

ARTIKEL

An all-European holiday?

De vakantieregeling in de Arbeidstijdenrichtlijn en het Burgerlijk Wetboek

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

1 Inleiding

1.1 Achtergrond

Het recht op vakantie is inmiddels niet meer weg te denken uit het arbeidsrecht. In de huidige tijd is het algemeen aanvaard dat niet alleen het leveren van goede prestaties op het werk noodzakelijk is, maar dat het ook goed is te zorgen voor perioden van ontspanning en rust. Het recht op vakantie voor de werknemer heeft een plaats verworven in het Europees recht: de Arbeidstijdenrichtlijn, die in 1993 tot stand is gekomen¹ en in 2003 is geconsolideerd,² draagt in artikel 7 de lidstaten op maatregelen te nemen om aan werknemers jaarlijks ten minste vier weken vakantie toe te kennen met behoud van loon. Het recht op vakantie wordt zo fundamenteel gevonden dat het eveneens een plaats verworven heeft in artikel 31 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.³

Arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/Europese Unie (hierna: Europese Hof van Justitie of het Hof) over de Arbeidstijdenrichtlijn trekken regelmatig binnen en buiten de juridische wereld sterk de aandacht en, belangrijker nog, kleuren het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon verder in. Het recht op vakantie wordt in Nederland dan ook in vergaande mate ingekaderd door Europees recht en rechtspraak. De Nederlandse wetgeving kent als het om het recht op vakantie gaat echter ook nog steeds haar eigen eigenaardigheden.

1.2 Probleemstelling en wijze van behandeling

We gaan in deze bijdrage in op de verhouding tussen het Europese en het Nederlandse recht op vakantie. Wat betekenen de Europese regelgeving en rechtspraak voor het recht op jaarlijkse vakantie van de Nederlandse werknemer, op welke punten is het Nederlandse recht geharmoniseerd en op welke punten, wellicht ten onrechte, (nog) niet? Er wordt daarbij onder andere aandacht besteed aan het feit

1 Zie Richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeid, PbEG 13 december 1993, L 307, p. 18-24.

2 Zie Richtlijn 2003/88/EG van het Europese Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeid, PbEU 18 november 2003, L 999, p. 9-19.

3 Zie PbEG 18 december 2000, C 364, p. 1-22; PbEU 14 december 2007, C-303, p. 1-16.

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

dat ondanks dat regelmatig wordt gepoogd de Nederlandse wetgeving in overeenstemming te brengen met de in de Arbeidstijdenrichtlijn neergelegde normering, het de vraag is of dat op alle punten steeds lukt.

Vorenstaande gebeurt aan de hand van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie op het terrein van deze vakantieregeling en de wijze waarop de Nederlandse wetgever en de rechtspraak hiermee omgaan. Alvorens nader kan worden ingegaan op de materiële aspecten van de vakantieregeling in de Arbeidstijdenrichtlijn, moet worden nagegaan wat het toepassingsbereik van de Arbeidstijdenrichtlijn is en wat het begrip ‘vakantie’ nu precies behelst. Dat gebeurt in de parafen 2 en 3. In de paragrafen 4 en 5 komt vervolgens aan de orde welke nadere invulling er voor ‘vakantie’ geldt overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken, en wat de ‘Nederlandse invulling’ is van het recht op vakantie enerzijds en de richtlijn en de Europese rechtspraak anderzijds. In paragraaf 6 staat de voorwaarde dat het bij het recht op vakantie gaat om vakantie met behoud van loon centraal. Daarna wordt in paragraaf 7 het onderwerp vakantieaanspraken en ziekte behandeld. Het verval van vakantieaanspraken is het onderwerp van paragraaf 8. In paragraaf 9 gaat het over de afkoop van vakantieaanspraken, waarbij ook het verschijnsel ‘all-in uurloon’ wordt behandeld, en wat er gebeurt met de vakantieaanspraken na het overlijden van de werknemer, waarbij de positie van de erfgenamen aan de orde komt. De bijdrage wordt afgesloten met een slotbeschouwing.

2 Het begrip ‘vakantie’ en het materiële toepassingsbereik van de Arbeidstijdenrichtlijn

2.1 Inleiding

Op grond van artikel 1 lid 2 onderdeel a is de Arbeidstijdenrichtlijn onder meer van toepassing op de ‘minimale dagelijkse en wekelijkse rusttijden’ en de ‘minimale jaarlijkse vakantie’, alsmede op de ‘pauzes’ en de ‘maximale wekelijkse arbeidstijd’. Daarmee is de materiële reikwijdte van de richtlijn, namelijk de arbeidstijd, rusttijd en vakantie, aangegeven, dus het onderwerp van de richtlijn. Vervolgens geeft de Arbeidstijdenrichtlijn aan wat de begrippen ‘arbeidstijd’ en ‘rusttijd’ inhouden.

2.2 De begrippen ‘arbeidstijd’ en ‘rusttijd’

Artikel 2 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn omschrijft ‘arbeidstijd’ als ‘de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken’. Die laatste zinsnede is wat misleidend. Het element ‘overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken’ moet echter niet zo worden opgevat dat het de lidstaten veel ruimte zou bieden voor een afwijkende regeling; de reikwijdte

ervan is namelijk beperkt. Dat blijkt wel uit het BECTU-arrest⁴ van het Europese Hof van Justitie uit 2001:

‘Blijkens het voorgaande moet het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van elke werknemer worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht, waarvan niet mag worden afgeweken en waaraan de bevoegde nationale autoriteiten slechts uitvoering mogen geven binnen de uitdrukkelijk in richtlijn 93/104 zelf opgesomde grenzen.’⁵

Interessant in de overweging is de verwijzing naar ‘een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht’.⁶ Dit beginsel is niet gebaseerd op de Arbeidstijdenrichtlijn, maar is afgeleid van artikel 31 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zonder dat het Europese Hof van Justitie daar overigens direct naar verwijst.⁷

Vervolgens geeft het Hof in het BECTU-arrest aan dat op grond van artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn niet wordt toegestaan dat een nationale regeling het ontstaan van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon afhankelijk stelt van de vervulling van een voorwaarde, waardoor bepaalde werknemers van dit recht worden uitgesloten.⁸ Wat wel mag op nationaal niveau waar het gaat om het element ‘overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken’, is het vaststellen van de toepassingsmodaliteiten van dat recht, maar wel binnen de grenzen die uitdrukkelijk in de Arbeidstijdenrichtlijn zelf zijn opgesomd (zie paragraaf 5).⁹

In het Jaeger-arrest,¹⁰ dat betrekking heeft op de arbeidstijd tijdens een aanwezigheidsdienst, heeft het Europese Hof van Justitie deze redenering uit het BECTU-arrest nog eens bevestigd:

‘De omstandigheid dat de definitie van het begrip arbeidstijd naar de nationale wetten en/of gebruiken verwijst, betekent derhalve niet dat de lidstaten eenzijdig de strekking van dit begrip kunnen bepalen.’¹¹

Het Hof voegt daaraan vervolgens toe dat de lidstaten dan ook geen enkele voorwaarde mogen verbinden aan het recht van de werknemers dat de voorschriften over de arbeidstijd en van de desbetreffende rusttijd ten aanzien van hen worden

4 Zie hierover o.a.: I. van der Steen, Arrest BECTU: communautaire beginselen van sociaal recht, NTER 2001, p. 228-232; T. Barkhuysen & A.W. Bos, De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht, JBplus 2011, p. 3-34.

5 Zie HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU) (r.o. 31).

6 Zie ook: HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01, (Merino Gómez); HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (Robinson-Steele).

7 Zie ook: Van der Steen 2001, p. 231.

8 Zie HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU) (r.o. 52). Zie hierover o.a.: M.K. Bulterman, Het EU-Grondrechtenhandvest – de balans tussen Nice en Laken, NTER 2001, p. 164-166; T. van Peijpe, Toepassing EU-grondrechten in het arbeidsrecht, TRA 2012/10, p. 15-18.

9 Zie HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU) (r.o. 53).

10 Zie HvJ EG 9 september 2003, C-151/02 (Jaeger), JAR 2003/226.

11 Zie HvJ EG 9 september 2003, C-151/02 (Jaeger), JAR 2003/226 (r.o. 59).

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

nageleefd, aangezien dat recht rechtstreeks uit de bepalingen van de richtlijn voortvloeit. Elke andere uitleg ondermijnt namelijk de doelstelling van de Arbeidstijdenrichtlijn om de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers door middel van minimumvoorschriften te harmoniseren.¹² Het begrip ‘arbeidstijd’ wordt dus in vergaande mate ingevuld door het Europees recht.

Op de omschrijving van het begrip ‘rusttijd’ hoeft niet uitgebreid te worden ingegaan. Dit begrip spreekt voor zichzelf, omdat het is afgeleid van het begrip ‘arbeidstijd’. Artikel 2 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn stelt namelijk dat rusttijd ‘de tijd is die geen arbeidstijd is’. In het Jaeger-arrest heeft het Europese Hof van Justitie uitdrukkelijk aangegeven dat de begrippen ‘arbeidstijd’ en ‘rusttijd’ elkaar uitsluiten.¹³

2.3 De begrippen ‘pauze’ en ‘minimale jaarlijkse vakantie’

Als het over het materiële toepassingsbereik van de Arbeidstijdenrichtlijn gaat, valt verder op dat in artikel 1 lid 2 onderdeel a uitdrukkelijk sprake is van ‘dagelijkse en wekelijkse rusttijd’ en ‘maximale wekelijkse arbeidstijd’. Dit is in lijn met de omschrijvingen van de beide begrippen ‘arbeidstijd’ en ‘rusttijd’. De vraag daarbij is echter hoe het zit met de begrippen ‘pauze’ en ‘minimale jaarlijkse vakantie’. Om daarop een antwoord te vinden moet worden gekeken in artikel 4 Arbeidstijdenrichtlijn. Dat artikel schrijft voor dat in geval de dagelijkse arbeidstijd meer dan zes uren bedraagt, de werknemer een pauze moet hebben. Artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn geeft aan dat een werknemer recht heeft op een jaarlijkse vakantie van ten minste vier weken. De richtlijn formuleert derhalve wel een recht, maar een nadere omschrijving van de begrippen ‘pauze’ en ‘vakantie’ ontbreekt.

De Europese wetgever vindt de betekenis van deze begrippen kennelijk zo vanzelfsprekend dat een nadere aanduiding niet nodig wordt geacht. In het merendeel van de gevallen is inderdaad duidelijk wat onder de genoemde begrippen moet worden verstaan, maar toch zijn deze begrippen niet zo eenduidig als het lijkt. Om een voorbeeld te noemen: wanneer het over het begrip ‘vakantie’ in artikel 7:634 Burgerlijk Wetboek (BW) gaat,¹⁴ rijst regelmatig de vraag wat nu wel en wat niet onder dat begrip valt. Zo worden in ons land algemeen erkende christelijke feestdagen en die rooms-katholieke en protestants-christelijke feestdagen waarop plaatselijk vrijaf wordt gegeven met behoud van loon, niet gerekend tot ‘vakantie’. Dat geldt ook voor de zogenoemde ‘roostervrije dagen’.¹⁵

12 Zie HvJ EG 9 september 2003, C-151/02 (Jaeger), JAR 2003/226 (r.o. 59). Zie ook: HvJ EG 12 november 1996, C-84/94 (Verenigd Koninkrijk/Europese Raad), Jurispr., p. I-5755 (r.o. 45 en 75).

13 Zie HvJ EG 9 september 2003, C-151/02 (Jaeger), JAR 2003/226 (r.o. 48). Zie ook: HvJ EG 3 oktober 2000, C-303/98 (Simap), JAR 2000/251 (r.o. 47).

14 Zie Kamerstukken II 1962/63, 7168, , p. 7.

15 Zie J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht deel 1. De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen 2013, p. 246.

Daarentegen is het begrip ‘pauze’ in de Arbeidstijdenwet (Artw)¹⁶ wel omschreven. Op grond van artikel 1:7 onderdeel e Artw is een pauze ‘een periode van ten minste 15 achtereenvolgende minuten, waarmee de arbeid tijdens de dienst wordt onderbroken en de werknemer geen enkele verplichting heeft ten aanzien van de bedongen arbeid’. Als dan de omschrijving van het begrip ‘dienst’ in artikel 1:7 onderdeel c Artw in ogenschouw wordt genomen, namelijk ‘een aaneengesloten periode waarin arbeid wordt verricht en die gelegen is tussen twee opeenvolgende onafgebroken rusttijden van ten minste 8 uren’,¹⁷ wordt duidelijk dat het bij een pauze gaat om een rustperiode. Het belang van de omschrijving van het begrip ‘pauze’ is dat daarmee een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de onderbreking van de arbeid door een pauze en de dagelijkse en wekelijkse onafgebroken rusttijd. Dat betekent dat een pauze niet direct aan het begin of het einde van een dienst kan worden geplaatst.¹⁸

In ieder geval moeten de ‘pauze’ en ‘minimaal jaarlijkse vakantie’ beide onder het begrip ‘rusttijd’ worden gerangschikt. Voor zover dat nog niet duidelijk blijkt uit de Arbeidstijdenrichtlijn, komt dat – zij het nog wat zuinig – naar voren in het in 2006 gewezen FNV-arrest:

‘dat de werknemer in normale omstandigheden in het belang van een doeltreffende bescherming van zijn veiligheid en gezondheid daadwerkelijke rust moet kunnen genieten (...)’.¹⁹

Duidelijker over het begrip ‘vakantie’ is het in 2009 gewezen Pereda-arrest. In dat arrest geeft het Europese Hof van Justitie duidelijk aan wat vakantie is:

‘Vaststaat dat het doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon is, de werknemer in staat te stellen uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken.’²⁰

De uitleg die hier wordt gegeven aan het begrip ‘vakantie’ in de zin van artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn, is niets meer of minder dan een periode waarin de werknemer kan rusten en over vrije tijd kan beschikken om te kunnen ontspannen. Het moet dan wel gaan om ‘daadwerkelijke rust’,²¹ zoals dat ook in het FNV-arrest al eerder naar voren is gekomen. De uitleg die aan het begrip ‘vakantie’ wordt gegeven, verschilt van het begrip ‘verlof’. Het is van belang dat verschil te markeren.²² Bij verlof draait het niet om ‘ontspanning’ en ‘vrije tijd’, maar om het

16 Zie wet van 23 november 1995, houdende bepalingen inzake arbeids- en rusttijden, Stb. 1995, 598.

17 Zie voor een kritische beschouwing: J. van Drongelen & D.J.J. Korver, De vernieuwde Arbeidstijdenwet, Deventer 2007, p. 21-22; J. van Drongelen, Arbeidsomstandighedenrecht Deel 1. Een introductie, Zutphen 2010, p. 136.

18 Zie Van Drongelen 2010, p. 144.

19 Zie HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 29).

20 Zie HvJ EG 10 september 2009, C-277/08 (Pereda), JAR 2009/253 (r.o. 21).

21 Zie HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01 (Merino Gómez), Jurispr., p. I-2605 (r.o. 30).

22 Zie Van Drongelen & Fase 2013, p. 245.

beschikbaar krijgen van tijd om aan een bepaalde verplichting te voldoen die niet voortvloeit uit de arbeidsrelatie. Dat laat overigens onverlet dat verlof in veel gevallen wel een voorwaarde is voor het kunnen deelnemen aan het arbeidsproces, doordat het hierdoor mogelijk is om arbeid en zorg te combineren. Vormen van verlof zijn onder andere het calamiteiten- en ander kortverzuimverlof, zwangerschaps- en bevallingsverlof, ouderschapsverlof, palliatief verlof, rouwverlof, verlof voor scholing en vorming, en het zogenoemde ‘politiek verlof’.²³ De begrippen ‘vakantie’ en ‘verlof’ worden, ondanks het feit dat het geen synoniemen betreft, vaak door elkaar gebruikt.²⁴ Dat kan voor onnodige verwarring en onduidelijkheid zorgen. Die verwarring wordt helemaal groot wanneer er wordt gesproken van ‘vakantieverlof’, zoals bijvoorbeeld in het Schultz-Hoff-arrest gebeurt.²⁵

3 Het toepassingsbereik van de Arbeidstijdenrichtlijn

In paragraaf 2 is het *materiële* toepassingsbereik van de Arbeidstijdenrichtlijn aan de orde geweest. Een andere vraag is op *wie* de Arbeidstijdenrichtlijn van toepassing is. Voor de beantwoording van deze vraag moet worden teruggevallen op de omschrijving van het begrip ‘arbeidstijd’. In die omschrijving komen wel de begrippen ‘werknemer’ en ‘werkgever’ voor, maar er wordt niet nader aangegeven wat daarmee precies wordt bedoeld. Wel is aangegeven wat de relatie tussen hen is; de werknemer staat ter beschikking van de werkgever en oefent zijn werkzaamheden en functie uit. Voor de betekenis van het begrip ‘werknemer’ ligt het voor de hand om terug te vallen op het werknemersbegrip van artikel 45 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).²⁶

Volgens vaste rechtspraak²⁷ heeft dit begrip ‘werknemer’ een autonome betekenis, mag het niet restrictief worden uitgelegd, maar moet het voldoen aan objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding. ‘Werknemer’ is iedereen die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn. Volgens vaste rechtspraak is kenmerkend voor de arbeidsverhouding dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning (vergoeding). Deze omschrijving wijkt dus af van de aanduiding die in het begrip ‘arbeidstijd’ van de Arbeidstijdenrichtlijn is gebruikt, waarbij de nadruk ligt bij het ter beschikking staan van de werkgever en het uitoefenen van zijn werkzaamheden of functie. Het is echter duidelijk dat voor de beoordeling of

23 Zie Van Drongelen & Fase 2013, p. 245.

24 Zie Push verkoop vakantiedagen, Sociale Zaken Actueel 5 juli 2013.

25 Zie HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff), JAR 2009/58 (r.o. 30-31).

26 Zie Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Zie voor een geconsolideerde versie: PbEU 30 maart 2010, C-83, p. 47-199. In het VWEU staat wat de bevoegdheden zijn van de Europese Unie, en op welke manier de Europese Unie die bevoegdheden kan uitoefenen. Dit verdrag vormt samen met het Verdrag betreffende de Europese Unie de basis van de Europese Unie.

27 Zie o.a.: HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (Lawrie-Blum), Jurispr., p. 2121 (r.o. 16 en 17); HvJ EG 23 maart 2004, C-138/02 (Collins), Jurispr., p. I-2703 (r.o. 26); HvJ EG 7 september 2004, C-456/02 (Trojani), Jurispr., p. I-7573 (r.o. 15).

iemand als werknemer moet worden gekwalificeerd, geen onderscheid moet worden gemaakt tussen degenen die werkzaam zijn in de private sector en ambtenaren die werkzaam zijn in de publieke sector. Beide groepen kunnen worden gekwalificeerd als werknemer. Dat is door het Europese Hof van Justitie wat betreft de Arbeidstijdenrichtlijn in 2010 bevestigd in het arrest *Personalrat der Feuerwehr Hamburg* als het gaat om een gemeenteamtenaar die werkzaam is bij de brandweer,²⁸ en in het arrest *Antonino Accardo e.a.*,²⁹ waar het gaat om activiteiten van de gemeentepolitie die in normale omstandigheden worden uitgeoefend. Met andere woorden: de Arbeidstijdenrichtlijn is van toepassing op iedere werknemer,³⁰ en voor de toepasselijkheid van de Arbeidstijdenrichtlijn maakt het daarbij niet uit of iemand in de private of publieke sector werkzaam is.

4 Het recht op vakantie

4.1 De 'Europese vakantie'; ruim en uniform

Artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn kent dus aan werknemers een jaarlijkse vakantie toe en bevat een ruim werknemersbegrip. In het al eerder genoemde BECTU-arrest heeft het Europese Hof van Justitie ook anderszins een indicatie gegeven over de ruime reikwijdte van artikel 7 lid 1, specifiek over de 'werknemer' die het recht op de jaarlijkse vakantie heeft. Het Hof wijst erop dat dit artikellid:

'(...) geen onderscheid [maakt] tussen werknemers met een overeenkomst van onbepaalde duur en werknemers met een overeenkomst van bepaalde duur. Integendeel, wat meer bepaald de in afdeling II van deze richtlijn opgenomen bepalingen inzake de minimumrusttijden betreft, deze hebben meestal betrekking op "alle werknemers". Dit geldt inzonderheid voor het in artikel 7, lid 1, van deze richtlijn neergelegde recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.'³¹

Met deze uit 2009 stammende benadering van het werknemersbegrip is het standpunt dat het Europese Hof van Justitie in het *Schultz-Hoff*-arrest naar voren brengt niet zo verbazingwekkend:

28 Zie HvJ EG 14 oktober 2010, C-243/09 (*Personalrat der Feuerwehr Hamburg*) *Jurispr.*, p. I-7111 (r.o. 57-59).

29 Zie HvJ EU 21 oktober 2010, C-227/09 (*Antonino Accardo e.a., Fabrizio Lacognata e.a./Comune di Torino*), *JAR* 2010/316 (r.o. 39).

30 Het Europese recht op vakantie wordt ook van belang geacht voor gedetacheerde werknemers, zoals in paragraaf 2.2 al is uiteengezet. Het HvJ EU heeft met betrekking tot het recht op vakantie voor dit type werknemers in februari 2015 verduidelijkt dat het minimum vakantiegeld dat overeenkomstig artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn aan de werknemer moet worden toegekend voor het minimumaantal betaalde vakantiedagen, overeenkomt met het minimumloon waarop die werknemer in de referentieperiode recht heeft. Zie HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13 (*Sähköalojen ammattiliitto ry/Elektrobudowa Spółka' Akcyjna*), nog niet gepubliceerd (r.o. 69).

31 Zie HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU), *JAR* 2001/158 (r.o. 46).

(...) Dit recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, dat volgens de in punt 22 van dit arrest genoemde rechtspraak moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht, wordt dus toegekend aan alle werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand.³²

Artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn, zo blijkt, is van toepassing op ‘alle werknemers’; dat wil zeggen dat er geen onderscheid kan worden gemaakt naar de gezondheidstoestand van de werknemer of de duur van de arbeidsovereenkomst (aangegaan voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd). Deze lijn doortrekkend kan er dan ook geen onderscheid worden gemaakt naar de omvang van de arbeidsduur (voltijd of deeltijd). Het recht op vakantie wordt dus ruim uitgelegd en uniform toegepast voor de hiervoor genoemde verschillende categorieën werknemers.

In dat kader valt het arrest Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols van het Europese Hof van Justitie van april 2010³³ bijzonder op. In dit arrest heeft het Hof uitgesproken dat bij een wijziging van de omvang – in de zin van een vermindering – van het aantal arbeidsuren de vakantieaanspraken van betrokkene in die zin worden aangepast dat deze worden berekend op basis van de verminderde arbeidsomvang (deeltijdaanstelling). Dit terwijl er sprake is van vakantieaanspraken die zijn opgebouwd voorafgaand aan de vermindering van het aantal arbeidsuren, maar die de werknemer niet heeft kunnen opnemen. De consequentie van dit arrest is dat voor de werknemer in kwestie de vakantieaanspraken die hij heeft verworven tijdens de voltijd arbeidsduur, maar niet heeft kunnen opnemen, desalniettemin worden aangepast en berekend op basis van de verminderde arbeidsomvang. Dat brengt met zich strijdigheid met de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, die is opgenomen in de bijlage bij de zogenoemde Deeltijdrichtlijn.^{34, 35} Deze raamovereenkomst is geïmplementeerd in artikel 7:648 BW. Dat brengt met zich dat strijdigheid op grond van artikel 7:648 lid 3 BW leidt tot nietigheid.

4.2 De implementatie van het Europese recht op vakantie in de Nederlandse wetgeving

In artikel 7:634 BW wordt dezelfde benadering als in artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn gehanteerd. In lid 1 van artikel 7:634 BW wordt eenvoudig gesteld dat de werknemer over elk jaar waarin hij gedurende de volledige overeengekomen arbeidsduur recht op loon heeft gehad, aanspraak maakt op vakantie van ten minste viermaal de overeengekomen arbeidsduur per week, of bij een overeengekomen arbeidsduur per jaar ten minste een overeenkomstige tijd. In lid 2 van artikel

32 Zie HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff), JAR 2009/58 (r.o. 54).

33 Zie HvJ EG 22 april 2010, C-486/08 (Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols), JAR 2010/129.

34 Zie Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, PbEG 20 januari 1998, L 14, p. 9-14. Zie hierover o.a.: S. Burri, De EG-richtlijn over deeltijdarbeid: een impuls voor Nederland?, SR 1998, p. 141-150.

35 Zie HvJ EG 22 april 2010, C-486/08 (Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols), JAR 2010/129 (r.o. 35).

7:634 BW is een regeling opgenomen die regelt dat wanneer de werknemer in kwestie maar over een deel van het jaar recht op loon heeft, hij naar rato vakantieaanspraken opbouwt. Verder wordt hier geen onderscheid gemaakt tussen een gezonde en een zieke werknemer. Belangrijk is dat de vakantieaanspraken wel afhankelijk zijn van het verrichten van arbeid.

Burger³⁶ wijst er in navolging van Vegter en Willems³⁷ op dat in artikel 7:635 lid 4 (oud) BW³⁸ een afwijkende opbouw van het recht op vakantie voor de zieke werknemer is vastgelegd en alleen al om die reden de werkgever de zieke werknemer in de gelegenheid moet stellen dat hij het wettelijk verlof van viermaal de wekelijkse arbeidsduur kan genieten. Deze afwijkende opbouw van de vakantieaanspraken tijdens ziekte in artikel 7:635 lid 4 BW is met ingang van 1 januari 2012³⁹ vervalten nadat duidelijk is geworden dat dit artikellid in strijd is met artikel 7 Arbeids-tijdenrichtlijn.

Toch is deze regeling van de vakantieopbouw in artikel 7:635 lid 4 (oud) BW eigenlijk altijd een wat vreemde eend in de bijt geweest, omdat de opbouw van vakantieaanspraken in de Nederlandse wetgeving niet alleen is gekoppeld aan het verrichten van arbeid, maar vooral aan het recht op loon. Een werknemer die ziek is, heeft op grond van artikel 7:629 lid 1 BW recht op loondoorbetaling voor een tijdvak van maximaal 104 weken. Daarbij hoort wel een kanttekening. Een dergelijke gelijkstelling van arbeidsongeschikte en arbeidsgeschikte werknemers heeft alleen zin als de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte beperkt is in tijd, bijvoorbeeld zes weken zoals in artikel 7:629 lid 2 BW voor huishoudelijk personeel. Daarmee is echter bij de wijziging van de vakantiewetgeving in 2011⁴⁰ als uitvloeisel van het Schultz-Hoff-arrest geen rekening gehouden.

36 Zie P.H. Burger, Vakantie aan het stuwmeer: over het recht van de zieke werknemer op jaarlijkse vakantie. Hof van Justitie EG 20 januari 2009, C-350.06 en C-520/06, JAR 2009/58, ArA 2009, p. 93-94.

37 Zie J.H. Vegter & S.J.M.H. Willems, Is arbeidsongeschiktheid ook ongeschiktheid om vakantie te genieten?, 2002, p. 28.

38 Artikel 7:635 lid 4 (oud) BW bepaalde dat de arbeidsongeschikte werknemer tijdens zijn volledige arbeidsongeschiktheid alleen vakantieaanspraken opbouwt over de laatste zes maanden van zijn arbeidsongeschiktheid.

39 Zie wet van 26 mei 2011 inzake het afschaffen van de beperkte opbouw van minimum vakantie-rechten tijdens ziekte, de invoering van een vervaltermijn voor de minimum vakantiedagen en de aanpassing van enige andere artikelen in de regeling voor vakantie en verlof in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, Stb. 2011, 318. Zie ook: besluit van 15 juni 2011, Stb. 2011, 319.

40 Zie wet van 26 mei 2011 inzake het afschaffen van de beperkte opbouw van minimum vakantie-rechten tijdens ziekte, de invoering van een vervaltermijn voor de minimum vakantiedagen en de aanpassing van enige andere artikelen in de regeling voor vakantie en verlof in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, Stb. 2011, 318.

5 Begrenzing van de nationale invulling; het element ‘overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken’

In paragraaf 2 is al kort ingegaan op het in het BECTU-arrest⁴¹ genoemde element ‘overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken’. Daarbij is al opgemerkt dat de reikwijdte van het element ‘overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken’ beperkt is. De nationale invulling moet vallen binnen de grenzen die in de Arbeidstijdenrichtlijn zelf zijn aangegeven. Daar gaan we in deze paragraaf op in.

In het Merino Gómez-arrest⁴² geeft het Europese Hof van Justitie aan hoe het in het BECTU-arrest neergezette oordeel over het element ‘overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken’ wat betreft het vaststellen van de toepassingsmodaliteiten van het recht op vakantie moet worden ingevuld. Het gaat in het Merino Gómez-arrest om het samenvallen van zwangerschaps- en bevallingsverlof en vakantie. Merino Gómez werkt in een onderneming waar een collectieve vakantie geldt, waarbij sprake is van een opsplitsing in twee perioden van vier weken en een van deze twee perioden moet worden gekozen. Merino Gómez is echter met zwangerschaps- en bevallingsverlof en dat betekent dat het verlof en de vakantie samenvallen en daarmee een van deze perioden dat geen arbeid hoeft te worden verricht komt te vervallen. Het Europese Hof van Justitie oordeelt dat het element ‘overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken’ in ieder geval zo moet worden uitgelegd dat een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van minimaal vier weken moet worden gegarandeerd.

Het recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft namelijk een ander doel dan het recht op vakantie, namelijk de bescherming van de biologische relatie tussen moeder en kind. Dat brengt met zich dat aan het vereiste van minimaal vier weken jaarlijkse vakantie met behoud van loon in de zaak Merino Gómez niet wordt voldaan. Dat brengt met zich dat de werkneemster haar jaarlijkse vakantie met behoud van loon op een ander tijdstip moet kunnen genieten dan tijdens haar zwangerschaps- en bevallingsverlof, ook als dat verlof samenvalt met een collectief vastgestelde vakantie. Met andere woorden: ook hier blijkt dat verlof en vakantie een ander doel hebben en volgens het Europese Hof van Justitie dus niet inwisselbaar zijn (zie ook paragraaf 2.3).

6 Vakantie met behoud van loon

Artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn kent aan alle werknemers jaarlijks niet alleen een vakantie toe, maar voegt daaraan toe dat deze vakantie met behoud van loon is. Het Europese Hof van Justitie heeft in het arrest Williams/British Airways⁴³

41 Zie hierover onder meer: Van der Steen 2001, p. 228-232; T. Barkhuysen & A.W. Bos, De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht, JBplus 2011, p. 3-34.

42 Zie HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01 (Merino Gómez), JAR 2004/86 (r.o. 41).

43 Zie HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (Williams/British Airways), JAR 2011/279.

uitgemaakt dat het loon waarop de werknemer aanspraak maakt in verband met vakantie, in beginsel overeen moet komen met het gebruikelijke arbeidsloon van die werknemer. Tot dat loon behoort:

‘elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding krijgt’.⁴⁴

De in het arrest Williams/British Airways gekozen benadering is door het Europese Hof van Justitie in het arrest Lock/British Gas Trading Limited⁴⁵ bevestigd. Dat brengt met zich dat niet alleen het ‘vaste’ loon en de vakantiebijslag onder het loonbegrip vallen, maar ook eventuele toeslagen die samenhangen met de persoonlijke en professionele status van de werknemer en de provisie waarop de werknemer aanspraak maakt. Met andere woorden: elke component van de totale beloning van de werknemer moet worden meegewogen. Bij het beperken van het loon tot het basisloon tijdens de jaarlijkse vakantie, doordat bijvoorbeeld de provisie buiten beschouwing wordt gelaten, kan een zodanig negatief effect hebben dat de werknemer daardoor wordt weerhouden daadwerkelijk vakantie op te nemen en dat is des te waarschijnlijker in de zaak van Lock/British Gas Trading Limited, waarin de provisie meer dan 60% van de beloning vormt.⁴⁶ Dat betekent dat eigenlijk alleen vergoeding voor incidentele of bijkomende kosten die door de werknemer worden gemaakt bij de uitoefening van de werkzaamheden, buiten beschouwing moeten worden gelaten bij de vaststelling van (de hoogte van) het loon.⁴⁷

In feite verschilt dit loonbegrip niet zoveel van het loonbegrip dat in ons land sinds 1953⁴⁸ wordt gehanteerd, namelijk de door de werkgever te betalen tegenprestatie voor de bedongen arbeid van werknemerskant.⁴⁹ Het Europese Hof van Justitie geeft in het arrest Williams/British Airways ook aan dat de nationale rechter de (discretionaire) bevoegdheid heeft om te beoordelen of er daadwerkelijk een intrinsiek verband bestaat tussen het loon van de werknemer en de uitvoering van aan de werknemer opgedragen taken. Daarbij moet dan wel rekening worden gehouden met het gegeven dat de beoordeling betrekking heeft op een representatieve periode.⁵⁰ Het toekennen van een dergelijke discretionaire bevoegdheid met betrekking tot dit loonelement is voor de Amsterdamse kanton-

44 Zie HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (Williams/British Airways), JAR 2011/279 (r.o. 24).

45 Zie HvJ EU 22 mei 2014, C-539/14 (Lock/British Gas Trading Limited), JAR 2014/163.

46 HvJ EU 22 mei 2014, C-539/14 (Lock/British Gas Trading Limited), JAR 2014/163 (r.o. 22).

47 HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (Williams/British Airways), JAR 2011/279 (r.o. 25).

48 HR 18 december 1953, NJ 1954/242. Zie ook: HR 18 september 1985, NJ 1986/177; HR 8 oktober 1993, JAR 1993/245; Ktr. Utrecht 24 april 1996, JAR 1996/172; HR 12 oktober 2001, NJ 2001/635.

49 Elke tegenprestatie voor de bedongen arbeid valt daaronder: het kan dus bijvoorbeeld gaan om een inconveniententoeslag, ploegentoeslag, overwerkvergoeding, maar ook om de vaste onkostenvergoeding voor het deel dat meer bedraagt dan de daadwerkelijk gemaakte kosten, de derdiende maand, een diplomatoeslag en *vakantiebijslag*. Zie Van Drongelen & Fase 2013, p. 87-90.

50 Zie HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (Williams/British Airways), JAR 2011/279 (r.o. 26).

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

rechter in 2012⁵¹ reden om hierover geen prejudiciële vraag te stellen, zoals de werkgever wel heeft bepleit. Ook de Haagse kantonrechter maakt recent nog⁵² gebruik van deze discretionaire bevoegdheid en bepaalt dat een verpleegkundige die uitsluitend in nachtdiensten werkt, recht heeft op een onregelmatigheidstoelage over de vakantie-uren. Zelfs een verpleegkundige die maar sporadisch overdag zou worden ingeroosterd, heeft volgens deze kantonrechter⁵³ recht op een dergelijke onregelmatigheidstoelage.

Artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn geeft in zowel lid 1 als lid 2 aan dat de werknemer recht heeft op vakantie ‘met behoud van loon’, maar laat daarbij in het midden wanneer dit loon moet worden uitbetaald. In 2006 is door het Europese Hof van Justitie in het *Robinson-Steele*-arrest geoordeeld dat het vaststellen van dit betalingsmoment een nationale aangelegenheid is, waarbij overigens de grenzen die voortvloeien uit de Arbeidstijdenrichtlijn in acht moeten worden genomen.⁵⁴ Daarop laat het Hof volgen dat het bij het recht op jaarlijkse vakantie en het behoud van loon gaat om twee aspecten van hetzelfde recht. Door het recht op de ‘vakantie’ onlosmakelijk te koppelen aan het aspect ‘met het behoud van loon’ ontstaat voor de werknemer een situatie dat hij tijdens zijn jaarlijkse vakantie een loon betaald krijgt dat, wat betreft het te ontvangen loon, in feite gelijk is aan het loon in de perioden die hij werkt.⁵⁵ De kantonrechter in Rotterdam⁵⁶ vertaalt dit als volgt. Hij meent dat een zieke werknemer tijdens vakanties betaald moet krijgen zoals ook in werkende situaties wordt uitbetaald. Er moet volgens deze kantonrechter worden uitgegaan van het tussen partijen ter zake van de bedongen arbeid overeengekomen loon en niet van de in artikel 7:629 lid 1 BW daarvan afgeleide aanspraak van 70% van het loon bij ziekte.

Het is echter mogelijk dat de vormgeving van het uitbetalen van het loon tijdens de vakantie het daadwerkelijk opnemen van vakantie in de weg staat. Als het aspect ‘met behoud van loon’ is opgenomen in het reguliere loon, het zogenoemde ‘rolled-up holiday pay’, dan bestaat de kans dat het andere aspect van de regeling, namelijk het (in normale omstandigheden) daadwerkelijk opnemen van vakantie in de zin van daadwerkelijke rust (zie paragraaf 2.3), onder druk staat. Het fenomeen ‘rolled-up holiday pay’ bergt daarmee het risico in zich dat de minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt vervangen door een financiële vergoeding zonder dat aan het vereiste van artikel 7 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn is voldaan (zie ook paragraaf 9).⁵⁷ Dit risico kan worden voorkomen als bij de loonbetaling duidelijk en transparant is aangegeven welk deel van het loon moet worden gezien als het loonaspect van de ‘jaarlijkse vakantie met behoud van

51 Ktr. Amsterdam 29 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX1586.

52 Ktr. Den Haag 2 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6327.

53 Ktr. Den Haag 28 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6928.

54 HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (*Robinson-Steele*), JAR 2006/84 (r.o. 54-57).

55 HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (*Robinson-Steele*), JAR 2006/84 (r.o. 58).

56 Ktr. Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3470.

57 HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (*Robinson-Steele*), JAR 2006/84 (r.o. 60-61 en 63).

loon'. Alleen dan kan worden voorkomen dat er strijdigheid ontstaat met artikel 7 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn, volgens het Europese Hof van Justitie.⁵⁸

7 Vakantieaanspraken en ziekte

In paragraaf 4 is aan de orde geweest dat in artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn voor alle werknemers aanspraak op vakantie is geregeld, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naar de gezondheidstoestand van de werknemers. In paragraaf 2 is al aangegeven dat het uitgangspunt dat het Europese Hof van Justitie in het FNV-arrest⁵⁹ heeft neergelegd, behelst:

‘dat de werknemer in *normale omstandigheden* in het belang van een doeltreffende bescherming van zijn veiligheid en gezondheid *daadwerkelijke rust* moet kunnen genieten (...)’.

Deze opvatting is niet nieuw en is ook al te vinden in het BECTU-arrest⁶⁰ en het arrest Robinson-Steele.⁶¹ In de vorenstaande beschrijving vallen twee elementen op, namelijk ‘in *normale omstandigheden*’ en ‘*daadwerkelijke rust*’. ‘Daadwerkelijke rust’ impliceert dat de (minimum) vakantieaanspraken die een werknemer per jaar heeft, in datzelfde jaar ook daadwerkelijk door hem moeten worden genoten. ‘In normale omstandigheden’ is een element waarover het Europese Hof van Justitie in het FNV-arrest niet erg duidelijk is. In feite gaat het in dat arrest om het beantwoorden van de vraag of overdracht van vakantieaanspraken naar een volgend jaar wel of niet mag. Dat laat het Europese Hof van Justitie in het midden, maar het verwijst⁶² wel naar het arrest Commissie/Luxemburg,⁶³ waaruit blijkt dat de overdracht van de jaarlijkse vakantie of een deel daarvan onder bepaalde omstandigheden onvermijdelijk kan zijn.⁶⁴ Van belang voor dit arrest is dat het Europese recht een aantal verlofvormen waarborgt, zoals het zwangerschaps- en bevallingsverlof⁶⁵ en het ouderschapsverlof.⁶⁶ Uit dit arrest Commissie/Luxemburg volgt dat wanneer het ouderschapsverlof niet kan worden ingekort als het wordt onderbroken door een andere verlofvorm, zoals het zwangerschapsverlof, dit niet tot gevolg heeft dat afbreuk wordt gedaan aan het (resterende) ouder-

58 HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (Robinson-Steele), JAR 2006/84 (r.o. 64-69).

59 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 23).

60 HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU), JAR 2001/158 (r.o. 44).

61 Zie HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (Robinson-Steele), JAR 2006/84 (r.o. 60).

62 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 24).

63 Zie HvJ EG 14 april 2005, C-519/03 (Commissie/Luxemburg), Jurispr., p. I-3067 (r.o. 33).

64 Zie ook: J.W. Ponds, Het Schultz-Hoff-arrest: het verplicht opnemen van vakantie dagen, NtER 2009, p. 247.

65 Zie Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, PbEG 1992, L 348, p.1.

66 Zie Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, PbEG 1996, L 145, p. 4.

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

schapsverlof. In het FNV-arrest vertaalt het Europese Hof van Justitie dit als volgt. Als er meer dan een door het Europese recht gewaarborgde verloven aan het einde van een jaar samenlopen, kan dit onvermijdelijk de overdracht van de jaarlijkse vakantie of een deel daarvan tot gevolg hebben. Daaraan voegt het Hof wel toe dat:⁶⁷

‘Het juist [is] dat het positieve effect van dit verlof op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer zich ten volle doet gevoelen wanneer dit verlof in het daartoe voorziene jaar, te weten het lopende jaar, wordt genomen. Deze rusttijd boet echter niet aan belang in wanneer hij in een volgende periode wordt genomen.’

Voorwaarde is dus wel dat, wat betreft het Europese Hof van Justitie, de overdracht van vakantieaanspraken naar een volgend jaar onvermijdelijk moet zijn. Daarmee geeft het Hof dus eigenlijk te kennen dat de overdrachtsmogelijkheid heel beperkt is, namelijk alleen als er sprake is van samenloop met andere door het Europese recht gewaarborgde verlofvormen.⁶⁸

In het Schultz-Hoff-arrest heeft het Europese Hof van Justitie de kans gegrepen zich nader uit te laten over de overdracht van vakantieaanspraken naar een volgend jaar, alleen nu niet over de in het Europese recht gewaarborgde verlofvormen, maar bij ziekte en over het recht op ziekteverlof, waarover in Europese recht geen waarborgen zijn opgenomen.⁶⁹ Omdat er geen sprake is van het gewaarborgde recht op ziekteverlof in het Europese recht, voelt het Europese Hof van Justitie zich niet geroepen om een uitspraak te doen over de (on)mogelijkheid van een samenloop met vakantie.⁷⁰ Het Hof geeft in het Schultz-Hoff-arrest eerst aan wat de verschillen zijn tussen vakantieverlof en het ziekteverlof:⁷¹

‘Vaststaat dat het doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon is, de werknemer in staat te stellen uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken. Daarin verschilt het van het doel van het recht op ziekteverlof. Dat laatste wordt de werknemer toegekend om te kunnen herstellen van een ziekte.’

Het Europese Hof van Justitie stelt dus wel vast dat de doelen van de beide ‘verlofvormen’ verschillen, maar verbindt daaraan echter niet de conclusie dat degenen die geen arbeid verrichten als gevolg van ziekte, geen vakantie opbouwen.

67 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 30).

68 Zie J. van Drongelen, Ook de vakantieregeling komt uit Europa, *Arbeid Integraal* 2007/1, p. 96-97.

69 HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff), JAR 2009/58 (r.o. 27). Ongelukkig is wel dat het Europese Hof van Justitie in dit arrest spreekt van ziekteverlof, terwijl er natuurlijk geen sprake is van verlof, maar van het als gevolg van ziekte niet in staat zijn de bedongen arbeid te verrichten.

70 HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff), JAR 2009/58 (r.o. 25-27). Zie ook: Ponds 2009, p. 249.

71 HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff), JAR 2009/58 (r.o. 25).

Integendeel, het Hof stelt dat lidstaten het recht op jaarlijkse vakantie niet afhankelijk kunnen stellen van de voorwaarde dat er gedurende dat jaar daadwerkelijk arbeid is verricht. Het Europese Hof van Justitie trekt derhalve een andere conclusie dan de advocaat-generaal (A-G) Trstenjak, die uitdrukkelijk een onderscheid maakt tussen het verschil in doel van de vakantie en de afwezigheid als gevolg van ziekte, namelijk herstellen van het verrichten van arbeid onderscheidenlijk van ziekte.⁷²

Het Europese Hof van Justitie hanteert in het Schultz-Hoff-arrest de grammaticale uitlegmethode. Berkhout⁷³ stelt terecht dat daarbij vraagtekens kunnen worden gezet, daar het de centrale gedachte achter het vakantieverlof miskent. Die centrale gedachte is de herstelfunctie van het verrichten van arbeid. Een zieke werknemer werkt echter juist niet. Vervult de vakantie hier nog een herstelfunctie? In verband daarmee is de vraag van de Britse regering niet zo vreemd; vakantie waarvan? Er wordt namelijk geen daadwerkelijke, dat wil zeggen materiële, inbreuk gemaakt op de vakantieaanspraken als de werknemer in kwestie geen arbeid heeft verricht waarvan hij moet uitrusten.⁷⁴ In dat licht is het op zijn minst opmerkelijk te noemen dat het Europese Hof van Justitie enerzijds vaststelt dat het geen arbeid verrichten vanwege vakantie of het geen arbeid verrichten door ziekte niet hetzelfde doel dient, maar tegelijkertijd stelt dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zo'n belangrijk beginsel van communautair sociaal recht is dat daarvan niet afgeweken kan worden bij zieke werknemers.

Opvallend is dat bij de wijziging van de Nederlandse vakantiewetgeving die op 1 januari 2012 in werking is getreden (zie paragraaf 4), de nadruk wordt gelegd op de re-integrerende werknemer. Werknemers die geheel arbeidsongeschikt zijn voor de bedongen arbeid, zijn in beginsel – als zij daartoe in staat zijn – op grond van artikel 7:660a BW gehouden om andere (passende) werkzaamheden te verrichten of om mee te werken aan inspanningen die zijn gericht op re-integratie. Voor deze re-integrerende 'arbeidsongeschikte' werknemers heeft vakantie hetzelfde doel als voor gezonde werknemers, namelijk recuperatie: herstellen en/of uitrusten van verplichtingen die voortvloeien uit de dienstbetrekking, ook al zijn dat andere verplichtingen dan het verrichten van de bedongen (eigen) arbeid. Als de zieke werknemer tijdelijk vrijgesteld wil worden van zijn verplichtingen tot re-integratie, dient hij hiervoor vakantie op te nemen, net als de arbeidsgeschikte werknemer die tijdelijk wil worden vrijgesteld van zijn arbeidsverplichtingen.⁷⁵ De genoemde wetswijziging is een direct uitvloeisel van en een reactie op het Schultz-Hoff-arrest, maar aan de positie van de zieke werknemer die niet re-integreert, wordt geen aandacht besteed, waardoor er onduidelijkheid blijft bestaan of die zieke en re-integrerende werknemer ook vakantieaanspraken kan opnemen. In paragraaf 8 wordt op dit onderwerp nader ingaan.

72 Zie conclusie A-G Trstenjak van 24 januari 2008, C-250/06 (r.o. 72-76).

73 Zie D.F. Berkhout, Het Schultz-Hoff-arrest: nooit te ziek voor vakantie, TAP 2009, p. 110.

74 Zie conclusie A-G Trstenjak van 24 januari 2008, C-250/06 (r.o. 24). Zie ook: Berkhout 2009, p. 110.

75 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32466, 3, p. 5.

8 Het verval van vakantieaanspraken

8.1 Het verval van vakantieaanspraken volgens het Europese Hof van Justitie

In het Schultz-Hoff-arrest heeft het Europese Hof van Justitie erop gewezen dat artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn het mogelijk maakt dat door middel van nationale wetgeving de jaarlijkse vakantie die aan het einde van de referentieperiode niet is opgenomen, kan worden overgedragen naar een nieuwe referentieperiode. Deze overheveling heeft ten doel de werknemer die zijn jaarlijkse vakantie niet heeft kunnen opnemen, in de gelegenheid te stellen om die vakantie alsnog op te nemen.⁷⁶ Dit kan uiteindelijk zelfs leiden tot het *verlies* van het recht op de *jaarlijkse vakantie met behoud van loon*. Het Hof heeft daaraan wel de voorwaarde verbonden dat de werknemer in kwestie *daadwerkelijk* de mogelijkheid moet hebben gehad om van het hem door artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn verleende recht gebruik te maken.⁷⁷

In het KHS-Schulte-arrest⁷⁸ gaat het om een werknemer die arbeidsongeschikt is tot na de (nationale) overdrachtsperiode, die de mogelijkheid van het opnemen van vakantieaanspraken niet heeft. Dit is voor het Europese Hof van Justitie reden om een nuancering aan te brengen op het hiervoor gegeven uitgangspunt in het Schultz-Hoff-arrest, waarmee een onbeperkte cumulatie van vakantierechten wordt tegengegaan:⁷⁹

‘Een recht op een dergelijke onbeperkte cumulatie van rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon die gedurende een dergelijke periode van arbeidsongeschiktheid zijn verworven, beantwoordt niet meer aan het doel zelf van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.’

Daarbij herhaalt het Europese Hof van Justitie⁸⁰ dat het recht op een jaarlijkse vakantie een tweeledig doel heeft, namelijk de werknemer (1) in staat te stellen om uit te rusten van de hem opgelegde taken, en (2) over een periode van ontspanning en vrije tijd te laten beschikken. Deze doelstelling van artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn kent wel grenzen. Het recht op de jaarlijkse vakantie waarop een arbeidsongeschikte werknemer over een aantal opeenvolgende referentieperioden aanspraak maakt, kent zijn begrenzing in het overschrijden van een bepaalde tijdsgrens. Als die tijdsgrens – in dit geval een periode van vijftien maanden – is overschreden, heeft de jaarlijkse vakantie op grond van de redelijkheid geen positief effect meer voor de werknemer als tijd om uit te rusten.⁸¹

Daarmee staat de vraag nog open of een overdrachtsperiode van vijftien maanden kan worden aangemerkt als de periode waarna de vakantie niet meer het positieve

76 HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff), JAR 2009/58 (r.o. 42).

77 HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff), JAR 2009/58 (r.o. 43).

78 HvJ EU 22 november 2011, C-214/10 (KHS-Schulte), JAR 2012/19 (r.o. 27).

79 HvJ EU 22 november 2011, C-214/10 (KHS-Schulte), JAR 2012/19 (r.o. 30).

80 HvJ EU 22 november 2011, C-214/10 (KHS-Schulte), JAR 2012/19 (r.o. 31).

81 HvJ EU 22 november 2011, C-214/10 (KHS-Schulte), JAR 2012/19 (r.o. 35).

effect heeft dat er mee wordt beoogd. Het Europese Hof van Justitie stelt allereerst dat elke overdrachtsperiode de duur van de referentieperiode waarvoor zij wordt toegekend *wezenlijk moet overschrijden*.⁸² In de zaak KHS-Schulte is de overdrachtsperiode vijftien maanden en dat is langer dan de referentieperiode (van een jaar). Dan haalt het Hof artikel 9 lid 1 Verdrag nr. 132 van de Internationale Arbeidsorganisatie⁸³ aan, waarin is geregeld dat de jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet worden toegekend en opgenomen binnen een jaar na het einde van het jaar waarin het recht op vakantie is ontstaan. Als het gaat om een rest aan vakantieaanspraken, geldt een periode van achttien maanden na het einde van het jaar waarin het recht op vakantie is ontstaan. Het Europese Hof van Justitie grijpt deze (internationale) regeling aan met een verwijzing naar de overwegingen (considerans) die aan de Arbeidstijdenrichtlijn ten grondslag liggen,⁸⁴ voor het uitgangspunt dat bij het verstrijken van de gestelde termijn(en) het doel van het recht op vakantie niet meer volledig kan worden verwezenlijkt. Het Hof geeft geen algemene regels voor het beoordelen of een overdrachtsperiode als voldoende aangemerkt kan worden, maar beperkt zich tot de concrete casus en concludeert daarover dat artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn niet in de weg staat dat bij het verstrijken van de overdrachtsperiode van vijftien maanden het recht op vakantie vervalt.⁸⁵

8.2 *Verval van vakantieaanspraken in de Nederlandse wetgeving*

Het Schultz-Hoff-arrest heeft geleid tot een aanpassing van de Nederlandse vakantiewetgeving. In artikel 7:640a BW is geregeld dat de aanspraak op de wettelijke minimum vakantieaanspraken (zie paragraaf 9) vervalt *zes maanden* na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven. Met andere woorden: de vakantieaanspraken die zijn opgebouwd in het ene jaar, vervallen op 1 juli in het daaropvolgende jaar.⁸⁶ De wetgever geeft aan dat de bedoeling van de vervaltermijn is om geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers te stimuleren vakantie op te nemen tijdens hun ziekteperiode. Dat is dus alleen met het oogmerk om te voorkomen dat zieke werknemers als gevolg van hun aanspraak op vakantie tijdens hun ziekte een stukje meer aan vakantieaanspraken kunnen opbouwen.⁸⁷ Dat is op zichzelf een begrijpelijke redenering.

Omdat in artikel 7:634 lid 1 BW echter geen onderscheid wordt gemaakt tussen gezonde en zieke werknemers (zie paragraaf 4), geldt de in artikel 7:640a BW

82 HvJ EU 22 november 2011, C-214/10 (KHS-Schulte), JAR 2012/19 (r.o. 38).

83 Zie het door ons land niet geratificeerde Verdrag betreffende de jaarlijkse vakantie met behoud van loon (herzien), Genève, 24 juni 1970, Trb, 1971, 91. Zie ook: SER, Advies wijziging vakantiewetgeving, Den Haag 1997, nr. 4, p. 22.

84 Overweging 6 Arbeidstijdenrichtlijn luidt: 'Er moet rekening worden gehouden met de beginselen van de Internationale Arbeidsorganisatie ter zake van de organisatie van de arbeidstijd, met inbegrip van de beginselen op het gebied van nachtarbeid.'

85 HvJ EU 22 november 2011, C-214/10 (KHS-Schulte), JAR 2012/19 (r.o. 35).

86 Artikel 7:640a BW is van toepassing op de wettelijke minimum vakantieaanspraken die zijn ontstaan na 1 januari 2012, de datum van de inwerkingtreding van de gewijzigde vakantiewetgeving (zie paragraaf 4). Zie Stb. 2011, 318.

87 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32466, 6, p. 1.

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

geregelde vervaltermijn niet alleen voor de zieke, maar ook voor de gezonde werknemers. Door de wetgever wordt aangevoerd dat de vraag is gerezen of het in het algemeen niet wenselijker is dat zieke en gezonde werknemers worden gestimuleerd om regelmatig vakantie op te nemen, daarmee implicerend dat die vraag met 'ja' moet worden beantwoord. Daarvoor wordt als argument opgevoerd dat het regelmatig opnemen van (minimum) vakantieaanspraken aansluit bij de recuperatiefunctie van vakantie, en die recuperatiefunctie is van belang voor de gezondheid van de werknemer en de veiligheid op het werk.⁸⁸

Dat lijkt toch wel een enigszins gekunstelde argumentatie, daar ze pas als gevolg van de noodzakelijke aanpassing van de vakantiewetgeving als uitvloeisel van het Schultz-Hoff-arrest wordt opgevoerd. Deze argumentatie is bovendien ook niet helemaal in overeenstemming met het handhaven van de in artikel 7:642 BW geregelde (lange) verjaringstermijn. In dit artikel is namelijk geregeld dat een rechtsvordering tot toekenning van vakantieaanspraken verjaart pas vijf jaar na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. Zoals hiervoor al is uiteengezet, is in het Schultz-Hoff-arrest verwezen naar artikel 9 lid 1 Verdrag nr. 132 van de Internationale Arbeidsorganisatie, waarin vervaltermijnen zijn opgenomen waarvan de duur afhankelijk is van het soort vakantie – het ononderbroken gedeelte van de vakantieaanspraken en de rest van de vakantieaanspraken. Dit is gebaseerd op de overweging dat bij het verstrijken van de gestelde termijnen het doel van het recht op vakantie niet meer volledig kan worden verwezenlijkt.^{89, 90} Zo bezien is de verjaringstermijn van vijf jaar die in artikel 7:642 BW is geregeld eigenlijk uit den boze.

Terug naar de vervaltermijn uit artikel 7:640a BW. Waarom is gekozen voor een *vervaltermijn* en waarom voor een *termijn* van zes maanden? De wetgever motiveert het opnemen van een vervaltermijn met het argument dat het voor werknemers niet altijd mogelijk zal zijn om in het jaar waarin de vakantieaanspraken worden opgebouwd alle wettelijke minimum vakantieaanspraken op te nemen. Dat kan zijn om (privé)redenen van de werknemer, maar ook om redenen die primair de werkgever betreffen, zoals een tijdelijk tekort aan personeel of een piek in de hoeveelheid arbeid. Een periode van zes maanden vindt de wetgever een goede periode om (1) te bereiken dat de werknemer voldoende ruimte of voldoende spreiding in de tijd heeft om de wettelijke minimum vakantieaanspraken op te nemen op een door hem gewenst moment, en om (2) voldoende te stimuleren dat werknemers daadwerkelijk regelmatig een periode inlassen waarin geen arbeid wordt verricht.⁹¹ Alhoewel in het KHS-Schulte-arrest geen minimum vervaltermijn is gesteld, moet toch worden opgemerkt dat de termijn van zes maanden wel als kort aan te merken is. Veldman⁹² stelt in het licht van het KHS-Schulte-arrest

88 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32466, nr. 6, p. 1-2.

89 HvJ EU 22 november 2011, C-214/10 (KHS-Schulte), JAR 2012/19 (r.o. 41).

90 Zie ook A.G. Veldman, Het Europese grondrecht van jaarlijkse vakantie: voorwaarden bij ziekte en (horizontale) doorwerking, ArA 2012, p. 75.

91 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32466, 6, p. 6.

92 Zie Veldman 2012, p. 76-77.

naar onze mening dan ook terecht de (korte) duur van deze vervaltermijn van zes maanden ter discussie.

De vervaltermijn geldt overigens niet als de werknemer tot aan dat tijdstip *redelijkerwijs* niet in staat is geweest vakantie op te nemen. De wetgever geeft aan dat moet worden beoordeeld of de werknemer gedurende de totale periode – het opbouwjaar plus zes maanden vervaltermijn – redelijkerwijs niet in staat is geweest om zijn wettelijke minimum vakantieaanspraken op te nemen.⁹³ Dit, in combinatie met de voornoemde verjaringstermijn van vijf jaar van artikel 7:642 BW, wekt in eerste instantie de indruk dat (ongewild) ruimhartig uitvoering is gegeven aan de vakantieregeling in de Arbeidstijdenrichtlijn. De lengte van de vervaltermijn van zes maanden voldoet echter niet aan de eis die het Europese Hof van Justitie in het KHS-Schulte-arrest heeft gesteld. Die eis behelst dat de al dan niet zieke werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om zijn vakantieaanspraken te kunnen verzilveren.

Bij de wijziging van de vakantiewetgeving die op 1 januari 2012 in werking is getreden (zie paragraaf 5), mede in relatie tot de vervaltermijn, is de nadruk gelegd op de re-integrerende werknemer. Veldman⁹⁴ schrijft dat wanneer re-integratie het herstel van de zieke werknemer ten doel heeft, een ziekteperiode in de zin van artikel 7:629 BW, ook wanneer passende arbeid wordt verricht, in de ogen van het Europese Hof van Justitie wellicht niet verenigbaar is met (het doel van) vakantieverlof. Zij stelt dat dit zou betekenen dat de vakantie-rechten van de re-integrerende, zieke werknemer niet al na zes maanden kunnen vervallen. Dit standpunt berust volgens ons op een misverstand. Veldman gaat namelijk voorbij aan het feit dat de re-integratieverplichting van de werknemer is gebaseerd op het niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte. De re-integratieverplichting behelst dat een werknemer die de eigen arbeid niet meer kan verrichten, in plaats daarvan passende arbeid verricht. Artikel 7:658a lid 4 BW geeft aan wat onder passende arbeid moet worden verstaan, namelijk alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij die arbeid van de werknemer niet kan worden gevegd om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard.⁹⁵ Terugvallend op de redenering van het Europese Hof van Justitie over de functie van de vakantie, namelijk het herstellen van het verrichten van arbeid, verschilt de positie van de re-integrerende werknemer niet van die van de ‘gewone’ werknemer en geldt dus ook voor hem de herstelfunctie. In dit verband is het volgende nog van belang. Een overdrachtsperiode moet volgens het arrest KHS/Schulte van het Europese Hof van Justitie de referentieperiode wezenlijk overschrijden, en in het arrest Neidel van het Hof is uitgemaakt dat een overdrachtsperiode van negen maanden niet aan die eis voldoet, omdat dit niet kan worden gezien als een periode die de referentieperiode wezenlijk

93 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32466, 6, p. 6.

94 A.G. Veldman, Verval vakantie-rechten bij langdurige arbeidsongeschiktheid, TRA 2012/4, p. 29.

95 Zie Kamerstukken I 2001/02, 27678, 37a (memorie van antwoord), p. 19-20 en 26.

overschrijdt.⁹⁶ Nu geldt voor degene die redelijkerwijs niet in staat is geweest zijn minimum vakantieaanspraken op te nemen, een verjaringstermijn van vijf jaar. De vervaltermijn is dus zes maanden, tenzij daarvan ten gunste van de werknemer bij schriftelijke overeenkomst is afgeweken. Om in overeenstemming te zijn met de Arbeidstijdenrichtlijn en de rechtspraak op dit punt moet de Nederlandse rechter wel dezelfde uitleg geven aan 'redelijkerwijs niet in staat geweest de vakantie op te nemen'. Wanneer daaraan de uitleg mocht worden gegeven dat alleen de volledig arbeidsongeschikte werknemer hierop een beroep kan doen, zou dat in strijd zijn met de uitleg die het Europese Hof van Justitie aan 'redelijkerwijs niet in staat geweest de vakantie op te nemen' geeft. In het arrest Pereda heeft het Europese Hof van Justitie namelijk aangegeven dat ziekte en vakantie weliswaar kunnen samenlopen, maar dat die mogelijke samenloop een gevolg, dus afhankelijk, is van de wens van de zieke werknemer en niet van de precieze omstandigheden en mogelijkheden om al dan niet vakantie op te nemen. Uit die uitleg volgt namelijk dat wanneer de zieke re-integrerende werknemer niet zelf kan beslissen over het al dan niet opnemen van vakantie, hij redelijkerwijs niet in staat is geweest zijn vakantieaanspraken op te nemen.⁹⁷ Als het dan ook nog gaat om een werkneemster die arbeidsongeschikt is en vier weken vakantie wil opnemen, maar haar werkgever dit weigert omdat daardoor haar re-integratieproces onnodig wordt belemmerd en vertraagd, dan vindt de werkgever – terecht – de Utrechtse kantonrechter⁹⁸ op zijn weg.

De uitleg die de Nederlandse *wetgever* geeft aan 'redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen', lijkt evenwel beperkter dan hiervoor geschetst. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is sprake als het door toedoen van de werkgever niet mogelijk is geweest (voldoende) vakantie op te nemen, en van medische redenen is sprake wanneer langdurig zieke werknemers gedurende die periode geheel zijn vrijgesteld van verplichtingen tot re-integratie.⁹⁹

Wanneer de vervaltermijn voor vakantieaanspraken uit artikel 7:640a BW zou worden verlengd tot een periode die de referentieperiode van een jaar wezenlijk overschrijdt, zou de wetgever de onzekerheid over de verenigbaarheid met het Europese recht weghalen. In dat geval kan ook de uitzondering op de hoofdregel van artikel 7:640a BW – 'redelijkerwijs niet in staat om vakantie op te nemen' – vervallen. Die uitzondering is vanwege haar onbepaaldheid sowieso conflictopwekkend en nodigt daardoor uit tot het voeren van procedures. De uitzondering op de vervalperiode is niet langer nodig indien bijvoorbeeld een vervalperiode van vijftien maanden gekozen zou worden in artikel 7:640a BW. Het Europese Hof

96 HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10 (Georg Neidel/Stadt Frankfurt am Main), JAR 2012/154 (r.o. 41-43).

97 HvJ EG 10 september 2009, C-277/08 (Pereda), JAR 2009/253 (r.o. 22-25). Hieruit lijkt naar voren te komen dat samenloop van ziekteverlof met vakantieverlof is toegestaan onder de Arbeidstijdenrichtlijn, maar wel afhankelijk moet zijn van de *wens* van de werknemer. Het is dus niet van doorslaggevend belang of er concrete mogelijkheden zijn geweest voor de werknemer om tijdens zijn ziekteperiode van het jaarlijks vakantierecht gebruik te maken.

98 Ktr. Utrecht 19 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2874.

99 Zie Kamerstukken II 2009/10, 32465, 3 (memorie van toelichting), p. 7.

van Justitie heeft immers bepaald dat ook wanneer een werknemer niet in staat is geweest om zijn vakantieaanspraken op te nemen, deze toch mogen vervallen na een overdrachtsperiode die de referentieperiode wezenlijk overschrijdt. Ook is duidelijk geworden dat een overdrachtsperiode van vijftien maanden in een dergelijk geval voldoende is.

Bij *schriftelijke overeenkomst* kan overigens ten gunste van de werknemer worden *afgeweken* van de vervaltermijn van zes maanden. Dat betekent dat de vervaltermijn zelf niet kan worden weggecontracteerd, maar dat de duur ervan kan worden verlengd. ‘Schriftelijk’ betekent dat deze afwijking zowel in de individuele als in de collectieve arbeidsovereenkomst kan worden geregeld.

Ten slotte willen wij in deze paragraaf ingaan op de volgorde waarin die aanspraken moeten worden opgenomen. Deze materie is vooral van belang bij de genoemde stuwmeren aan vakantieaanspraken. Hierover zijn misverstanden gezen bij de invoering van de vervaltermijn. De wetgever¹⁰⁰ bepaalt eerst dat de werknemer kan aangeven welke vakantieaanspraken hij wil opnemen, en daarna dat de volgorde is dat dié vakantieaanspraken worden opgenomen die het eerst voor verval of verjaring in aanmerking komen. Dit heeft niet bijgedragen aan de duidelijkheid en is zelfs (voor een deel) onjuist. Het uitgangspunt is het oordeel van de Hoge Raad uit 1988¹⁰¹ dat de werknemer de oudste vakantie rechten het eerst verbruikt, waarbij overigens geen onderscheid wordt gemaakt tussen wettelijke minimum en bovenwettelijke vakantieaanspraken. Deze benadering vindt haar oorsprong in de verjaringstermijn. De regeling van de vervaltermijn is ingevoerd per 1 januari 2012 en heeft onmiddellijke werking. Dat betekent dat de vervaltermijn pas geldt vanaf de invoeringsdatum en eerst van belang is voor de wettelijke vakantieaanspraken van 2012, althans dat is het standpunt van de wetgever.¹⁰² De minimum vakantieaanspraken die zijn opgebouwd vóór 1 januari 2012 – beter bekend als de verlofstuwmeren – vallen dus volgens de wetgever uitdrukkelijk niet onder de vervaltermijn.¹⁰³ Dat klopt, maar het standpunt is wel misleidend. De regeling van de vervaltermijn heeft, hoewel dat in eerste instantie inderdaad niet zo lijkt, wel degelijk verstrekende gevolgen als het uitgangspunt van de Hoge Raad uit 1988 nog steeds geldt, dus de oudste vakantieaanspraken moeten het eerst worden opgenomen, maar dan alleen voor de wettelijke en dus niet voor de bovenwettelijke vakantieaanspraken. Dat zou met zich brengen dat de werknemer die een verlofstuwmeer heeft, deze vakantieaanspraken in bijvoorbeeld 2012 zoveel als maar kan moet opnemen, daar hij anders het risico loopt zijn wettelijke vakantieaanspraken die hij in 2012 verwerft per 1 juli 2013 te verliezen. Dat gaat net zo lang door totdat het hele stuwmeer aan vakantieaanspraken is ‘leeggetrokken’.¹⁰⁴

100 Zie Kamerstukken I 2010/11, 32465, C (memorie van antwoord), p. 4 en 6.

101 HR 10 juni 1988, NJ 1988/954. Zie ook: Van Drongelen & Fase 2013, p. 271.

102 Zie artikel II wet van 26 mei 2011, Stb. 2011, 318.

103 Zie Kamerstukken II 2009/10, 32465, 3 (memorie van toelichting), p. 12.

104 Van Drongelen & Fase 2013, p. 273-274.

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

De wetgever maakt min of meer terloops kenbaar dat werknemers in de praktijk aan het begin van een kalenderjaar over het algemeen de beschikking krijgen over hun volledige vakantieaanspraken.¹⁰⁵ Vos¹⁰⁶ trekt daaruit de conclusie dat een en ander impliceert dat de werknemer altijd als eerste de wettelijke en daarna de bovenwettelijke vakantieaanspraken zal opnemen, ook als het saldo van de vakantieaanspraken op het moment van het opnemen ervan nog niet toereikend is. Dit maakt dat Vos denkt dat op grond daarvan het verdedigbaar is dat de werkgever, als er bovenwettelijke vakantieaanspraken op bijvoorbeeld vijf dagen zijn, deze dagen eerder kan afkopen en dat daardoor de mogelijkheden van de aanpak van vakantiestuwmeren zijn verruimd. Er is juridisch echter helemaal niets veranderd; deze afkoop was al mogelijk. Dat de stuwmeren aan vakantieaanspraken beter kunnen worden aangepakt, heeft hiermee niets te maken, maar is een gevolg van het invoeren van een vervaltermijn.

9 De afkoop van vakantieaanspraken

9.1 Inleiding

Na het arrest Robinson-Steele dat in paragraaf 6 is besproken, is de stap naar de zogenoemde 'afkoop van vakantieaanspraken' niet zo groot meer. Lid 1 van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn geeft recht op een aanspraak op vakantie van minimaal vier weken per jaar en in lid 2 van dat artikel is geregeld dat de minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet door een financiële vergoeding kan worden vervangen. Er is wel één uitzondering. Dit zogenoemde 'afkoopverbod' geldt niet na afloop van het dienstverband. Er lijkt geen vuiltje aan de lucht wat betreft de Nederlandse wetgeving, maar dat ligt toch gecompliceerder. Dit omdat er in onze vakantiewetgeving een onderscheid wordt gemaakt tussen (wettelijke) minimum vakantieaanspraken en bovenwettelijke vakantieaanspraken.¹⁰⁷ Zodoende wordt de vraag van belang wat onder jaarlijkse minimum vakantieaanspraken moet worden verstaan.

We geven een voorbeeld van de benadering die de wetgever heeft aangehangen bij de wijziging van de vakantiewetgeving in 2001.¹⁰⁸ Een werknemer werkt in een volledige werkweek van 5 dagen. Op grond van de cao die op hem van toepassing is, heeft hij recht op 25 vakantiedagen per jaar. Met zijn werkgever is hij overeengekomen dat hij de bovenwettelijke vakantiedagen afkoopt. Dat betekent dat er in dat jaar maximaal 5 dagen mogen worden afgekocht, namelijk 25 vakantiedagen verminderd met het wettelijke minimum van 20 dagen. Nog een voorbeeld. Dezelfde werknemer heeft in 2000 2 vakantiedagen overgespaard naar 2001. Wat betreft het jaar 2001 heeft hij recht op 25 vakantiedagen. In dat jaar heeft hij

105 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32465, 6, p. 8; Kamerstukken I 2010/11, 32465, C, p. 7.

106 J.R. Vos, *Cash of costa: de aanpak van vakantiestuwmeren*, TAP 2012, p. 203.

107 Meer hierover J. van Drongelen & J.M.G. Lemmen, *Minimum vakantieaanspraken*, Arbeid Integraal 1999, p. 119-121.

108 Zie Kamerstukken II 1997/98, 26079, 5 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 9. Zie ook: Van Drongelen & Lemmen 1999, p. 119-121; J. van Drongelen, *Over de afkoop van bovenwettelijke vakantieaanspraken*, Arbeid Integraal 2003, p. 4.

recht op 27 vakantiedagen. Van deze 27 vakantiedagen mogen in 2001 7 vakantiedagen worden afgekocht, namelijk 27 vakantiedagen verminderd met 20 dagen, het wettelijke minimum. Neemt de werknemer van de bewuste 27 vakantiedagen in 2001 maar 15 vakantiedagen op en hevelt hij 12 vakantiedagen naar 2002, dan ontstaat de volgende situatie. In 2002 maakt hij aanspraak op 37 vakantiedagen, namelijk 25 vakantiedagen (de aanspraak voor 2002) vermeerderd met 12 vakantiedagen, namelijk het overgehevelde restant aan vakantieaanspraken. In 2002 zouden er dan 17 vakantiedagen afgekocht kunnen worden, namelijk 37 vakantiedagen verminderd met 20 vakantiedagen, het wettelijke minimum voor 2002.¹⁰⁹

Tegen deze benadering van de wetgever van wat onder wettelijke minimum vakantieaanspraken moet worden verstaan, is verzet gekomen, vooral van de kant van het FNV. In het FNV-arrest¹¹⁰ oordeelt het Europese Hof van Justitie dat:

‘(...) het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon alleen in geval van beëindiging van het dienstverband kan worden vervangen door een financiële vergoeding.’

Dat is op zich niet nieuw. Dit standpunt is door het Hof ook al verwoord in het BECTU-arrest¹¹¹ en het arrest Merino Gómez.¹¹² Meer toegesneden op de Nederlandse situatie oordeelt het Europese Hof van Justitie¹¹³ dat:

‘de mogelijkheid van een financiële vergoeding voor de overgedragen jaarlijkse minimum vakantie (...) in elk geval een met het doel van de richtlijn onverenigbare prikkel (vormt) om afstand te doen van vakantierust of om werknemers ertoe te brengen daarvan afstand te doen’.

Het Europese Hof van Justitie accepteert dat vakantieaanspraken worden overgeheveld naar een volgend jaar, omdat ook in die situatie deze vakantie kan bijdragen aan de veiligheid en gezondheid van de werknemer.¹¹⁴ Artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn verzet zich volgens het Hof echter tegen de minimumperiode van jaarlijkse vakantie met behoud van loon als er sprake is van overdracht van vakantieaanspraken naar een volgend jaar die door een financiële vergoeding worden vervangen.¹¹⁵ Dit betekent dat in het kader van artikel 7 Arbeidstijdenricht-

109 Van Drongelen 2007/1, p. 94. Zie ook: M.M. Olbers, Mislukte flexibilisering van de vakantiewetgeving, SMA 2001, p. 5-13; C.J. Loonstra, Laat de praktijk het maar uitzoeken. Over de nieuwe vakantiewetgeving, SR 2001, p. 323-324; Van Drongelen 2003, p. 2-8; G.J. Mulder, Geniet nou eens!, SR 2006, p. 205-207.

110 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 29).

111 HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU), JAR 2001/158 (r.o. 43).

112 HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01 (Merino Gómez), Jurispr., p. I-2605 (r.o. 30).

113 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 32).

114 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 31).

115 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/02 (r.o. 33).

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

lijn niet uitdrukkelijk is bepaald dat ervan mag worden afgeweken.¹¹⁶ Dit maakt dat het volgens het Europese Hof van Justitie dan ook niet van belang is of een financiële vergoeding voor de jaarlijkse vakantie met behoud van loon op een overeenkomst is gebaseerd.¹¹⁷ Het Europese Hof van Justitie geeft het volgende oordeel:

‘Artikel 7 (...) moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een nationale bepaling de mogelijkheid biedt dat tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst jaarlijkse vakantiedagen als bedoeld in artikel 7, lid 1, die in een bepaald jaar niet zijn opgenomen, worden vervangen door een financiële schadevergoeding in een volgend jaar.’¹¹⁸

Daarmee is dan ook de hiervoor gegeven redenering van de wetgever van tafel geveegd en is eigenlijk de tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ingediende motie¹¹⁹ alsnog gerealiseerd. In deze motie is de regering gevraagd om het onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen consequent te hantieren en zo te vermijden dat door het doorschuiven van vakantieaanspraken naar een volgend jaar deze hun wettelijke karakter verliezen. De indieners van deze motie vrezen dat dit tot onrechtvaardige situaties kan leiden wanneer een werknemer zijn wettelijke vakantiedagen niet kan opnemen. Zij vinden dan ook dat wettelijke vakantiedagen, ook als zij doorschuiven naar een volgend jaar, hun wettelijke karakter moeten behouden. Deze motie is destijds door de regering gekwalificeerd als onuitvoerbaar,¹²⁰ wat later wel enigszins is genuanceerd, maar onder de handhaving van het standpunt dat deze benadering zou leiden tot een te grote administratieve belasting.¹²¹ Vakantiedagen moeten dan immers op een bepaalde manier worden gekwalificeerd. Als zij eenmaal als onderdeel van de minimumaanspraak op vakantiedagen gekwalificeerd zijn geweest, kunnen zij ook niet in een volgend jaar worden afgekocht. Koster¹²² meent dat het met die praktische uitvoerbaarheid wel zal meevallen, maar het onderscheid dat wij kennen tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantieaanspraken¹²³ en de regeling in artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn, die alleen geldt voor de wettelijke vakantieaanspraken, suggereert toch dat dit anders zou kunnen zijn. Dat wordt nog eens versterkt doordat volgens de Hoge Raad¹²⁴ de oudste vakantieaanspraken als eerste worden opgenomen, terwijl het criterium ‘oudste vakantieaanspraak’ niets zegt over het al dan niet zijn van bovenwettelijke vakantieaanspraak.

116 Zie ook: HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU) (r.o. 41).

117 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 34).

118 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05 (FNV/Staat der Nederlanden), JAR 2006/102 (r.o. 35).

119 Zie Kamerstukken II 1997/98, 26079, 22 (motie Bussemaker/Schimmel).

120 Zie Kamerstukken I 1999/2000, 26079, 176, p. 4; Kamerstukken II 1999/2000, 27079, 3, p. 6.

121 Zie Kamerstukken II 2000/01, 27079, 17a (memorie van antwoord), p. 5.

122 M. Koster, Vakantiedagen: opnemen of uitbetalen? Uitwerking in de praktijk, *ArbeidsRecht* 2006/12, p. 13-17

123 Zie Kamerstukken II 2000/01, 27079, 17a (memorie van antwoord), p. 5.

124 HR 22 juni 1988, NJ 1988/954.

Maar er is meer wat verwarrend is in de Nederlandse wetgeving. Het Europese Hof van Justitie zegt over het wettelijke voorschrift, dat dit niet dubbelzinnig mag zijn als het gaat over de mogelijkheid om vakantieaanspraken te vervangen door een financiële vergoeding. Het wettelijke voorschrift in kwestie is artikel 7:640 BW. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat een werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst geen afstand kan doen van zijn aanspraak op vakantie tegen schadevergoeding. Lid 2 van artikel 7:640 BW geeft uitdrukkelijk aan dat het in lid 1 van dit artikel gaat om de wettelijke *minimum* vakantieaanspraken. Dat lid 1 van artikel 7:640 BW heeft de toenmalige wetgever zo uitgelegd dat door het overhevelen van wettelijke minimum vakantieaanspraken naar een volgend jaar deze hun wettelijke status verliezen, maar deze uitleg is door het Hof in het FNV-arrest veroordeeld. Het artikellid is echter niet aangepast en biedt dan ook nog steeds de mogelijkheid om het uit te leggen op een manier die het Hof niet accepteert en dat lijkt ons in strijd met het FNV-arrest. De nationale bepaling geeft, kortom, de mogelijkheid tot een uitleg die strijdig is met de Arbeidstijdenrichtlijn. De plicht tot conforme interpretatie¹²⁵ kan er in de praktijk wel voor zorgen dat er in concreto geen strijdigheid zal ontstaan. Omdat uit het FNV-arrest volgt dat waar het gaat over de mogelijkheid om vakantieaanspraken te kunnen vervangen door een financiële vergoeding, ondubbelzinnigheid is geboden, begrijpen we niet zo goed waarom de wetgever na voornoemd arrest de formulering van artikel 7 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn niet in artikel 7:640 lid 1 BW heeft overgenomen.

Een andere vraag is of ziekte gevolgen heeft voor de hoogte van het loon bij de afkoop van de vakantieaanspraken bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Deze vraag is voorgelegd aan de kantonrechter in Rotterdam.¹²⁶ De werkneemster in kwestie heeft aanspraak op 22,5 vakantiedagen per jaar. Op enig moment wordt de werkneemster ziek en na het verstrijken van de wettelijke periode waarop op grond van artikel 7:629 lid 1 BW op de werkgever een loondoorbetalingsverplichting rust, zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst op, niet dan nadat hij toestemming heeft gekregen van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen om de arbeidsverhouding te mogen opzeggen op grond van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945.¹²⁷ Van welk loon moet worden uitgegaan bij de vaststelling van de schadevergoeding: 70% van het loon wegens ziekte of 100%? Waar het gaat om het vaststellen van de hoogte van het afkoopbedrag van vakantieaanspraken stelt de kantonrechter eenvoudig dat het loon waarvan in artikel 7:640 BW sprake is, het gehele ter zake van de bedongen arbeid overeengekomen loon is. De werkneemster moet tijdens haar vakantie in

125 HvJ EG 10 april 1984, C-14/83 (Von Colson en Kamann), Jur. 1984, p. 1891 (r.o. 26). Zie ook: HvJ EG 10 april 1984, C-79/83 (Harz), Jur. 1984, p. 1921. Deze verplichting is later bevestigd in o.a.: HvJ EG 15 maart 1986, C-222/84 (Johnston), Jur. 1986, p. 1651.

126 Ktr. Rotterdam 7 maart 2014, JAR 2014/185.

127 Besluit van 5 oktober 1945, houdende vaststelling van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, Stb. 1945, F 214. Artikel 6 BBA 1945 is vervallen met ingang van 1 juli 2015; zie artikel III Wet werk en zekerheid, Stb. 2014. 216 en artikel 2 Besluit van 10 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid, Stb. 2014, 274.

een situatie worden gebracht die wat betreft de beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de perioden waarin is gewerkt. Met een verwijzing naar het Schultz-Hoff-arrest van het Europese Hof van Justitie (zie paragraaf 7) oordeelt de kantonrechter dat bij de afkoop in ieder geval wat betreft de wettelijke minimum vakantietoelagen moet worden uitgegaan van het volledige loon.

9.2 'All-in uurloon'

Een ander verschijnsel waarbij de afkoop van vakantietoelagen een rol kan spelen, is het zogenoemde 'all-in uurloon'. Albert Heijn BV, Gall & Gall BV en Etos BV hebben met ingang van januari 2009 deze loonvorm ingevoerd voor werknemers met een dienstverband van 48 uur of minder voor een periode van vier weken of maximaal 12 uur per week. Dat uurloon bevat (1) het basisuurloon, (2) de opgebouwde uren arbeidsduurverkorting, (3) de opgebouwde vakantietoelage, (4) de loonwaarde van de opgebouwde vakantiedagen, en (5) het naar evenredigheid vaste gedeelte van de jaarlijkse winstuitkering. Onderdeel 4 geeft aan dat het all-in uurloon onder meer de waarde van de opgebouwde vakantie-uren behelst. Daar het Europese Hof van Justitie heeft bepaald dat het daadwerkelijk opnemen van vakantie in de zin van daadwerkelijke rust niet onder druk mag komen te staan, is het de vraag of 'all-in uurloon' is toegestaan.¹²⁸ De Haarlemse voorzieningenrechter heeft zich in 2009¹²⁹ gebogen over het beantwoorden van die vraag en gaat in die zaak mee in de redenering van de werkgevers dat de uitbetaling van de vakantiedagen in het all-in uurloon geheel losstaat van de opname van vakantiedagen. De werknemers in kwestie behouden onverkort het recht om hun vakantie op te nemen. Bovendien is het alleen vooruitbetalen van de vakantiedagen, gelet op de aard en omvang van de dienstverbanden (deeltijders) in kwestie, niet in strijd met de wet, volgens de voorzieningenrechter. De vakantie-rechten worden niet vervangen door een bedrag in geld en er worden volgens de rechter geen belemmeringen opgeworpen voor het daadwerkelijk genieten van vakantie.¹³⁰

Opvallend is dat de voorzieningenrechter het van belang vindt dat het gaat om deeltijders, terwijl het Europese Hof van Justitie voor de toepasselijkheid van de vakantie-regeling in de Arbeidstijdenrichtlijn al in het BECTU-arrest uit 2001 uitdrukkelijk heeft bepaald dat voor de reikwijdte van artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn geen onderscheid kan worden gemaakt op basis van het criterium of iemand een dienstverband al dan niet in deeltijd heeft. Er kan immers geen onderscheid worden gemaakt tussen werknemers (zie paragraaf 4). Wat vervolgens moet worden vastgesteld, is dat in de omschrijving van het all-in uurloon expliciet is opgenomen dat het gaat om 'de loonwaarde van de opgebouwde vakantiedagen'. De voorzieningenrechter kan dan wel meegaan met de redenering van de werkgevers in de voornoemde zaak dat 'deze werknemers onverkort hun rechten behouden om hun vakantie op te nemen', maar dat kan dan uitsluitend nog gaan om onbetaalde vakantie(aanspraken). De constructie kan derhalve een

128 HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (Robinson-Steele), JAR 2006/84 (r.o. 60).

129 V.zr. Haarlem 13 maart 2009, JAR 2009/104.

130 V.zr. Haarlem 13 maart 2009, JAR 2009/104 (r.o. 4.4.3).

met het doel van de Arbeidstijdenrichtlijn onverenigbare prikkel vormen om afstand te doen van vakantierust of om werknemers ertoe te brengen daarvan afstand te doen, zoals het Europese Hof van Justitie onder andere in het FNV-arrest heeft betoogd, en daarmee in strijd zijn met het afkoopverbod in artikel 7 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn.¹³¹ Het vorenstaande maakt het nog onbegrijpelijker dat het Amsterdamse hof in 2009¹³² het vonnis van de voorzieningenrechter in hoger beroep heeft bekrachtigd. Opmerkelijk is dat dit hof er (terdege) rekening mee houdt dat het Europese Hof van Justitie in dit of een soortgelijk geschil dat aan hem wordt voorgelegd dan een nuancering zal aanbrengen op het FNV-arrest uit 2006 en zich niet zal verzetten tegen het opnemen van de loonwaarde van (opgebouwde) vakantieaanspraken in een all-in uurloon. Het moet dan gaan om (kleine) deeltijders en zeer lage (afkoop)bedragen, waarbij de uitbetaling voorafgaand aan het daadwerkelijk opnemen van vakantiedagen geen reële invloed zal hebben op het effectief genieten van vakantie. Als het hof te Amsterdam serieus rekening houdt met deze uitleg van artikel 7 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn, waarom is deze vraag dan niet voorgelegd aan het Europese Hof van Justitie? Het betreft immers geen *acte clair* of *eclairé*.¹³³

In 2011 komt de constructie van het all-in uurloon opnieuw aan de orde. De Leeuwardense kantonrechter gaat in 2011¹³⁴ zelfs nog verder dan het Amsterdamse hof. De kantonrechter in kwestie geeft een eigen uitleg aan het FNV-arrest. Anders dan het Amsterdamse hof meent deze rechter dat het FNV-arrest zich niet verzet tegen de betaling van een all-in uurloon, als een dergelijke beloning maar niet (impliciet) leidt tot het afkopen van vakantieaanspraken. Die redenering doet vreemd aan; dat is immers toch precies wat er gebeurt bij het all-in uurloon, namelijk het betalen van de loonwaarde van de vakantieaanspraken? Dit gecombineerd met het feit dat voor de reikwijdte van artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn geen onderscheid kan worden gemaakt naar de omvang van de arbeidsduur (zie paragraaf 5), maakt dat wij de redenering van Zwemmer,¹³⁵ die in feite niet meer doet dan de redenering van de laatstbedoelde rechter herhalen, niet kunnen volgen. Zwemmer merkt overigens op dat wel van belang is dat op de loonstrook bij de gespreide uitbetaling van de loonwaarde van de vakantieaanspraken tegelijk

131 J. van Drongelen, All-in uurloon in strijd met wetgeving, Sociale Zaken Actueel 2009/26, p. 7. Zie ook: Ktr. Eindhoven 27 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1239.

132 Hof Amsterdam 27 oktober 2009, JAR 2009/284. Zie ook: Ktr. Amsterdam 10 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:67; P. Maarsen, Vordering tot betaling vakantiedagen afgewezen, RvM 2014/2, p. 13-14.

133 Op grond van artikel 277 VWEU zijn gerechten waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep verplicht zich tot het Hof te wenden wanneer zich vragen met betrekking tot de toepassing of uitleg van EU-recht voordoen; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981J0283:NL:HTML>. Het hoeft hier dus niet noodzakelijk om de hoogste nationale rechter te gaan: wanneer tegen een uitspraak van een rechter geen 'gewoon rechtsmiddel' meer openstaat, is deze rechter verwijzingsplichtig. De nationale rechter is in geval van een *acte clair* of *acte éclairé* niet langer verplicht tot het stellen van zijn vraag, maar wel bevoegd. Het Cilfit-arrest (283/81) heeft eveneens duidelijk gemaakt dat er niet te snel aangenomen mag worden dat er sprake is van *acte clair* of *eclairé*, HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, Jur. 1982, p. 3415.

134 Ktr. Leeuwarden 9 februari 2011, JAR 2011/158.

135 In zijn noot bij Ktr. Leeuwarden 9 februari 2011, JAR 2011/158.

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

met het loon wordt vermeld wat die loonwaarde is en welk deel daarvan in de desbetreffende periode wordt uitbetaald. Voor het al dan niet toestaan van het all-in uurloon wordt door de Zaanse kantonrechter in 2013¹³⁶ weer een nieuw argument toegevoegd. Deze kantonrechter gaat ervan uit dat dit toegestaan is en voert hiertoe aan dat het all-in uurloon in verschillende branches expliciet in cao's is opgenomen en hieraan goedkeuring is verleend door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Deze argumentatie is weinig overtuigend, daar de nationale regelgeving bij tijd en wijle strijdig wordt bevonden met Europees recht, bijvoorbeeld de Arbeidstijdenrichtlijn.¹³⁷ Goedkeuring van cao's door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid biedt geen garantie tegen (eventuele) strijdigheid met artikel 7 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn op te heffen.

Voor het all-in uurloon is ten slotte de uitspraak van de Eindhovense kantonrechter van maart 2014¹³⁸ van belang. Deze kantonrechter stelt dat 'all-in salaris' in strijd is met het in artikel 7:640 BW geregelde verbod op afkoop van vakantieaanspraken tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst, en dat vooruitbetalen van de loonwaarde van de vakantie niet overeenkomt met de in artikel 7:639 lid 1 BW geregelde vakantie met behoud van loon. Wij kunnen ons geheel vinden in deze uitleg.

9.3 *De afkoop na de beëindiging van het dienstverband*

Dan is er nog een vraag te beantwoorden die te maken heeft met de situatie waarin de afkoop van vakantieaanspraken wel is toegestaan. De vraag is namelijk wat precies wordt bedoeld met de in het kader van het zogenoemde 'afkoopverbod' in artikel 7 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn gebezigde terminologie 'in geval van beëindiging van het dienstverband'. In de Arbeidstijdenrichtlijn is het begrip 'dienstverband' niet nader gedefinieerd. De betekenis van dit begrip moet worden afgeleid uit de betekenis van het begrip 'arbeidstijd', omschreven als 'de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken' (zie paragraaf 2.2). Deze omschrijving van het begrip 'arbeidstijd' en zeker van de elementen 'ter beschikking staat van de werkgever' en 'zijn werkzaamheden of functie uitoefent' is een gevolg van het feit dat in de Arbeidstijdenrichtlijn de begrippen 'werkgever' en 'werknemer' niet nader zijn omschreven. De elementen 'ter beschikking staat van de werkgever' en 'zijn werkzaamheden of functie uitoefent' zijn in artikel 7:610 lid 1 BW een onderdeel van de begrippen 'werkgever' en 'werknemer' die in de definitie van de arbeidsovereenkomst wor-

136 Ktr. Zaandam 21 november 2013, JAR 2014/29.

137 Een mooi voorbeeld hiervan is de wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in april 2005 in verband met de organisatie van de deskundige bijstand bij het arbeidsomstandighedenbeleid, Stb. 2005, 202. Een ander voorbeeld is de wijziging van de in het op de Arbeidstijdenwet gebaseerde Arbeidstijdenbesluit geregelde aanwezigheidsdienst als uitvloeisel van het Jaeger-arrest, Stb.2005, 605.

138 Ktr. Eindhoven 27 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1239.

den gehanteerd.¹³⁹ Een en ander betekent dat de term ‘dienstverband’ bij het afkoopverbod in de Arbeidstijdenrichtlijn voor ons land kan worden gelezen als arbeidsovereenkomst. In artikel 7:640 lid 1 BW is de afkoop van vakantieaanspraken niet toegestaan ‘tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst’. Artikel 7:641 lid 1 BW geeft aan dat de werknemer die bij het einde van de arbeidsovereenkomst nog aanspraak heeft op vakantie, recht heeft op een uitkering in geld tot een bedrag van het loon over het tijdvak dat overeenkomt met die aanspraak. Daar doet zich de interessante vraag voor wat zal gelden als de werknemer na twee jaar ziekte een nieuwe arbeidsovereenkomst – een lagere functie en daarmee ook loon – bij dezelfde werkgever aangaat. Kunnen de vakantieaanspraken die zijn opgebouwd tijdens de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst, voordat de werknemer ziek werd, worden afgekocht? Die vraag moet bevestigend worden beantwoord, althans niet valt in te zien waarom dit niet zou kunnen. Artikel 7:641 lid 1 BW heeft het immers over vakantieaanspraken bij het einde van de arbeidsovereenkomst die in geld uitgekeerd kunnen worden. In lid 3 van artikel 7:641 BW is sprake van de nieuwe werkgever en het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst, wat in het geschetste voorbeeld nu juist niet het geval is. Artikel 7 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn verzet zich naar onze mening niet tegen een dergelijke uitleg.

9.4 De overleden werknemer en de niet genoten vakantieaanspraken

Tot slot de situatie waarin sprake is van het tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst overlijden van de werknemer. Op grond van artikel 7:674 lid 1 BW eindigt de arbeidsovereenkomst dan van rechtswege. Het feit dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt door de dood van de werknemer, bevestigt nadrukkelijk het persoonlijke karakter van die overeenkomst. Desalniettemin rusten op de erfgenamen van de overleden werknemer rechten en plichten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de overleden werknemer. Artikel 4:182 BW bepaalt dat de erfgenamen de erflater, in dit geval de overleden werknemer, in beginsel van rechtswege opvolgen daar waar het gaat om voor overgang vervatbare rechten. Dat brengt met zich dat de erfgenamen in volle omvang opvolgen in de rechtspositie van de erflater wat betreft diens vermogensrechtelijke rechtsverhouding(en) met derden, zoals in dit geval een arbeidsovereenkomst. Alle rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst tussen de overleden werknemer en de werkgever gaan dus – uitzonderingen daargelaten – van rechtswege over op de wettelijke erfgenamen. Daarbij moet worden gedacht aan de betaling van loon, waaronder het recht op toekenning van aandelenopties¹⁴⁰ en de vakantietoeslag als onderdeel van de in artikel 7:674 lid 3

139 Zie ook: J. van Drongelen, The concept of ‘working time’ in the Working Time Directive and the Dutch Working Time Act, *European Labour Law Journal* 2012/1, p. 100.

140 Ktr. Amsterdam 4 december 2000, JAR 2001/3.

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

BW geregelde overlijdensuitkering waarop de nagelaten betrekkingen¹⁴¹ aanspraak maken. Ook niet overeengekomen recht, zoals een ontbindingsvergoeding die op grond van artikel 7:685 lid 2 BW door de kantonrechter aan de werknemer voor diens overlijden is toegekend, maar door de werkgever nog niet is voldaan, gaat over op de erfgenamen.¹⁴² Dat geldt eveneens voor een beëindigingsvergoeding op grond van een vaststellingsovereenkomst.¹⁴³ Tegenover deze rechten staan, logischerwijs, ook plichten voor de erfgenamen, zoals de teruggave van een (bedrijfs)auto, telefoon en/of computer.¹⁴⁴

Terug naar het onderwerp van deze bijdrage: hoe zit het, in het licht van het vorenstaande, met de door de overleden werknemer nog niet opgenomen vakantieaanspraken? Artikel 7:674 lid 1 BW leert dat de dood van de werknemer de arbeidsovereenkomst van rechtswege doet eindigen. Hebben zijn erfgenamen dan recht op uitbetaling van de niet opgenomen vakantieaanspraken die zijn opgebouwd tot het tijdstip van overlijden? Deze vraag heeft de Assense kantonrechter voorgelegd gekregen in november 2009.¹⁴⁵ De kantonrechter oordeelt dat geen sprake is van een aanspraak op uitbetaling van vakantie-uren die met het overlijden van de werknemer zijn overgegaan. De vordering wegens niet genoten vakantie-uren op grond van artikel 7:641 lid 1 BW ontstaat én wordt dus eerst vorderbaar en inbaar vanaf het moment van het einde van de arbeidsovereenkomst. Eerst als gevolg van het overlijden van de betrokken werknemer is de arbeidsovereenkomst geëindigd. Echter, op datzelfde moment was de betrokken werknemer niet meer in leven. Hij heeft als gevolg daarvan zelf geen aanspraak kunnen verkrijgen op uitbetaling van zijn vakantie-uren. Nu hij deze aanspraak niet heeft gehad, kan deze ook niet door vererving op zijn erfgenamen zijn overgegaan. Op het moment van beëindiging van de arbeidsovereenkomst is er geen werknemer meer aan wie op grond van artikel 7:641 lid 1 BW het recht toekomt op uitbetaling van de niet genoten vakantie-uren. Deze redenering is niet geheel onlogisch, maar inmiddels is duidelijk dat de gehanteerde argumentatie onjuist is. Er heeft echter gedurende enige tijd onduidelijkheid bestaan over de vraag of vakantieaanspraken overerfbaar zijn.

De kantonrechter in Amersfoort beslist in 2007¹⁴⁶ dat de vakantieaanspraken rechtstreeks in de nalatenschap vallen en om die reden wel degelijk overdraagbaar

141 Er is dus een verschil in aanduidingen. In artikel 4:182 BW is sprake van erfgenamen en in artikel 7:674 lid 3 BW gaat het om nagelaten betrekkingen. Dat is een nader aangegeven groep personen, namelijk die personen met wie de overledene in familierechtelijke betrekking stond, zoals de echtgeno(o)t(e), de geregistreerd partner, degene met wie hij ongehuwd samenwoonde, de minderjarige kinderen of degene met wie de werknemer in gezinsverband leefde en in wiens kosten van bestaan hij grotendeels voorzag. Meer hierover: J.M. Gaarhuis, Geen vakantie voor overleden werknemer, maar wel voor nabestaanden?, *ArbeidsRecht* 2010/10, p. 26-27.

142 Hof Amsterdam 24 augustus 2006, JAR 2006/302.

143 Ktr. Amsterdam 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6265. Zie ook: P. Maarsen, Gevolgen van het overlijden van een werknemer, *Sociale Zaken Actueel* 2012/36, p. 7.

144 Gaarhuis 2010, p. 26.

145 Ktr. Assen 17 november 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BK3558.

146 Ktr. Amersfoort 18 juli 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BL5496. Zie ook: Gaarhuis 2010, p. 26-30.

zijn, omdat de wijze van beëindigen van de arbeidsovereenkomst voor de afkoop van vakantieaanspraken niet van belang is. De Amersfoortse kantonrechter voegt daar nog aan toe dat vakantieaanspraken een recuperatiefunctie hebben. Dat betekent dat de werknemer normaal gesproken in de gelegenheid moet worden gesteld om tijdens zijn dienstverband vakantie op te nemen en zo te herstellen van de inspanningen van het verrichten van arbeid. Dat is ook het uitgangspunt van het beginsel dat vakantieaanspraken gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst niet kunnen worden afgekocht. Dit brengt weer met zich dat een werknemer tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst geen afstand kan doen van zijn vakantieaanspraken, maar uitsluitend na afloop van de arbeidsovereenkomst. Deze redenering vindt in 2011 bijval van de kantonrechter in Leeuwarden.¹⁴⁷ In die uitspraak wordt nog opgemerkt dat de wetgever destijds uitdrukkelijk kenbaar heeft gemaakt dat eenmaal verworven vakantieaanspraken nooit worden aangetast, ook niet wanneer een werknemer op staande voet wordt ontslagen.¹⁴⁸ De Assense kantonrechter voegt in 2012¹⁴⁹ weer een argument toe. Als de nabestaanden geen uitbetaling van de niet genoten vakantiedagen kunnen vorderen, heeft dat als gevolg dat de werkgever wordt bevoordeeld door het overlijden van de werknemer en dat kan niet de bedoeling zijn.¹⁵⁰

Het Europese Hof van Justitie hakt in 2014 in het Bollacke-arrest¹⁵¹ de knoop door met de eenvoudige redenering dat het overlijden van de werknemer, waardoor de arbeidsovereenkomst eindigt (zie ook artikel 7:674 lid 1 BW), de werkgever van de overleden werknemer niet vrijstelt van de betaling van de financiële vergoeding waarop die werknemer normaal recht zou hebben gehad voor niet opgenomen jaarlijkse vakantieaanspraken met behoud van loon. Bovendien mag het recht op die vergoeding niet afhankelijk worden gesteld van een daartoe strekkende voorafgaande aanvraag.¹⁵² In zijn noot vraagt Funke¹⁵³ zich af of het Europese Hof van Justitie wel volledige duidelijkheid verschaft, omdat de verplichting tot uitbetalen van vakantieaanspraken alleen geldt voor wettelijke minimum vakantieaanspraken en niet voor bovenwettelijke vakantieaanspraken. Het Hof heeft namelijk in het Neidel-arrest¹⁵⁴ (zie paragraaf 3) geoordeeld dat de uitbetaling van vakantieaanspraken aan het einde van een arbeidsovereenkomst alleen ziet op de minimum vakantieaanspraken waarvan in artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn sprake is.¹⁵⁵ Funke vervolgt met de opmerking dat de bovenwettelijke vakantieaanspraken op grond van de Arbeidstijdenrichtlijn dus niet hoeven te worden uitbetaald aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Hij komt vervol-

147 Ktr. Leeuwarden 29 juni 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BR0011.

148 Zie ook: J. van Drongelen, Vakantieaanspraken van een overleden werknemer, Sociale Zaken Actueel 2012/10, p. 7-8.

149 Ktr. Assen 12 juni 2012, JAR 2012/176. Zie Maarsen 2012, p. 7-8.

150 Van Drongelen & Fase 2013, p. 269-270.

151 HvJ EU 12 juni 2014, C-118/13 (Bollacke/K+KKlaas & Kock B.V. & Co. KG), JAR 2014/179.

152 HvJ EU 12 juni 2014, C-118/13 (Bollacke/K+KKlaas & Kock B.V. & Co. KG), JAR 2014/179 (r.o. 29).

153 H.J. Funke in zijn noot in JAR 2014/179.

154 HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10 (Georg Neidel/Stadt Frankfurt am Main), JAR 2012/154.

155 HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10 (Georg Neidel/Stadt Frankfurt am Main), JAR 2012/154 (r.o. 33).

H.J. van Drongelen, J. TenHoor & S.J. Rombouts

gens met een enigszins gekunstelde redenering tot de conclusie dat in onze vakantiewetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen de wettelijke minimum en de bovenwettelijke vakantieaanspraken en dus ook de bovenwettelijke vakantieaanspraken moeten worden uitbetaald aan de erfgenamen, terwijl het Hof die mogelijkheid openlaat door te stellen dat op grond van nationale bepalingen die een recht geven op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van meer dan vier weken, ook de vergoeding kan worden toegekend onder de in die nationale bepalingen vastgestelde voorwaarden.¹⁵⁶

Over de tegenovergestelde situatie heeft het Europese Hof van Justitie zich nog niet uitgelaten. Het gaat dan om de situatie waarin door de overleden werknemer meer vakantieaanspraken zijn opgenomen dan waarop hij recht heeft gehad. Moeten de nabestaanden dit 'teveel' vergoeden? Wij denken van wel, maar gezien de strekking van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn is het de vraag of die kwestie ooit opgehelderd zal worden.

10 Slotbeschouwing

In de inleiding is ingegaan op het bijzondere belang dat op Europees niveau wordt gehecht aan het recht op vakantie. In deze bijdrage is vervolgens aan de orde gekomen hoe het Europese recht op vakantie zich verhoudt tot het recht op vakantie zoals dat in Nederland is geregeld. Aan het eind van deze bijdrage is het nuttig de balans op te maken.

Het recht op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van het sociaal recht van de Europese Unie (EU), dat moet worden toegekend aan alle werknemers, ongeacht waar zij in de EU werkzaam zijn of worden tewerkgesteld. Ook is duidelijk dat de 'jaarlijkse vakantie met behoud van loon' in artikel 31 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn betekent dat het loon tijdens die jaarlijkse vakantie moet worden doorbetaald en dat de werknemer wat betreft de rustperiode zijn normale loon moet ontvangen. Zo bezien is het recht op vakantie inmiddels behoorlijk geharmoniseerd. De in de Arbeidstijdenrichtlijn vastgelegde 'all-European holiday' betreft dan weliswaar een minimumharmonisatie, maar is door het Europese Hof van Justitie langzaam maar zeker steeds verder ingekleurd. Die inkleuring vindt overigens niet in één strakke lijn plaats. Dat is ook logisch, gezien de casuïstiek waarmee het Europese Hof van Justitie wordt geconfronteerd, maar voor de nationale wetgever levert dit wel vragen op. In het arrest Schultz-Hoff lijkt het zonneklaar: het verval van vakantieaanspraken van een arbeidsongeschikte werknemer is niet mogelijk. Uit het arrest KHS/Schulte blijkt dat toch anders te liggen. Deze rechtsontwikkeling maakt het voor de nationale wetgever dus niet altijd gemakkelijk een vakantiewetgeving te realiseren die, wat betreft de minimaal aanspraken, niet in strijd is met het Europees recht.

156 HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10 (Georg Neidel/Stadt Frankfurt am Main), JAR 2012/154 (r.o. 34).

Het meest interessant is de verhouding tussen het nationale en het Europese recht op het punt waar het Nederlandse recht mogelijkwijs niet in overeenstemming is met het Europese recht. Het meest in het oog springende punt is daarbij de in paragraaf 8.2 besproken vervaltermijn van artikel 7:640a BW en de uitzondering daarop. Wanneer de vervaltermijn voor vakantieaanspraken uit artikel 7:640a BW zou worden verlengd tot een periode die de referentieperiode van een jaar wezenlijk overschrijdt, zou de wetgever de onzekerheid over de verenigbaarheid met het Europese recht weghalen. In dat geval kan ook de uitzondering op de hoofdregel van artikel 7:640a BW – ‘redelijkerwijs niet in staat om vakantie op te nemen’ – vervallen. Al zou een periode van vijftien maanden hoogst waarschijnlijk in overeenstemming zijn het Europese recht, pleiten wij toch voor een vervaltermijn van achttien maanden na het einde van het jaar waarin de vakantieaanspraken zijn ontstaan, omdat deze termijn in overeenstemming is met Verdrag nr. 132 van de Internationale Arbeidsorganisatie.

Om voor de rechtspraak duidelijkheid te scheppen over de precieze inhoud van het Europese recht op vakantie is niet alleen de Nederlandse wetgever aan zet, maar ook het Europese Hof van Justitie. De mogelijkheid van de vervaltermijn voor vakantieaanspraken vindt haar grondslag in artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn en meer specifiek in de terminologie ‘overeenkomstig de in de nationale wetten en gebruiken geldende voorwaarden’. Lid 2 van dit artikel verbiedt de afkoop van vakantieafspraken tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst. Dat houdt het Europese Hof van Justitie ook strikt aan, met een beroep op het belang van een daadwerkelijke rust en de herstelfunctie die aan vakantie wordt toegekend. Door de ruimte die lid 1 van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn biedt aan nationale wetten of gebruiken om voorwaarden te scheppen in relatie tot vakantie is het toch mogelijk dat wanneer een werknemer niet in staat is geweest de vakantieaanspraken op te nemen, die aanspraken vervallen tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst, terwijl de werknemer de vakantieaanspraken niet mag ‘verzilveren’ tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst, ook niet als hij niet in staat is geweest om deze vakantieaanspraken op te nemen. Dat lijkt toch weinig consistent en er rust naar onze mening op het Europese Hof van Justitie de mooie taak om daar enige stroomlijning in aan te brengen. Dat leidt dan tot óf het verval van vakantieaanspraken niet meer accepteren, óf de afkoop van vakantieaanspraken onder strikte voorwaarden mogelijk maken. Dat betekent dan weer dat lid 2 van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn niet meer zuiver taalkundig zou moeten worden benaderd.

Kortom: voor zowel de Nederlandse wetgever als het Europese Hof van Justitie is werk aan de winkel om de nog bestaande onduidelijkheden rondom het Europese recht op vakantie en de Nederlandse inkleuring daarvan weg te nemen.