Den Haag ging het om een werknemer die op 1 november 2006 in dienst was getreden. Zij is op 27 februari 2008 wegens ziekte uitgevallen. De arbeidsovereenkomst is in verband met de langdurige ziekte vervolgens met ingang van 26 februari 2010 geëindigd. Van haar werkgever heeft zij overeenkomstig artikel 7:635 lid 4 BW alleen vergoeding ontvangen voor 12 vakantiedagen die zij heeft opgebouwd gedurende de laatste 6 maanden van haar dienstverband, terwijl de werknemer stelde dat zij recht had op vier weken vakantie per jaar, zijnde in twee jaar 40 vakantiedagen. Zij claimde in de procedure betaling van 28 vakantiedagen, zijnde het verschil tussen 40 en 12 vakantiedagen. Aan haar vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat de Staat onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door artikel 7 van de Richtlijn niet binnen de daarvoor bepaalde termijn te implementeren.

Het Hof Den Haag ging hier uiteindelijk in mee. Het standpunt van de Staat, namelijk dat wetgeving in formele zin naar haar aard nooit een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW kan opleveren, gaat naar het oordeel van het Hof niet op. Het naar Nederlands recht uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling levert een onrechtmatige daad op, aldus het Hof. Hiermee staat niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de schuld in beginsel vast.³ Hieruit volgt - zo gaat het Hof verder - dat de Staat aansprakelijk is voor eventueel als gevolg van de in

het geding zijnde wetgeving door werknemer geleden schade. De schade bedraagt dan de vergoeding voor de 28 misgelopen vakantiedagen.

Waarde vakantiedag

Het Hof Den Haag verwijst voor de berekening van de waarde van de vakantiedag naar eerdere arresten van het Hof van Justitie en de Hoge Raad. Het Hof van Justitie neemt als uitgangspunt dat de werknemer tijdens vakantie zijn normale loon of gebruikelijke loon dient te ontvangen teneinde de werknemer tijdens vakantie in een situatie te plaatsen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes.⁴ In het arrest Williams/British Airways is dat nog verder ingevuld. Het gaat om het loon dat overeenkomt met het gemiddelde loon over een representatief tijdvak. Alle bijkomende bestanddelen tellen mee zoals premies, toeslagen, toelagen, voordelen of gratificaties. Het gaat daarbij dan niet om kostenvergoedingen. Of een looncomponent tot het gemiddelde loon behoort, is volgens het arrest afhankelijk van de vraag of de looncomponenten een systematisch karakter hebben en de vraag of de looncomponenten intrinsiek samenhangen met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst waarvoor hij een financiële vergoeding heeft ontvangen.

De Hoge Raad heeft al in 1990 geoordeeld dat voor de berekening van de waarde van een vakantiedag dient te worden uitgegaan van een ruim loonbegrip. Het gaat dan om het overeengekomen loon, inclusief eventuele emolumenten en vergoedingen waar de werknemer recht op heeft.⁵ Dit ruime loonbegrip is in de lagere rechtspraak vervolgens verder ingekleurd, met onder meer de 13e maand, de autovergoeding, ploegentoeslag en commissie.

In de uitspraak van het Hof Den Haag claimde de werknemer dat bij de berekening van de waarde tevens het werkgeversdeel pensioenpremie zou moeten worden meegenomen. De Staat verzette zich hiertegen met de stelling dat de werkgeversbijdrage pensioenpremie al tijdens de ziekteperiode is uitbetaald. Als de pensioenpremie ook nog zou moeten worden betaald over niet opgebouwde vakantieda-

gen, dan zou de werknemer in een voordeliger positie komen te verkeren, aldus de Staat. Ook meende de Staat dat de werkgeversbijdrage pensioen niet als loon kwalificeert omdat deze bijdrage niet is verschuldigd aan de werknemer, maar aan een derde, namelijk de pensioenuitvoerder. Ook deze vlieger gaat volgens het Hof niet op. Het Hof overweegt: '*<.> Vaststaat dat de werkgever van werknemer over het loon voor tijdens het dienstverband opgenomen vakantiedagen het werkgeversdeel van de pensioenpremie moet afdragen aan de pensioenuitvoerder. Dit betekent dat hij deze bijdrage ook verschuldigd is voor niet genoten vakantiedagen. Dat de pensioenpremie over de uit te betalen vakantiedagen wegens het geëindigd zijn van de dienstbetrekking van werknemer niet meer kan worden afgedragen aan de pensioenuitvoerder betekent niet dat werknemer niet in een financieel gunstiger positie wordt gebracht indien de premie aan haar wordt uitbetaald. De werkgever - of in dit geval de Staat - wordt hierdoor ook niet benadeeld. Voorts valt niet in te zien waarvoor deze hiervan zou moeten profiteren. Aan een en ander doet niet af, dat de werkgever ook al pensioenpremie heeft afgedragen over ziekteperioden'. De werkgever werd dan ook veroordeeld tot betaling van het loon inclusief het werkgeversdeel van de pensioenpremie over 28 vakantiedagen. Over de vraag of dit een terechte uitspraak is, zou nog wel een juridische boom kunnen worden opgezet. Het is de vraag of het werkgeversdeel van de pensioenpremie in alle gevallen tot de beloning behoort. Daarbij is het tevens de vraag of het betalen van pensioenpremies een looncomponent is dat intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen en daarmee voldoet aan de criteria die in eerdergenoemde arresten zijn verwoord.*

Tenslotte

In de praktijk wordt voor de berekening van de waarde van een vakantiedag door werkgevers vaak enkel het basissalaris en vakantietoeslag meegenomen. Als de werknemer echter naast het vaste salaris een aantal andere emolumenten ontvangt, moet zowel werkgever maar ook werknemer er op bedacht zijn dat juist ook die emolumenten moeten worden meegenomen bij de waarde van de berekening van

een vakantiedag. Dit kan - zeker bij een groot aantal uit te betalen vakantiedagen - nog wel in de financiële papieren gaan lopen. Alhoewel tegen de uitspraak van het Hof Den Haag cassatie kan zijn ingesteld, zal de werkgever er daarbij vooralsnog rekening mee moeten houden dat hierbij tevens het werkgeversdeel van de pensioenpremie moet worden meegenomen.

Noten

1. Hof Den Haag 28 januari 2014, nr. 200.105.950-01, ECLI:NL:GHDHA:2014:72.
2. HvJ EG 20 januari 2009, C-350/6, Schultz-Hoff.
3. Vgl. HR 9 mei 1986, LJN: AC0867.
4. Vgl. HvJ EU 16 maart 2006, nr. C-131/04 en C-257/04, Robinson-Steele; HvJ EU 20 januari 2009, nr. C-350/06 en C-520/06, Schulz-Hoff; HvJ EU 15 september 2011, nr. C-155/10, Williams/British Airways.
5. Vgl. HR 26 januari 1990, NJ 1990/499.