

ANNOTATIE

Verjaring van vakantieaanspraken in geval van schijnzelfstandigheid

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 29-11-2017, ECLI:EU:C:2017:914 (AR-2018-0055)

1. Inleiding

Conley King was meer dan dertien jaar werkzaam als ‘zelfstandige’. Pas toen hij met pensioen ging, vorderde hij vakantieloon en een vergoeding voor niet-opgenomen vakantiedagen. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat om te voorkomen dat de werkgever zich verrijkt, over de hele periode vakantievergoeding moet worden betaald. Het Engelse verjaringsrecht is in strijd met die uitkomst. De vraag is of dat ook zo is voor het Nederlandse recht.

2. De feiten

King heeft voor Sash Window Workshop (Sash WW) gewerkt op basis van een ‘contract als zelfstandige op commissiebasis’ van 1 juni 1999 tot zijn pensionering op 6 oktober 2012. Krachtens dat contract ontving King uitsluitend provisies. Hij kreeg geen loon uitbetaald tijdens de jaarlijkse vakantie die hij opnam. Bij het beëindigen van zijn dienstverband heeft King zijn werkgever verzocht om betaling van financiële vergoedingen voor zijn jaarlijkse vakantie, zowel die welke hij had opgenomen zonder behoud van loon als die welke hij niet had opgenomen, met betrekking tot heel het tijdvak waarin hij had gewerkt, te weten van 1 juni 1999 tot 6 oktober 2012. Sash WW heeft Kings verzoek afgewezen op de grond dat hij zelfstandige was.

3. Het geding in nationale instanties

King heeft beroep ingesteld bij de bevoegde rechter in het Verenigd Koninkrijk. Deze heeft King aangemerkt als ‘werknemer’ in de zin van Richtlijn 2003/88 zodat hij recht had op vakantieloon. In hoger beroep staat vast dat King een werknemer is in de zin van Richtlijn 2003/88 en recht heeft op vakantievergoeding voor zover het gaat om het vakantietegoed dat in het laatste referentiejaar is verworven en niet opgenomen. Ook het vakantieloon voor de daadwerkelijk opgenomen vakantie is niet verjaard. De rechter maakt gebruik van de

mogelijkheid in het toepasselijke Engelse recht om te bepalen dat de standaardvervaltermijn van drie maanden voor vakantieloon naar redelijkheid niet van toepassing is.

In geschil is nog of King ook recht heeft op vergoeding van vakantieloon voor de perioden dat hij geen vakantie heeft opgenomen. De vraag is of het recht op vakantie inmiddels is vervallen of niet. Volgens het toepasselijke Engelse recht kan de niet-opgenomen vakantie die verworven is in een bepaald jaar namelijk maar beperkt worden meegenomen naar volgende jaren. Zijn verzoek om een financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie met behoud van loon met betrekking tot de betrokken referentiejaar, is volgens de werkgever aldus verjaard. King voert daartegen aan dat het recht op financiële vergoeding voor niet-opgenomen vakantie pas is ontstaan op het tijdstip waarop het dienstverband is beëindigd, en dat zijn beroep dus tijdig is ingesteld.

In die omstandigheden heeft de Court of Appeal de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de vraag, kort gezegd, of artikel 7 Richtlijn 2003/88 meebrengt dat een werknemer wiens werkgever weigert loon te betalen tijdens een door hem opgenomen vakantie, onbeperkt recht houdt op de niet-opgenomen vakantiedagen en, bij einde dienstverband, vergoeding daarvan.

4. Beantwoording van de prejudiciële vragen

Het Hof stelt voorop dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie, dat uitdrukkelijk is verankerd in artikel 31 lid 2 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie. Ieder handelen of nalaten van een werkgever dat een werknemer ervan zou kunnen weerhouden zijn jaarlijkse vakantie op te nemen, is volgens het Hof onverenigbaar met het doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, namelijk het de werknemer in staat te stellen uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken. Daaronder valt het niet uitbetalen van vakantieloon. Daartegen moet krachtens artikel 47 van het Handvest een doeltreffende voorziening worden geboden. Die doeltreffende voorziening ontbreekt als de werknemer eerst zijn vakantie moet opnemen alvorens kan worden vastgesteld of hij voor die vakantie recht heeft op behoud van loon. Nationaal recht waarin deze eis wordt gesteld is dus niet in overeenstemming met het Europese recht.

De vraag is vervolgens in hoeverre het lidstaten vrijstaat om vakantieaanspraken te laten verjaren als de vakantie niet wordt opgenomen omdat de werkgever weigert vakantieloon te betalen. In eerdere uitspraken, met name Schultz-Hoff e.a. (HvJ EU 20 januari 2009, C|350/06 en C|520/06, ECLI:EU:C:2009:18) heeft het Hof zich al uitgesproken over het verval van vakantieaanspraken wanneer vakantie niet wordt opgenomen wegens redenen buiten de wil van de werknemer, in dat geval ziekte.

Volgens het Hof staat Richtlijn 2003/88 de lidstaten in beginsel niet toe te bepalen dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van een werknemer die belet was dat recht uit te oefenen, vervalt aan het einde van de referentieperiode en/of van een naar nationaal recht vastgestelde overdrachtsperiode (HvJ EU 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a., C|350/06 en

C|520/06, ECLI:EU:C:2009:18, punten 47 en 48). Daarenboven heeft een werknemer na einde dienstverband recht op een financiële vergoeding ter hoogte van het vakantieloon voor de niet-opgenomen vakantiedagen. In het geval van langdurige ziekte heeft het Hof echter bepaald dat een recht op cumulatie van vakantietegoed mag worden beperkt door middel van een overdrachtsperiode van vijftien maanden, bij het verstrijken waarvan het recht op dergelijke vakantie of de vergoeding daarvoor vervalt (HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761 (KHS/Schulte)). De vraag is of er in het onderhavige geval ook aanleiding is een dergelijke beperking van cumulatie van vakantieaanspraken toe te staan.

Aangezien het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet restrictief mag worden uitgelegd, moet een beperking ervan strikt noodzakelijk zijn. Van een dergelijke noodzaak is in de omstandigheden van dit geval geen sprake. De werkgever heeft niet, zoals in het geval van langdurige ziekte, te maken gehad met perioden van afwezigheid die moeilijkheden voor de arbeidsorganisatie hebben meegebracht. De werkgever heeft juist voordeel kunnen halen uit het feit dat de werknemer minder vakantie opnam. Daarbij is niet van belang dat de werkgever van mening was dat King geen recht had op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. De werkgever moet namelijk alle informatie vergaren met betrekking tot zijn verplichtingen ter zake. Evenmin is van belang of de werknemer vakantie heeft aangevraagd, aangezien het recht op vakantie niet van die voorwaarde afhankelijk kan worden gesteld.

Artikel 7 van Richtlijn 2003/88 moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen nationale bepalingen of praktijken die een werknemer beletten zijn rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon die hij gedurende opeenvolgende referentieperioden niet heeft uitgeoefend omdat zijn werkgever weigerde loon uit te betalen voor die vakantieperioden, over te dragen en, in voorkomend geval, te cumuleren tot het tijdstip van beëindiging van zijn dienstverband.

5. Commentaar

Artikel 7 Richtlijn 2003/88 EU bepaalt het volgende:

‘1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.

2. De minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband.’

Het Hof overweegt bijna standaard in uitspraken over artikel 7 dat het recht op vakantie een bijzonder belangrijk beginsel van gemeenschapsrecht betreft (o.a. HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356 (BECTU), r.o. 31; HvJ EU 20 januari 2009, C-350/06, ECLI:EU:C:2009:18 (Schultz-Hoff), r.o. 54). Beperkingen op het recht op vakantie zoals omschreven in artikel 7 Richtlijn 2003/88 EU legt het Hof doorgaans restrictief uit. Dat geldt in

ieder geval voor de in het artikel terug te vinden elementen, zoals het ontstaan van vakantierechten, het behoud van loon, en de mogelijkheid van afkoop van vakantiedagen. Het Hof heeft zich al een aantal malen uitgesproken over andere aspecten van het recht op vakantie waarover artikel 7 Richtlijn 2003/88 EU niets zegt, zoals het kunnen sparen of het laten vervallen of verjaren van vakantiedagen en de vaststelling van het tijdstip van opnemen van vakantie. Daarin kiest het Hof een minder strenge benadering, maar laat het de lidstaten ook niet helemaal vrij. De onderhavige uitspraak betreft het vervallen van vakantiedagen. In eerdere uitspraken gaf het Hof de lidstaten enige vrijheid om zelf te bepalen wanneer vakantiedagen vervallen, maar die vrijheid geldt blijkens deze uitspraak niet als werkgevers weigeren vakantierechten te erkennen.

In het navolgende wordt behandeld welke uitspraken het Hof eerder heeft gedaan over verval van vakantiedagen, en wordt vervolgens de onderhavige uitspraak daarmee vergeleken. Ten slotte bekijk ik wat de uitkomst van dezelfde casus naar Nederlands recht zou zijn geweest.

6. Verval van vakantieaanspraken

Het Hof laat de lidstaten als gezegd relatief vrij als het gaat om verval of verjaring van vakantieaanspraken. Zo mogen lidstaten bepalen dat vakantiedagen in een bepaalde referentieperiode moeten worden opgenomen, waarna ze kunnen vervallen. Voorwaarde voor het vervallen van vakantiedagen blijft echter dat de werknemers daadwerkelijk in de gelegenheid moeten zijn geweest om die vakantie op te nemen (HvJ 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (Schultz-Hoff)). Dit geldt ook voor werknemers die wegens verlof of ziekte geen vakantie konden opnemen tijdens de door de werkgever vastgestelde bedrijfsvakantie (HvJ 18 maart 2004, C-342/01, ECLI:EU:C:2004:160 (Merino Gomez); HvJ 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (Vicente Pereda)). Werknemers die met ziekteverlof zijn, kunnen niet altijd vakantie opnemen. Voor die categorie werknemers mag het recht op vakantie toch vervallen, zo bleek uit het Schulte-arrest (HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761 (KHS/Schulte)), mits de overdrachtsperiode de duur van de referentieperiode waarvoor zij wordt toegekend, wezenlijk overschrijdt. Een vervaltermijn van vijftien maanden na de referentieperiode van een jaar voldeed aan die voorwaarde (zie ook HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10, ECLI:EU:C:2012:263 (Neidel), op grond waarvan een overdrachtsperiode van negen maanden te kort was). Aldus worden werkgevers van langdurig zieke werknemers niet ook nog eens met een hoog oplopende vakantievergoeding geconfronteerd.

7. Vakantieaanspraken en de weigerachtige werkgever

In het geval van King was het probleem kennelijk niet dat hij geen vakantie kon opnemen op het door hem gewenste tijdstip. Uit de feiten blijkt dat hij wel in de gelegenheid was om af en toe vakantie op te nemen. Toch had hij gedurende zijn dienstverband niet het minimale wettelijke aantal opgenomen (vier weken vakantie bij een voltijds dienstverband). Hij had dit ook niet aangevraagd. Strikt genomen kon dus niet gezegd worden dat hij belet was geweest om vakantie op te nemen, en konden de niet-opgenomen dagen dus conform het toepasselijke

Engelse recht vervallen. De reden dat hij ze niet had opgenomen, was echter dat de werkgever weigerde vakantieloon te betalen, stellende dat King geen werknemer was. King heeft kennelijk afgewacht tot zijn pensionering om dit aan de orde te stellen, naar wij kunnen vermoeden omdat hij het voortduren van zijn baan niet in gevaar wilde brengen.

Uit de uitspraak blijkt dat het Hof het risico van een navordering van vakantieloon geheel bij de werkgever legt als die weigert vakantieloon te voldoen. De overdrachtsperiode van vijftien maanden die van toepassing was voor langdurig zieke werknemers, blijkt in dit geval niet te mogen worden toegepast. Als de werkgever weigert vakantieloon te betalen, moeten niet-opgenomen vakantiedagen blijven cumuleren tot (in voorkomend geval) het tijdstip van beëindiging van het dienstverband. Met andere woorden, de verjaring van vakantiedagen mag onder deze omstandigheden pas aanvangen op het moment dat het dienstverband eindigt. Door King was gesteld dat het toepasselijke Engelse recht in die zin moest (en kon) worden uitgelegd.

Van belang is dat van de werknemer niet wordt gevergd dat hij voor het einde van zijn dienstverband een poging doet de vakantiedagen op te nemen. Ook hoeft hij geen aanspraak te maken op doorbetaling van loon tijdens de vakantie. Zelfs wordt de werknemer in casu niet tegengeworpen dat hij op een gegeven tijdstip in de loop van zijn dienstbetrekking kennelijk een andere overeenkomst had kunnen aanvaarden, waarin wel was voorzien in een recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon (r.o. 50).

De ratio van deze uitspraak moet niet primair gezocht worden in de recuperatiefunctie, de functie die als gezegd centraal staat bij het recht op vakantie. In het al genoemde Schulte-arrest (HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761 (KHS/Schulte), r.o. 30-33) hechte het Hof belang aan de omstandigheid dat de gecumuleerde vakantiedagen in feite niet meer (geheel) ter recuperatie zouden dienen in het geval een langdurig zieke werknemer niet meer in staat is om vakantiedagen op te nemen. Dit woog mee in het oordeel dat een vervaltermijn van vijftien maanden na de referentieperiode van een jaar onder die omstandigheden redelijk was. Dit had in het onderhavige geval ook mee kunnen wegen bij het oordeel over de vraag of de aanspraak op een vergoeding voor de in dertien jaar niet opgenomen vakantie geheel of gedeeltelijk als verjaard mocht worden beschouwd. King ging immers met pensioen, waardoor de behoefte aan rust met behoud van loon er wellicht helemaal niet was, en bovendien is niet goed vol te houden dat vakantiedagen opgebouwd over een periode van meer dan dertien jaar geheel nodig zijn voor recuperatie. De reden dat het Hof toch de volledige aanspraak toekent is gelegen in de noodzaak om het recht op vakantieloon effectief te handhaven. Zou de aanspraak vervallen, dan kan de werkgever profijt hebben van het niet betalen van het vakantieloon, en dat heeft het Hof willen voorkomen. 'Indien werd aanvaard dat de werknemer in dergelijke omstandigheden zijn verworven rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon verliest, zou een handelwijze worden bekrachtigd waardoor de werkgever zich onrechtmatig verrijkt, en zou afbreuk worden gedaan aan de doelstelling van die richtlijn om de gezondheid van de werknemer te eerbiedigen', zo overweegt het Hof (r.o. 64).

8. Verjaring van vakantieaanspraken naar Nederlands recht

Een casus als die van King kan zich goed voordoen in Nederland. De werker die volgens de partijkwalificatie als opdrachtnemer heeft gewerkt, kan na afloop van het dienstverband stellen dat hij toch werknemer was in de zin van artikel 7:610 BW of in de zin van Richtlijn 2003/88, en niet-uitbetaald vakantieloon en een vergoeding voor niet-opgenomen vakantiedagen vorderen. In deze zaak was overigens niet aan de orde of King een werknemer was in de zin van het Europese Unierecht. De rechter had in hoger beroep als vaststaand aangenomen dat King werknemer was geweest naar Engels recht. Toch wil ik even stilstaan bij het werknemersbegrip van Richtlijn 2003/88. Het begrip ‘werknemer’ wordt niet gedefinieerd in de richtlijn, noch wordt verwezen naar de definitie van het begrip werknemer in de nationale wettelijke regeling. Hieruit volgt volgens het Hof dat het begrip werknemer voor de toepassing van Richtlijn 2003/88 niet naargelang van het nationale recht verschillend mag worden uitgelegd, maar een specifieke betekenis in het recht van de Unie heeft (HvJ EU 14 oktober 2010, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612 (Union syndicale Solidaires Isère), punt 28). Het moet worden omschreven aan de hand van objectieve criteria die, wat de rechten en plichten van de betrokkenen betreft, kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding. Het hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding is, aldus het Hof, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt. Denkbaar is dat de nationale rechter en het Hof van Justitie hier niet dezelfde invulling aan geven. In de Nederlandse jurisprudentie wordt bijvoorbeeld meer waarde gehecht aan de partijkwalificatie, zodat de nationale rechter van mening kan zijn dat een arbeidsverhouding geen arbeidsovereenkomst is, terwijl de werker wel voldoet aan het Europese werknemersbegrip. Als volgens het Hof van Justitie iemand een werknemer is, wordt niet het hele Nederlandse arbeidsrecht van toepassing, maar wel (onder andere) het recht op vakantie in Richtlijn 2003/88.

Voldoet alsdan het Nederlandse recht aan de eisen die het Hof van Justitie thans stelt?

Ten eerste de niet-opgenomen vakantie. Artikel 7:640a BW bepaalt dat de aanspraak op het wettelijke minimum aan vakantiedagen van artikel 7:634 BW (tegelijkertijd het Europese minimum) vervalt zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Deze zinsnede zou nog wel richtlijnconform geïnterpreteerd kunnen worden. De werknemer kan ‘redelijkerwijs niet in staat worden geacht’ vakantie op te nemen ingeval de werkgever weigert het vakantieloon te betalen. Richtlijnconform interpreteren lukt echter niet meer bij artikel 7:642 BW. Volgens dit artikel verjaart een rechtsovereenkomst tot toekenning van vakantie door verloop van vijf jaren na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. Dat is niet conform de uitleg van het Hof. Artikel 7 van Richtlijn 2003/88 moet immers aldus worden uitgelegd ‘dat het zich verzet tegen een nationale bepaling die een werknemer belet zijn rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon die hij gedurende opeenvolgende referentieperioden niet heeft uitgeoefend omdat zijn werkgever weigerde loon uit te betalen voor die vakantieperioden, over te dragen en, in voorkomend geval, te cumuleren tot het tijdstip van beëindiging van zijn dienstverband’.

Slechts een verjaring of verval van vakantierechten na beëindiging van het dienstverband is toegestaan in deze omstandigheden.

Ten tweede het niet-betaalde loon tijdens de reeds opgenomen vakantie. De prejudiciële vragen zagen niet op deze loonvordering, aangezien de Engelse rechter had geoordeeld dat dit wel verschuldigd was. Aannemelijk is echter dat het Hof desgevraagd volgens dezelfde redenering als weergegeven voor de vergoeding voor niet-opgenomen vakantie, zal menen dat ook dit vakantieloon verschuldigd is tot het tijdstip van beëindiging van het dienstverband. Derhalve rijst de vraag wanneer een vordering tot betaling van vakantieloon voor opgenomen vakantie verjaart naar Nederlands recht. Dit loon is verschuldigd uiterlijk een kwartaal na afloop van de vakantie (art. 7:623 BW) op straffe van de vertragingsrente van artikel 7:625 BW. Artikel 3:307 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. De verjaring kan worden gestuit door aanspraak te maken op uitbetaling, waarna de verjaringstermijn van vijf jaar opnieuw gaat lopen. De verjaring van het niet gestuite recht op vakantieloon dat langer dan vijf jaar onbetaald is gebleven, is waarschijnlijk in strijd met Richtlijn 2003/88. Ook hier geldt dat slechts een verjaring of verval van vakantierechten na beëindiging van het dienstverband is toegestaan in deze omstandigheden.

9. Conclusies

De eerste conclusie is dat werkverschaffers die werkers als 'opdrachtnemer' tewerkstellen, er rekening mee moeten houden dat deze werkers na beëindiging van de arbeidsverhouding in rechte kunnen stellen dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst, en alsdan niet alleen de bijbehorende ontslagbescherming maar ook het niet-betaalde vakantieloon c.q. de vergoeding kunnen vorderen.

Een tweede conclusie is dat artikel 7:642 en artikel 3:307 BW die vorderingen laten verjaren na vijf jaar. Artikel 7:642 BW is onder de omstandigheden zoals geschetst in strijd met het Europese recht, en datzelfde is wellicht het geval voor artikel 3:307 BW. Dat betekent dat de wetgever voor de tweede keer de taak heeft om binnen redelijke termijn de wetgeving inzake vakantie aan te passen, bij gebreke waarvan de Staat aansprakelijk is voor het verjaarde deel van de vorderingen (zie over de eerste keer ook mijn noot bij HR 18 september 2015, AR 2015-0897 (de Staat der Nederlanden/werkneemster)).

De casus nodigt ten slotte uit tot het doordenken van de regeling van verjaring van vorderingen ingeval deze zijn ontstaan op grond van dwingend recht waar de werkverschaffer zich niet aan heeft geconformeerd. In hoeverre is het terecht die verjaring ten nadele van de werknemer in te roepen, als hij met het opeisen van die dwingendrechtelijke bescherming zijn baan op het spel zet? Is er aanleiding om het uitgangspunt van het Hof van Justitie, dat de verjaringstermijn pas aanvangt na het einde van de arbeidsovereenkomst, door te trekken naar andere vorderingen? Met de groei van het aantal schijnzelfstandigen en andere schijnconstructies is een dergelijke doordenking geen overbodige luxe.