

Antwoord op de aan de ombudsman voorgelegde over de berekening van het vakantieloon, gegeven op 12 augustus 2016

1. Bij mailbericht van 11 juli 2016 heeft de heer Seifert het standpunt van een deel van de werknemers toegelicht, bij mail van 14 juli 2016 heeft mevrouw M. Walma het standpunt namens de werkgevers toegelicht, op dezelfde datum heeft de heer Dons schriftelijk het standpunt van een ander deel van de werknemers toegelicht.

Uit de door partijen genoemde Europese rechtspraak blijkt dat de werknemer tijdens zijn vakantie, naast zijn basissalaris, ook recht heeft op doorbetaling van elk component van de totale beloning die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die aan hem zijn opgedragen op grond van zijn arbeidsovereenkomst. Partijen twisten niet over de vraag welke loononderdelen behoren tot 'de totale beloning die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken', maar over de berekening van de hoogte van het daarmee gemoeide bedrag.

2. De werkgevers stellen zich op het standpunt dat het gemiddelde van het totale bedrag dat het voorgaande jaar aan vergoedingen is uitbetaald, ook over de vakantieuren wordt doorbetaald. De werknemers stellen dat zodoende het bedrag te laag is omdat de periode van vakantie, waarin de werknemer niet over- of onregelmatig werkt, dat totale bedrag vermindert. Zij stellen dat deze berekeningswijze in strijd is met de uitgangspunten die het Europese Hof heeft geformuleerd. De werkgevers stellen dat tot op heden over de rekenfactor geen rechtspraak bekend is of juridische kaders zijn gegeven waaruit blijkt dat de vakantieperiode zelf in mindering moet worden gebracht op het gemiddelde van het totale bedrag.

Ik denk dat dat juist is, zij het dat uit de bestaande rechtspraak wel met voldoende nauwkeurigheid kan worden bepaald op welke wijze de berekening dient plaats te vinden.

3. Advocaat-Generaal V. Trstenjak verwoordt in zijn conclusie van 11 juni 2011 voor het arrest C-155/10 (Williams e.a tegen British Airways plc) de rekenuitgangspunten als volgt: *Volgens het Hof heeft het vereiste van betaling van vakantieloon tot doel, de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie „in een situatie te plaatsen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes”. De verdere vaststellingen van het Hof betreffende de hoogte van het vakantieloon zijn mijns inziens voldoende duidelijk, aangezien het in punt 50 van het arrest Robinson-Steele e.a. uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat het in artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/104 gebezigde begrip „jaarlijkse vakantie met behoud van loon” betekent dat „het loon gedurende de jaarlijkse vakantie in de zin van de richtlijn moet worden doorbetaald”. Eventuele resterende twijfels aangaande de interpretatie van die zin worden uit de weg geruimd door de daaropvolgende toelichting („[m]et andere woorden”) dat de „werknemer [...] voor deze rustperiode zijn normale loon [dient] te ontvangen”. Die opmerking moet aldus worden begrepen dat het vakantieloon qua hoogte precies dient overeen te stemmen met het normale loon.*

4. Overigens heeft het verwijzende gerecht wel de vraag gesteld hoe het gemiddelde loon dat tijdens de vakantie moet worden doorbetaald, moet worden berekend, maar die vraag is onbeantwoord gebleven. De A-G overweegt terzake (onder 82 e.v., de tekst is volledigheidshalve als bijlage opgenomen) dat de keuze voor het bepalen van een voldoende representatief tijdvak is overgelaten aan de lidstaten dan wel aan de sociale partners, en wijst er overigens op dat de berekende bedragen bij de eerste en de tweede benadering in de praktijk in kwantitatief opzicht niet noemenswaardig van elkaar zullen verschillen. Of bij die twee wijzen van berekening de vakantieperiode buiten beschouwing blijft of niet, wordt niet besproken. Door de verwijzing naar de lidstaten staat buiten twijfel dat de norm van art. 7:639 lid 1 BW geldt. Daarin wordt alleen bepaald

dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht heeft op loon. Het loonbegrip als bedoeld in dit artikel wordt niet nader uitgewerkt, zodat dat door de cao kan gebeuren. Daarbij dient de cao binnen de kaders van de richtlijn te blijven.

5. Gelet op de uitgangspunten lijkt mij een berekening zoals de bonden die voorstaan beter passen bij het bepaalde in de richtlijn en de overwegingen van het Hof van Justitie. Door de door hen voorgestane rekenmethode wordt de werknemer het normale loon doorbetaald, waarbij het normale loon precies het loon is dat de werknemer tijdens een periode van werken verdient. In de berekeningswijze zoals de werkgevers die voorstaan wordt aan de werknemer $1872/172^{ste}$ over de toeslagen minder betaald, dus bijna 11% minder. Ik meen daarom dat de door de bonden voorgestane wijze van berekening van het 'normale' loon gedurende de vakantieperiode de meest juiste is. Of de door de werkgevers voorgestane berekening daarmee rechtens onjuist is, is de vraag. In ieder geval behoeft die vraag, gelet op de hierna volgende punten 6 en 7, voor het verleden geen beantwoording.

6. Ik stel vast dat sociale partners terzake van het vakantieloon overleg hebben gevoerd en een regeling hebben getroffen die is vastgelegd in de cao en het als bijlage 1 bij de cao opgenomen onderhandelaarsakkoord. Art. 7.1 lid 2 van de cao laat geen misverstand over de door sociale partners gemaakte afspraak: die leidt tot een berekening zoals de werkgevers die bepleiten. In dat artikellid is immers vastgelegd dat de gemiddelde toeslagen over het gehele kalenderjaar maatgevend zijn voor de berekening van de vergoeding van lid 1. In dat kalenderjaar is onmiskenbaar ook de vakantieperiode begrepen.

Daarnaast is in art. 7.1. lid 5 van de cao uitvoering gegeven aan de afspraken die zijn vastgelegd in de eerste bijlage van de cao. In de cao is vastgelegd dat de werknemer voor 1 maart 2016 een individuele vaststellingsovereenkomst krijgt aangeboden overeenkomstig de in het onderhandelaarsakkoord gemaakte afspraken. Partijen hebben dit afgesproken als een regeling ter finale kwijting en de bonden hebben toegezegd hun leden niet bij te staan in eventuele gerechtelijke procedures over dit onderwerp.

7. De vraag is of het terugkomen op deze afspraken toelaatbaar is. Ik meen van niet. Het onderhandelaarsakkoord is duidelijk vorm is gegeven als vaststellingsovereenkomst. Voor partijen geldt dat ze finale kwijting hebben beoogd. Ze hebben daarnaast afgesproken dat de werknemers in een vaststellingsovereenkomst de (na-)betaling van het vakantieloon aanvaarden. De vaststellingsovereenkomst kan ook in strijd met dwingend recht zijn (zie art. 7:900 BW), als die is gesloten ter beslechting van een geschil. Nu er sprake was van een geschil geldt dat, als de afspraak al in strijd is met het recht, de afspraak desalniettemin nagekomen dient te worden. In het licht van deze teksten is de door een deel van de werknemers betrokken stelling dat over de uitvoering van over de wijze van uitbetaling geen nadere afspraak tot stand is gekomen, onbegrijpelijk.

Naar mijn oordeel is een regeling getroffen die voor de betaling van het loon over de vakantiedagen tot 1 januari 2015 past binnen het systeem van de wet en die thans niet door partijen aantastbaar is. De werknemer die op grond van deze caotekst de vaststellingsovereenkomst heeft aanvaard, heeft in rechte geen mogelijkheid meer een andere wijze van berekenen van het vakantieloon te bepleiten of te vorderen.

8. Voor de berekening van het loon over de vakantieperiode vanaf 2015 is geen vaststellingsovereenkomst gesloten of finale kwijting verleend, zodat de vraag voorligt of de wijze van berekenen zoals voorzien in art. 7.1 lid 2 cao dient te worden herzien. Dat zal het geval zijn als de door de cao voorgeschreven berekeningswijze er toe leidt dat tijdens vakanties een lager inkomen wordt ontvangen, zodat de werknemer op grond van financiële afwegingen kan besluiten

om geen of minder vakantie op te nemen dan hij zou hebben gedaan als het gebruikelijke loon betaald zou worden tijdens vakantie. In dat geval is de bepaling in de cao wegens strijdigheid met richtlijn 2003/88 nietig, althans zo besliste de kantonrechter te Den Haag op 3 juni 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:6929). De vraag is of ook art. 7.1. lid 2 van de cao dat lot dient te ondergaan.

9. De werkgevers stellen dat de regeling in de cao tot stand is gekomen na zorgvuldig overleg en dat daarbij de discussie over de vraag welke toeslagen tot het 'normale loon' behoren is beslecht mede door deze berekeningsregel op de nemen. Daarmee stellen de werkgevers dat wellicht meer dan alleen het 'normale' loon in de berekening wordt betrokken, zodat de werknemers niets of minder tekortkomen dan uit de berekening van de werknemers volgt. Dit standpunt is door de werknemers niet bestreden, maar de aard van de vergoedingen doet vermoeden dat die gebruikelijk zijn en dienen te worden meegenomen bij de berekening van het vakantieloon. Ze behoren dus tot het normale loon (zie in dit verband A.M. Merks, ArbeidsRecht 2015/38). Wat in andere sectoren is afgesproken is in dit verband niet van belang.

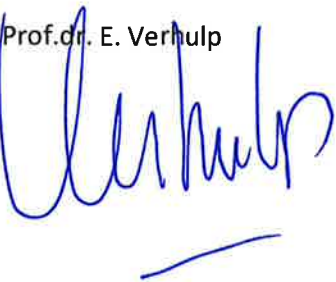
10. Gelet op de overwegingen van de A-G (hiervoor onder 3 geciteerd en vooral de laatste zin) meen ik dat tijdens vakanties in beginsel precies hetzelfde loon dient te worden betaald als tijdens de periode dat gewerkt wordt. Nu is ook het begrip 'precies' wat rekkelijk, maar naar mijn mening niet zo rekkelijk dat dat kan leiden tot een loonverschil van 11% van de toeslagen van het loon (waarvan ik de hoogte niet kan schatten, zodat het bij een indruk blijft). Partijen hebben geen inzicht gegeven in de hoogte van de bedragen. Hoe dan ook, ik acht de regeling in strijd met de richtlijn. Daarmee is de regeling ook in strijd met het bepaalde in art. 7:639 BW en dus wegens strijd met de wet nietig.

11. Overigens komt daarbij dat de in de cao voorziene regeling ook om andere redenen niet gelukkig lijkt. Zo geldt dat de in de cao voorziene regeling bepaald ongunstig kan uitpakken voor een werknemer die niet gedurende het hele referentiejaar in dienst is, omdat in de regeling geen rekening lijkt te zijn gehouden met het werken gedurende een deel van het jaar. Als dat zal worden opgelost door een pro rata berekening, leidt dat een gunstiger berekening voor de werknemer als hij na de vakantieperiode in dienst is getreden. Het berekeningsstelsel leidt ook tot ongerijmdheden als een werknemer besluit een kalenderjaar geen vakantie op te nemen om zo een langere vakantie het volgende jaar te genieten.

Ik adviseer daarom partijen om de berekening van het loon over de vakantieuren vanaf 1 januari 2015 aan te passen.

Utrecht, 12 augustus 2016,

Prof.dr. E. Verhulp



82. Zoals ik reeds aan het begin van mijn conclusie heb uiteengezet, heeft het begrip „normaal arbeidsloon” ook een temporele component. Als „normaal” kan in de gebruikelijke zin van het woord alleen iets worden aangeduid dat gedurende een bepaalde periode heeft voortgeduurd en waarnaar later ter vergelijking kan worden verwezen. De uitdrukking houdt in wezen in, zoals de Commissie(82) en verzoekers in het hoofdgeding(83) terecht opmerken, dat een op zich in de loop van de tijd regelmatig fluctuerend arbeidsloon wordt genivelleerd tot de hoogte van een gemiddeld loon. Om een „normaal arbeidsloon” vast te kunnen stellen, is, zoals door de partijen terecht wordt erkend, een *voldoende representatief referentietijdvak* vereist, waarvoor in het in casu relevante geval meerdere alternatieve tijdvakken in aanmerking komen. Eén mogelijkheid bestaat erin dat wordt uitgegaan van het concrete tijdvak waarin de werknemer vakantie heeft opgenomen en een hypothetisch gemiddeld loon wordt berekend, een andere dat wordt uitgegaan van een vroeger tijdvak waarin de werknemer ononderbroken heeft gewerkt en een gemiddeld loon wordt berekend. Beide mogelijkheden worden in de vierde vraag genoemd. Maar het zou evengoed denkbaar zijn een uniform vakantieloon voor de afzonderlijke categorieën van piloten te berekenen. In praktisch opzicht geniet echter geen van die benaderingen de voorkeur, aangezien zij alle zowel voor- als nadelen hebben. Zo heeft de eerste benadering het nadeel dat het niet altijd mogelijk is met zekerheid te bepalen welke taken de piloot die vakantie heeft opgenomen, in de betrokken periode waarschijnlijk zou hebben verricht, aangezien er al naar gelang van de Ausgangssituatie van kan worden uitgegaan dat de betrokken taak principieel ook door iedere andere piloot had kunnen worden verricht.(84) De tweede benadering zou wederom bij indienstneming van nieuwe piloten problemen kunnen opleveren, aangezien er dan geen reëel referentietijdvak is dat als grondslag kan dienen.(85) Niettemin zouden, zoals verzoekers in het hoofdgeding opmerken(86), de berekende bedragen bij de eerste en de tweede benadering in de praktijk in kwantitatief opzicht niet noemenswaardig van elkaar verschillen.

83. Bij nadere bestudering van de problematiek wordt duidelijk dat de door de partijen in hoofdgeding uitvoerig besproken voor- en nadelen van de respectieve benaderingen vooral betrekking hebben op de praktische kant van de omzetting van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Met andere woorden, eigenlijk gaat het om de vraag welke benadering beter geschikt is om het in het Unierecht verankerde recht doeltreffend te verwezenlijken. Het Hof dient in het kader van een prejudiciële verwijzing echter door middel van uitlegging vast te stellen welke juridisch bindende eisen het Unierecht aan het nationale recht tot omzetting ervan stelt(87), en in het kader van de rechterlijke samenwerking in te gaan op de hem door de nationale rechter voorgelegde juridische vragen. Tegen die achtergrond zou het Hof in de onderhavige zaak moeten vaststellen dat het Unierecht, zoals ook door verweerster in het hoofdgeding wordt benadrukt(88), geen bepaalde benadering voorschrijft.

84. Bij gebreke van gedetailleerde voorschriften van Unierecht moet ervan worden uitgegaan dat de bevoegdheid tot vastlegging van het relevante referentietijdvak en tot berekening van het overeenkomstige gemiddelde loon bij de lidstaten ligt. Overeenkomstig clause 3 van de Europese Overeenkomst respectievelijk artikel 7 van richtlijn 2003/88 zijn dan „de nationale wetten en/of gebruiken” doorslaggevend. Afhankelijk van de situatie in de betrokken rechtsorde is het aan de nationale wetgever de noodzakelijke uitvoeringsbepalingen vast te stellen, dan wel aan de sociale partners in collectieve onderhandelingen de voorwaarden te regelen op basis waarvan dit gemiddelde loon kan worden betaald.

85. Dit geldt ook voor het internationale arbeidsrecht, waaruit belangrijke beginselen hadden kunnen worden afgeleid. Gezien de tekst van artikel 7, lid 1, van IAO-verdrag nr. 132 moet weliswaar

principiële een gemiddeld loon worden vastgesteld, aangezien die bepaling uitdrukkelijk voorschrijft dat elke persoon die de in dat verdrag geregelde vakantie opneemt, voor de gehele duur daarvan ten minste haar normale of *gemiddelde* loon dient te ontvangen. Dat alternatief is kennelijk ingegeven door het streven rekening te houden met specifieke arbeidsverhoudingen waarin de werknemers geen normale beloning ontvangen. De bepaling regelt echter niet hoe dit gemiddelde loon moet worden berekend en vooral van welk referentietijdvak hierbij moet worden uitgegaan. In plaats daarvan verwijst zij naar de bevoegdheid in de afzonderlijke landen door te verklaren dat dit loon in elk land op een door de bevoegde instantie of een geschikte procedure te bepalen wijze moet worden berekend.

