

70

Centrale Raad van Beroep  
22 november 2017, nr. 14/4102 WW,  
ECLI:NL:CRVB:2017:4252  
(mr. Van der Kris, mr. Rottier, mr. Dijt)  
Noot mr. drs. A.M. Helstone

**Ruim loonbegrip. Werkgeversdeel pensioenpremie is onderdeel loon en onderdeel uitbetaling niet-genoten vakantiedagen.**

[WW art. 61 e.v.; BW art. 7:641]

*Het dienstverband van de werknemer is per 1 maart 2013 beëindigd. De werkgever is op 19 maart 2013 failliet verklaard. De werknemer heeft UWV verzocht de betalingsverplichtingen over te nemen. Daarbij is een geschil ontstaan over de hoogte van de vergoeding van de niet-genoten vakantiedagen. De werknemer stelt dat het aantal vakantiedagen niet juist is berekend, omdat UWV bij de loonberekening geen rekening heeft gehouden met het werkgeversdeel van de pensioenpremie. UWV en de rechtbank hebben het bezwaar van de werknemer ongegrond verklaard, omdat UWV voor het vaststellen van het aantal dagen heeft kunnen uitgaan van de urenregistratie van de werkgever. Ten aanzien van de pensioenpremie heeft de rechtbank*

*geoordeeld dat deze weliswaar onder het loonbegrip valt, maar dat de werknemer geen aanspraak kan maken op betaling aan hemzelf van die bijdrage, omdat het een bijdrage van de werkgever is aan het later door het pensioenfonds aan de werknemer uit te betalen pensioen.*

*De CRvB overweegt dat UWV een zelfstandige opdracht heeft om vast te stellen wat de omvang van de aanspraak van de werknemer op de werkgever is. UWV heeft terecht mogen uitgaan van de urenregistratie van de werkgever. Het hoger beroep van de werknemer op dit onderdeel slaagt dus niet. Wat betreft het meenemen van het werkgeversdeel van de pensioenpremie geldt dat de werknemer moet worden gebracht in een situatie die vergelijkbaar is met de situatie in een gewerkte periode. Een werknemer mag bij uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen niet in een nadeliger positie komen te verkeren dan bij in dienst blijven en het opnemen van de vakantiedagen. Bij opgenomen vakantiedagen moest de werkgever het werkgeversdeel van de pensioenpremie afdragen aan het pensioenfonds. Daarom is de werkgever ook over de niet-genoten vakantiedagen de werkgeversbijdrage pensioenpremie verschuldigd. Dat de pensioenpremie niet meer kan worden afgedragen aan het pensioenfonds waarbij de werknemer tijdens zijn dienstbetrekking was aangesloten en de betaling logischerwijs wordt gedaan aan de werknemer zelf, die met het verkregen bedrag zelf een voorziening zal moeten treffen, doet daar niet aan af.*

*NB. In de civiele rechtspraak is al eerder geoordeeld dat ook het werkgeversdeel van de pensioenpremie behoort tot het loon dat moet worden betaald over vakantiedagen. Zie «JAR» 2017/86. Een en ander volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in *Locke/British Gas* («JAR» 2014/163) en *Williams/British Airways* («JAR» 2011/279). Ook een onregelmatigheidstoeslag maakt deel uit van het vakantieloon («JAR» 2016/246).*

De werknemer te (...) (de werknemer),  
de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv),  
de Staat der Nederlanden (Ministerie van Justitie en Veiligheid).

Procesverloop  
(...; red.)

### Overwegingen

1.1. De werknemer is met ingang van 1 september 2009 in dienst getreden van (...) B.V. (de werkgever). Zijn arbeidsovereenkomst is per 1 juni 2012 opgezegd. In de loop van juni 2012 is de werknemer weer in dienst getreden van de werkgever. Dit dienstverband is per 1 maart 2013 beëindigd. Op 19 maart 2013 is de werkgever in staat van faillissement verklaard. De werknemer heeft het Uwv verzocht om in verband met de betalingsonmacht van de werkgever haar betalingsverplichtingen ten opzichte van hem over te nemen.

1.2. Bij besluit van 16 mei 2013 heeft het Uwv de zogenoemde faillissementsuitkering op grond van Hoofdstuk IV van de Werkloosheidwet (WW) vastgesteld, bestaande uit bedragen ter zake van loon, vakantiebijslag en niet-genoten vakantiedagen. Daarop is een door de werkgever betaald voorschot in mindering gebracht.

1.3. De werknemer heeft bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Het bezwaar was gericht tegen de vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen. Volgens de werknemer heeft het Uwv het aantal niet-genoten vakantiedagen over het jaar voorafgaande aan de opzegging (1 maart 2012 tot en met 28 februari 2013) niet juist berekend en is ook het loon dat het Uwv in aanmerking heeft genomen voor de berekening van de vergoeding over deze dagen niet juist. De werknemer is van mening dat bij toekenning van de faillissementsuitkering ook rekening moet worden gehouden met het werkgeversdeel van de pensioenpremie. Aangezien een werknemer tijdens zijn vakantie zijn normale loon ontvangt, dient de werknemer aan wie de vakantiedagen bij het einde van het dienstverband worden uitgekeerd, niet in een nadeliger positie te worden gebracht. De werknemer heeft ter onderbouwing van zijn standpunt verwezen naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) met name de arresten *Robinson-Steele e.a.*, HvJEU 16 maart 2006, ECLI:EU:C:2006:177 en *Williams-British Airways*, HvJEU 15 september 2011, ECLI:EU:C:2011:588 en naar een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam van 29 juni 2012 (ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1486).

1.4. Bij besluit van 4 november 2013 (bestreden besluit) heeft het Uwv het bezwaar van de werknemer tegen het besluit van 16 mei 2013 ongegrond verklaard. Met betrekking tot het aantal niet-genoten vakantiedagen is het Uwv, voor wat

betreft de periode van 1 maart 2012 tot en met 31 december 2012, uitgegaan van de opgave van de werkgever op het formulier “urenregistratie 2013”. Op dit formulier wordt als “restant 2012” vermeld 118,4 uur. Met betrekking tot de periode van 1 januari 2013 tot en met 28 februari 2013 heeft het Uwv het aantal opgebouwde maar niet-genoten vakantie-uren berekend op 53,33 uur. Het totale aantal niet-genoten vakantie-uren bedraagt daarmee volgens het Uwv 171,73 uur, hetgeen overeenkomt met 21,46 dagen. Het loon over de niet-genoten vakantiedagen heeft het Uwv als volgt berekend: € 5.250,= (brutoloon per maand) : 21,75 dagen = € 241,38 per dag x 21,46 (aantal niet-genoten vakantiedagen) x 1,08 (vakantietoeslag) = € 5.596,03. In hetgeen de werknemer in bezwaar heeft aangevoerd heeft het Uwv geen aanleiding gezien voor een andere berekening.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van de werknemer tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard. Met betrekking tot de berekening van het aantal niet-genoten vakantie-uren heeft de rechtbank geoordeeld dat het Uwv heeft kunnen uitgaan van de opgave in het formulier “urenregistratie 2013”. Met het Uwv was de rechtbank van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat dit formulier onjuistheden bevat. Ook overigens is volgens de rechtbank niet gebleken dat de berekening van het Uwv onjuistheden bevat. Met betrekking tot het in aanmerking te nemen loon heeft de rechtbank, voor zover hier van belang, geoordeeld dat de werkgeversbijdrage pensioenpremie weliswaar onder het loonbegrip van artikel 7:641 van het Burgerlijk Wetboek (BW) valt, maar dat de werknemer als werknemer thans geen aanspraak kan maken op betaling aan hemzelf van die bijdrage omdat het een bijdrage van de werkgever is aan het later door het pensioenfonds aan de werknemer uit te betalen pensioen.

3.1. Met betrekking tot het aantal niet-genoten vakantiedagen heeft de werknemer in hoger beroep gewezen op de door hem reeds in beroep in het geding gebrachte dagvaarding, welke heeft geleid tot het verstekvonnis van de rechtbank Gelderland van 10 april 2013 (C/06/136966/HA ZA 13-112). In dat vonnis heeft de rechtbank, voor zover hier van belang, de werkgever veroordeeld om aan de werknemer te betalen een bedrag van € 37.518,80. De werknemer bestrijdt niet dat hij over de periode van 1 januari 2013 tot en met 28 februari 2013 aanspraak had op het door het

Uwv berekende aantal van 53,33 niet genoten vakantiedagen, maar stelt dat hij over de periode van 1 maart 2012 tot en met 31 december 2012 recht heeft op 10/12 deel van de 28 vakantiedagen waarop hij jaarlijks recht heeft. Volgens de werknemer heeft hij weliswaar op 18 mei 2012 een halve vakantiedag opgenomen, maar moet deze halve dag worden toegerekend aan de oudste, nog niet gebruikte, vakantiedagen, daterend van voor 1 maart 2012. De conclusie is volgens de werknemer dat hij recht heeft op vergoeding van het maximum aantal vakantiedagen dat hij in een jaar kan verwerven, namelijk 28 vakantiedagen.

3.2. Met betrekking tot het in aanmerking te nemen loon over de niet-genoten vakantiedagen heeft de werknemer aangevoerd dat het loonbegrip van artikel 7:641 van het BW een ruim loonbegrip is hetgeen betekent dat daarin alle loonbestanddelen zijn begrepen die de werknemer zou hebben genoten als hij de vakantiedagen in vrije tijd zou hebben genoten onder doorbetaling van loon. Omdat de werknemer pensioen opbouwde waarvan de premie voor de helft door de werkgever werd betaald zou hij dat loonbestanddeel in de vorm van pensioenopbouw hebben genoten als hij zijn vakantiedagen zou hebben opgenomen. Dit betekent, aldus de werknemer, dat bij de uitbetaling van de vakantiedagen ook het werkgeversdeel van de pensioenpremie moet worden betrokken als in aanmerking te nemen loon. De werknemer heeft, naast de onder 1.3 vermelde arresten van het HvJEU, ook gewezen op het arrest *Lock-British Gas Trading Limited* (HvJEU 22 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:351).

3.3. Het Uwv heeft bevestiging van de aangevallen uitspraak bepleit. Volgens het Uwv heeft de werknemer niet aangetoond dat het door het Uwv berekende aantal niet-genoten vakantiedagen niet juist is. Met betrekking tot het door de werknemer genoemde verstekvonnis van de rechtbank Gelderland heeft het Uwv erop gewezen dat de werkgever niet als partij verweer heeft gevoerd en dat het vonnis van de rechtbank zeer summier is gemotiveerd. In een dergelijke situatie gaat het Uwv ervan uit dat hij een zelfstandige beoordelingsvrijheid heeft en zich niet zonder meer hoeft te baseren op dit vonnis. De werknemer heeft volgens het Uwv niet aangetoond dat hij recht had op meer vakantiedagen dan vermeld op het formulier “urenregistratie”.

3.4. Met betrekking tot het in aanmerking te nemen loon over niet-genoten vakantiedagen heeft het Uwv betoogd dat in het arrest *Williams-British Airways* is overwogen dat er een intrinsiek verband moet bestaan tussen de verschillende componenten van het loon en de uitvoering van de taken maar dat de vereiste intrinsieke samenhang tussen de taken van de werknemer en het werkgeversdeel pensioenpremie ontbreekt. Het Uwv heeft er verder op gewezen dat de verplichting van de werkgever om pensioenpremie af te dragen niet voortkomt uit de arbeidsovereenkomst maar uit het feit dat de werknemer verplicht deelnam aan het pensioenfonds, hetgeen maakte dat de werkgever tegenover het pensioenfonds – en niet tegenover de werknemer – verplicht was tot het betalen van (een deel van de) pensioenpremie. Volgens het Uwv definieert ook de Hoge Raad het loon als (de door de werkgever) aan de werknemer verschuldigde vergoeding ter zake van de bedongen arbeid. Ten slotte heeft het Uwv aangevoerd dat de werknemer zijn pensioendeelneming na afloop van het dienstverband niet kan voortzetten, zodat het ook om die reden niet voor de hand ligt om bij de afrekening van vakantiedagen het werkgeversdeel van de pensioenpremie te betrekken.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Tussen partijen is in geschil of het Uwv de omvang van het recht op uitkering op grond van hoofdstuk IV van de WW juist heeft vastgesteld. Het geschil spitst zich toe op de vergoeding van niet-genoten vakantiedagen over de periode van 1 maart 2012 tot en met 28 februari 2013. Partijen zijn het erover eens dat daarbij moet worden uitgegaan van het basisloon van € 5.250,= bruto per maand dat de werknemer verdiende aan het einde van zijn dienstverband bij de werkgever per 1 maart 2013, dat daarbij de vakantietoeslag van 8% moet worden opgeteld en dat het werknemersdeel van de pensioenpremie niet in mindering mag worden gebracht op het basisloon. Partijen verschillen uitsluitend van mening over het aantal niet-genoten vakantiedagen en over het antwoord op de vraag of het werkgeversdeel van de pensioenpremie over de niet-genoten vakantiedagen voor overname in aanmerking komt.

4.2. Voor de relevante bepalingen en de wijze waarop in een zaak als deze het loonbegrip moet worden uitgelegd wordt verwezen naar de uitspraak van de Raad van heden in de zaak ECLI:NL:CRVB:2017:4017.

### *Het aantal niet opgenomen vakantiedagen*

4.3.1. Anders dan in de in 4.2 genoemde zaak verschillen partijen in deze zaak ook van mening over het aantal niet-genoten vakantiedagen.

4.3.2. Het Uvw heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat hij bij de vaststelling van het aantal niet-genoten vakantiedagen niet gebonden is aan het verstekvonnis van de rechtbank Gelderland van 10 april 2013. Het Uvw heeft immers een zelfstandige opdracht om vast te stellen wat de omvang van de aanspraak van de werknemer op de werkgever is. De uitoefening van die bevoegdheid kan door de bestuursrechter zelfstandig worden beoordeeld. De werkgever is in de procedure van de rechtbank Gelderland die leidde tot het vonnis van 10 april 2013 niet als partij verschenen, er is door de werkgever geen verweer gevoerd en de rechtbank heeft slechts overwogen dat het door de werknemer gevorderde hem niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Dat vonnis geeft geen gemotiveerd oordeel over het aantal niet-genoten vakantiedagen van de werknemer over de periode 1 maart 2012 tot en met 28 februari 2013.

4.3.3. Het Uvw heeft het aantal niet-genoten vakantiedagen over de periode van 1 maart 2012 tot en met 28 februari 2013 op goede gronden vastgesteld op 21,46 dagen. Het aantal niet opgenomen vakantie-uren in de periode van 1 januari 2013 tot en met 28 februari 2013 is niet in geschil en bedraagt op basis van de berekening van het Uvw 53,33 uur. Met betrekking tot de periode van 1 maart 2012 tot en met 31 december 2012 heeft het Uvw mogen uitgaan van de opgave van de werkgever op het formulier “urenregistratie 2013”. De stelling van de werknemer dat over dit tijdvak sprake is van  $10/12 \times 28 = 23,33$  niet-genoten vakantiedagen, is niet met concrete gegevens onderbouwd. Dit betekent dat het hoger beroep van de werknemer op dit onderdeel niet slaagt.

### *Het werkgeversdeel van de pensioenpremie*

4.4.1. Zoals ook uit de in 4.2 genoemde uitspraak naar voren komt moet worden uitgegaan van een ruim loonbegrip, waarbij de werknemer wordt gebracht in een situatie die vergelijkbaar is met de situatie in een gewerkte periode. Een werknemer mag bij uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen niet in een nadeliger positie komen te verkeren dan bij in dienst blijven en het opnemen

van die vakantiedagen (vergelijk ook Gerechtshof Den Haag, 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:72).

4.4.2. Niet in geschil is dat de werkgever over het loon voor tijdens het dienstverband opgenomen vakantiedagen het werkgeversdeel van de pensioenpremie moest afdragen aan het pensioenfonds. Dit betekent dat de werkgever ook over de niet-genoten vakantiedagen de werkgeversbijdrage pensioenpremie verschuldigd is. Dit strookt ook met het in 4.4.1 genoemde uitgangspunt. Indien een werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat en hij tegenover zijn nieuwe werkgever aanspraak maakt op vakantie zonder behoud van loon over het tijdvak waarover hij nog aanspraak had op niet-genoten vakantiedagen van zijn oude werkgever, moet hij over die dagen het volledige loon kunnen genieten. Onderdeel van dat volledige loon is de opbouw van pensioen in de vorm van de werkgeversbijdrage pensioenpremie van zijn oude werkgever. Dat de pensioenpremie over de na te betalen vakantiedagen in verband met het einde van de dienstbetrekking en – daaraan gekoppeld – het einde van de pensioendeelneming niet meer kan worden afgedragen aan het pensioenfonds waarbij de werknemer tijdens zijn dienstbetrekking was aangesloten en de betaling logischerwijs wordt gedaan aan de werknemer zelf, die met het aldus verkregen bedrag zelf een voorziening zal moeten treffen, doet daar niet aan af.

4.4.3. Uit wat in 4.4.1 en 4.4.2 is overwogen volgt dat het Uvw verplicht is om ook de werkgeversbijdrage in de pensioenpremie van de werknemer over de niet-genoten vakantiedagen over te nemen in het kader van hoofdstuk IV van de WW. In wat door het Uvw is aangevoerd is geen grond gelegen voor een ander oordeel. Het hoger beroep van de werknemer slaagt op dit onderdeel.

4.5. De aangevallen uitspraak zal worden vernietigd. Doende wat de rechtbank zou behoren te doen, zal de Raad het beroep gegrond verklaren, het bestreden besluit vernietigen voor zover daarbij de vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen is bepaald op € 5.596,03 en het Uvw opdragen om, met inachtneming van deze uitspraak, een nieuw besluit te nemen op het bezwaar van de werknemer tegen het besluit van 16 mei 2013.

4.6. Met het oog op een voortvarende afdoening van het geschil, is er aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Algemene

wet bestuursrecht (Awb) te bepalen dat tegen het door het Uvw te nemen besluit slechts bij de Raad beroep kan worden ingesteld.

*Vergoeding immateriële schade in verband met overschrijding redelijke termijn*

5.1. In beginsel is de bestuursrechter niet gehouden te toetsen of de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden is overschreden wanneer in beroep niet over de duur van de procedure wordt geklaagd. In dit geval is dit anders, omdat de Raad het onderzoek op 30 maart 2016 heeft gesloten. Er was op 30 maart 2016 nog geen overschrijding van de redelijke termijn en deze was, uitgaande van de in artikel 8:66 van de Awb neergelegde termijn voor het doen van een schriftelijke uitspraak, ook niet te voorzien, zodat er voor de werknemer ook geen reden was daarover te klagen. Daarom oordeelt de Raad wegens de specifieke omstandigheden van dit geval ambtshalve of de redelijke termijn is overschreden en beoordeelt hij ambtshalve of een vergoeding van immateriële schade moet worden toegekend. In dit verband wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252, de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3354, de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:211 en de uitspraak van de Raad van 12 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:104.

5.2. De vraag of de redelijke termijn is overschreden, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij zijn van betekenis de ingewikkeldheid van de zaak, de wijze waarop de zaak door het bestuursorgaan en de rechter is behandeld, het processuele gedrag van de betrokkene gedurende de procesgang en de aard van de maatregel en het daardoor getroffen belang van de betrokkene, zoals ook uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens naar voren komt.

5.3. De redelijke termijn is voor een procedure in drie instanties in zaken zoals deze in beginsel niet overschreden als die procedure in haar geheel niet langer dan vier jaar heeft geduurd (zie de uitspraak van 26 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH1009). De behandeling

van het bezwaar mag ten hoogste een half jaar, de behandeling van het beroep ten hoogste anderhalf jaar en de behandeling van het hoger beroep ten hoogste twee jaar duren, terwijl doorgaans geen sprake is van een te lange behandelingsduur in de rechterlijke fase in haar geheel als deze niet meer dan drie en een half jaar heeft geduurd. De omstandigheden van het geval kunnen aanleiding geven een langere behandelingsduur te rechtvaardigen. Verder is in beginsel een vergoeding van immateriële schade gepast van € 500,= per half jaar of gedeelte daarvan, waarmee de redelijke termijn in de procedure als geheel is overschreden. 5.4. In het geval van de werknemer zijn vanaf de ontvangst door het Uvw op 29 mei 2013 van het tegen het besluit van 16 mei 2013 ingediende bezwaarschrift tot de datum van deze uitspraak, 22 november 2017, vier jaar en bijna zes maanden verstreken. Noch in de zaak zelf, noch in de opstelling van de werknemer zijn aanknopingspunten gevonden voor het oordeel dat in dit geval de totale lengte van de procedure meer dan vier jaar zou mogen bedragen. De redelijke termijn is dus met bijna zes maanden overschreden. De overschrijding van de redelijke termijn is geheel aan de bestuursrechter toe te rekenen. Dat leidt tot een schadevergoeding van € 500,= ten laste van de Staat der Nederlanden.

6. Er is aanleiding het Uvw te veroordelen in de kosten van de werknemer. Deze kosten worden begroot op kosten van rechtsbijstand in bezwaar van € 990,=, de kosten van rechtsbijstand in beroep van € 990,= en de kosten van rechtsbijstand in hoger beroep van € 990,=, in totaal € 2.970,=.

*Beslissing*

De Centrale Raad van Beroep

- vernietigt de aangevallen uitspraak;
- verklaart het beroep gegrond en vernietigt het besluit van 4 november 2013;
- draagt het Uvw op om een nieuw besluit op bezwaar van de werknemer te nemen met inachtneming van deze uitspraak en bepaalt dat beroep tegen dit besluit slechts bij de Raad kan worden ingesteld;
- veroordeelt de Staat der Nederlanden (Ministerie van Justitie en Veiligheid) tot betaling aan de werknemer van een vergoeding van schade tot een bedrag van € 500,=;
- veroordeelt het Uvw in de kosten van de werknemer tot een bedrag van € 2.970,=;

– bepaalt dat het Uvw aan de werknemer het door hem in beroep en in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal € 166,= vergoedt.

## NOOT

Deze uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) illustreert dat de vraag welke loonbestanddelen meetellen voor de grondslag van vakantieloon een onuitputtelijke bron van jurisprudentie oplevert. Telt het werkgeversdeel pensioenpremie mee voor het vakantieloon of niet? De CRvB beantwoordt deze vraag bevestigend.

Hoewel het geschil in deze zaak zich toespitst op de grondslag van vakantieloon onder de loongarantieregeling van het UWV bij faillissement, is het oordeel van de CRvB ook van belang voor de rechterlijke maatstaf in de civiele arbeidsrechtspraak. Ik stel hierbij voorop dat de loongarantieregeling (artikel 64 WW) uitgaat van subrogatie van het UWV in de rechten van de werknemer jegens de werkgever (artikel 66 WW); het UWV neemt de loonbetalingsverplichtingen van de werkgever ingeval van faillissement over.

De CRvB sluit aan bij het doel en de strekking van het recht op vakantie: hij stelt voorop dat moet worden uitgegaan van een ruim loonbegrip waarbij de werknemer niet in een nadeligere positie wordt gebracht dan als hij in dienst zou zijn gebleven (zie hiervoor r.o. 4.4.1). Daaraan doet niet af dat het werkgeversdeel pensioenpremie niet meer kan worden afgedragen aan een derde, i.e. het pensioenfonds (zie hiervoor r.o. 4.4.2) maar aan de werknemer zelf toekomt. De benadering van de CRvB sluit aan bij de benadering in de civiele arbeidsrechtspraak (zie hiervoor bijvoorbeeld Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:72 en Ktr. Amsterdam 29 juni 2012, «JAR» 2012/195, m.nt. H.J. Funke en Ktr. Groningen 28 februari 2017, «JAR» 2017/86). Ook in die zaken werd geoordeeld dat het werkgeversdeel pensioenpremie moet worden meegewogen voor de grondslag van het vakantieloon.

De onderhavige uitspraak nodigt uit tot nadere gedachtenvorming over de vraag welke maatstaf moet worden aangelegd voor de grondslag van het vakantieloon: in beginsel wordt aangenomen

dat het werkgeversdeel pensioenpremie niet onverkort tot het loon ex artikel 7:610 BW wordt gerekend. Op grond van artikel 7:610 BW kwalificeert loon immers als iedere vergoeding die door de werkgever als tegenprestatie van de werkzaamheden aan de werknemer wordt uitbetaald. In vergelijking met een looncomponent zoals de onregelmatigheidstoeslag – waarover in de afgelopen jaren de nodige rechtspraak is geweest (zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 13 september 2016, «JAR» 2016/246, m.nt. A.M. Helstone) en die doorgaans moet worden meegewogen voor het vakantieloon – ligt dan, strikt genomen, niet voor de hand om het werkgeversdeel pensioenpremie ook mee te wegen. Tegen deze achtergrond is het verweer van het UWV in deze zaak, inhoudende dat (i) een intrinsieke samenhang tussen het werkgeversdeel pensioenpremie en de werkzaamheden ontbrak en (ii) de pensioenpremie werd afgedragen aan het pensioenfonds en niet aan de werknemer zelf toe kwam, begrijpelijk. Hoe verhoudt deze benadering van de Nederlandse rechter zich tot de rechtspraak van het Hof van Justitie EU (HvJ EU) en het recht op een minimum van vier weken vakantie bij een voltijd dienstverband op grond van de Arbeidstijdenrichtlijn (artikel 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG)? Immers, de Nederlandse rechter moet bij het bepalen van de grondslag van het vakantieloon de criteria uit de rechtspraak van het HvJ EU toepassen op grond van richtlijnconforme interpretatie.

Vooralsnog heeft het HvJ EU zich over het meetellen van het werkgeversdeel pensioenpremie niet expliciet uitgelaten (dat heeft het HvJ EU wel gedaan over vaste toeslagen voor vliegreisen (Williams/British Airways («JAR» 2011/279) en provisie (Lock/British Gas («JAR» 2014/163)). Kuiper heeft er in zijn annotatie bij de uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 29 juni 2012 terecht op gewezen dat het meetellen van het werkgeversdeel pensioenpremie voor vakantieloon niet dwingend wordt voorgeschreven door het Europese recht (PJ 2013/30); artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn werkt immers niet uit welke looncomponenten moeten worden meegerekend voor het vakantieloon. De criteria voor de grondslag van vakantieloon zijn echter wel uitgewerkt in de hiervoor genoemde rechtspraak van het HvJ EU (voor een overzicht en een analyse verwijs ik naar A.M. Merks,

'De reikwijdte van het loonbegrip over vakantie-dagen', ArbeidsRecht 2015/38). In deze rechtspraak overwoog het HvJ EU dat een werknemer het recht op vakantie alleen zal kunnen uitoefenen als hij tijdens zijn vakantie in een situatie verkeert die qua totale beloning vergelijkbaar is met de situatie waarin hij zou werken. Zou dit niet het geval zijn, dan zou het recht op vakantie geen nuttig effect sorteren omdat het recuperatiedoel niet zou worden bereikt. Ratio hiervan is dat een lagere beloning een werknemer doorgaans zal ontmoedigen om gebruik te maken van zijn recht op vakantie omdat hij hierdoor financieel nadeel lijdt.

Uitgangspunt is dat de nationale rechter de structuur van de totale beloning zal moeten vaststellen maar dat "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" (zie hiervoor het Williams/British Airways-arrest, r.o. 23). Kort en goed: de intrinsieke samenhang met de werkzaamheden is in de totale beoordeling een belangrijk gezichtspunt, maar is niet doorslaggevend. Uiteindelijk gaat het om de totale beloning die vergelijkbaar is met de "economische omstandigheden" en de situatie waarin de werknemer zou werken. Deze uitspraak van de CRvB en de eerdergenoemde uitspraken van de civiele rechters over het meetellen van het werkgeversdeel pensioenpremie zijn in overeenstemming met de benadering van het HvJ EU.

Toch is de toepassing van de maatstaf van het HvJ EU in de praktijk niet eenvoudig. Waar ligt de grens van "vergelijkbare economische omstandigheden" om vast te stellen welke loonbestanddelen moeten worden meegewogen (waarbij incidentele kostenvergoedingen volgens het HvJ EU niet meetellen)? Daarnaast zijn er ook nog andere vragen, bijvoorbeeld de vraag of dergelijke loonbestanddelen ook moeten worden berekend over verlofuren die niet primair recuperatie tot doel hebben. Zo oordeelde het Hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2017:3563) recentelijk m.i. terecht dat een onregelmatigheidstoelage om die reden niet meetelt voor zogenaamde levensfasebudget-uren: die uren waren in dit geval niet gericht op recuperatie

maar om de werknemer in staat te stellen minder te werken in verband met de belasting die een bepaalde levensfase met zich brengt (bijvoorbeeld sabbatical, een reis of het volgen van een opleiding).

In het licht van deze vragen en nu het aantal procedures over de grondslag voor vakantieloon verder blijft groeien, is duidelijk dat we nog veel interessante ontwikkelingen in de Europese en Nederlandse rechtspraak tegemoet kunnen zien.

A.M. Helstone,  
advocaat en partner bij Stibbe