

ANNOTATIE

# Verval vakantiedagen na 6 maanden in strijd met de Arbeidstijdenrichtlijn?

*prof. mr. dr. W.L. Roozendaal*

## Inleiding

Vakantierechten mogen volgens het bekende Schultz-Hoff arrest van het Hof van Justitie vervallen, mits werknemers daadwerkelijk in de gelegenheid zijn geweest om de vakantiedagen op te nemen. In weer een nieuwe vakantiezaak laat de A-G Trstenjak zich uit over de eventuele grenzen die aan de duur van de vervaltermijn gesteld kunnen worden. Een vervaltermijn van zes maanden is volgens haar te kort. Als deze conclusie door het Hof wordt overgenomen, rijst de vraag of de vervaltermijn van 6 maanden na het jaar van toekenning in het nieuwe artikel 7:640a BW wel in overeenstemming is met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88.

## De casus

Bankwerker Schulte was vanaf april 1964 in dienst bij KHS toen hij in 2002 zwaar gehandicapt werd als gevolg van een hartinfarct. Hij was sindsdien volledig invalide. De arbeidsverhouding eindigde in 2008. De vraag in geding was, of hem een vergoeding voor niet genoten vakantiedagen toekwam voor de periode van 2006 tot 2008. Die vakantiedagen waren volgens de toepasselijke bepaling in de cao al vervallen, in ieder geval voor de jaren 2006 en 2007.

In het arrest van 20 januari 2009, Schultz Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06) heeft het Hof verklaard dat het verval van het recht op vakantie na een zekere periode weliswaar verenigbaar is met artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88, maar enkel onder de voorwaarde dat de betrokken werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van het hem door de richtlijn verleende recht gebruik te maken. Volgens dit arrest bestaat die mogelijkheid niet voor werknemers die gedurende de gehele referentieperiode of langer met ziekteverlof waren (r.o. 43). Daarmee lijkt het antwoord op deze casus gegeven: ondanks de vervaltermijn in de cao had Schulte recht op de minimale vakantie volgens Richtlijn 2003/88.

## De prejudiciële vraag

De verwijzende rechter twijfelde echter of het Hof van Justitie wel zou hebben bedoeld, dat de vakantierechten van een werknemer als Schulte onbeperkt zouden cumuleren zolang het dienstverband voortduurde, kennelijk omdat dit hem een ongerijmd gevolg leek. Als het Hof

van Justitie dit met hem eens zou zijn, vroeg de verwijzende rechter zich af of dan wel minstens een vervaltermijn van 18 maanden na het jaar van toekenning gerespecteerd moest worden. Deze termijn is ontleend aan Verdrag nr. 132 van de IAO over de jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Dit verdrag is in het Schultz-Hoff-arrest van belang verklaard voor de uitleg van de Arbeidstijdenrichtlijn.

### **Opvatting A-G**

De A-G gaat eerst na of de Arbeidstijdenrichtlijn voorschrijft dat het behoud van vakantiedagen in een geval als dat van Schulte ongelimiteerd moet zijn, en meent dat uit de benadering van het Hof valt af te leiden dat dat niet het geval is. Gelet op de betrokken belangen acht zij een ongelimiteerd behoud van vakantiedagen ook niet wenselijk. De redenen daarvoor zijn, dat de recuperatiefunctie een zekere temporele nabijheid vereist tussen de verrichte arbeid en het opmaken van vakantie; dat de werknemer ook genoeg uitrust van een vakantie van zeg vier weken, en dat een langere vakantie die recuperatiefunctie niet versterkt; dat een lange vakantie van langdurig zieke werknemers na hun herstel hun integratie in het arbeidsproces bovendien tegengaat en dat de toekomstige opbouw ervan werkgevers kan aanzetten tot tijdig ontslag. De onbeperkte cumulatie kan met name kleine en middelgrote werkgevers in organisatorische en financiële problemen brengen. Het uitkeren van vakantietegoeden na het einde van het dienstverband kan voorts onbedoeld uitpakken als een verkapte ontslagvergoeding. Een zekere begrenzing is bovendien in overeenstemming met IAO-verdrag 132.

Helemaal overtuigend is dit betoog wat mij betreft niet, omdat feitelijk een belangenafweging wordt toegepast op de vraag op hoeveel vakantiedagen een werknemer recht heeft als hij langdurig arbeidsongeschikt is. Het Hof houdt nu juist steeds vast aan het uitgangspunt dat een dergelijke afweging niet kan worden gemaakt, omdat artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn elke werknemer zonder onderscheid en onvoorwaardelijk recht geeft op dezelfde vakantie (zie bijvoorbeeld de arresten van 26 juni 2001, BECTU, C-173/99, punt 43; 18 maart 2004, Merino Gómez, C-342/01, punt 29, en 16 maart 2006, Robinson-Steele e.a., C-131/04 en C-257/04, punt 48). Het Hof geeft als het ware alle werknemers een gelijke behandeling, terwijl de A-G hier een poging doet een ongelijke behandeling te rechtvaardigen met behulp van een belangenafweging.

Wat voorts opvalt is dat het belang dat werknemers kunnen hebben bij vakantie uitsluitend wordt gezocht in de recuperatiefunctie. Vakantie staat mijns inziens echter niet alleen in het teken van het garanderen van veiligheid en gezondheid en het zich gereed maken om weer zo productief mogelijk te worden. Het recht op vakantie bestaat ook omdat mensen soms andere dingen moeten doen dan werken, of omdat ze zich willen ontplooien, er een privéleven op na houden. Dergelijke belangen kunnen niet worden gereduceerd tot de recuperatiefunctie. Ze zijn van oudsher in ieder geval in het Nederlandse recht een belangrijke doelstelling van de introductie van vakantierechten. De rechtsgrond die de minister aandroeg bij de introductie van het recht op vakantie in de jaren zestig van de vorige eeuw was niet alleen de noodzaak tot ontspanning, maar ook 'het recht van de arbeidende mens, deel te hebben aan de welvaart,

welke aan de maatschappij mede door zijn arbeid ten deel valt.' (*Kamerstukken II 1962/63, 7 168, nr. 5, p. 2*).

Als een belangenafweging wordt toegepast op de vraag op hoeveel vakantie een werknemer recht heeft, en bij die belangenafweging weegt aan de kant van de werknemer uitsluitend de recuperatiefunctie mee, dan leidt dat in uiterste consequentie tot de conclusie dat werknemers zouden moeten aantonen dat ze behoefte hebben aan een bepaald aantal vakantiedagen om te recupereren, en dat ze die vakantie daar dan ook voor moeten gebruiken. Bergbeklimmen in Nepal? Te vermoeiend, daar krijg je geen vakantiedagen voor. Boek maar een strandvakantie in Zeeland. Deze benadering lijkt mij derhalve onwenselijk, niet zozeer omdat de recuperatiefunctie zelf dan op het spel kan komen te staan, maar vanwege het verlies van zeggenschap van de werknemer over de inrichting van zijn privéleven. Ik heb desalniettemin begrip voor de gedachte dat eindeloos gecumuleerde vakantiedagen van een zieke werknemer niet als een verkapte ontslagvergoeding moeten uitpakken. Dat zou ook opgelost kunnen worden door niet alleen het opnemen, maar ook het vergoeden van vakantiedagen te koppelen aan de vraag of de werknemer fysiek gezien in staat is om vakantie te genieten.

De A-G zoekt de oplossing als gezegd in een vervaltermijn. Vervolgens gaat de A-G in op de vraag of een vervaltermijn van 18 maanden dan in overeenstemming zou zijn met de Richtlijn. Volgens de A-G moeten Lidstaten vrij worden geacht in het bepalen van grenzen aan de cumulatie van vakantie rechten, mits de gekozen voorwaarden niet de doeltreffendheid van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zodanig raken, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn in gevaar wordt gebracht. Deze grens is volgens de A-G in ieder geval niet bereikt bij een vervaltermijn van 18 maanden. Een vervaltermijn van zes maanden is echter te kort, gelet op het Schultz-Hoff arrest, waarin volgens de A-G de toepassing van deze termijn op de vakantie rechten van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer in strijd met artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn werd geacht, voor zover de werknemer niet daadwerkelijk in de gelegenheid was geweest om vakantie op te nemen. In die zaak was de wettelijke vervaltermijn drie maanden, en de vervaltermijn in de cao zes maanden.

### **Gevolgen voor Nederland**

Stel dat het Hof dit oordeel overneemt, heeft dit dan gevolgen voor de Nederlandse vakantiewetgeving? Wat betekent dit bijvoorbeeld voor de vervaltermijn van het nieuwe artikel 7:640a BW? Volgens dit artikel, dat per 1 januari 2012 in werking zal treden, vervalt de aanspraak op het minimum, bedoeld in artikel 7:634 BW, zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Op de vakantie rechten van de werknemer die redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen, is de verjaringstermijn van vijf jaar van artikel 7:642 BW onverminderd van toepassing, net als op de bovenwettelijke vakantiedagen.

De overwegingen van de A-G maken duidelijk, dat bepalingen inzake het verval van vakantiedagen kunnen worden getoetst aan de vraag of deze termijn niet te zeer de doeltreffendheid van het recht op jaarlijkse vakantie raakt. De uitvoering van deze toets heeft in dit geval echter primair betrekking op de vakantie-rechten van de langdurig ongeschikte werknemer. Voor die vakantie-rechten is een rigide vervaltermijn van zes maanden volgens de A-G te kort. Deze werknemers moeten langer in de gelegenheid worden gesteld om hun vakantie op te nemen. Hier is het nieuwe vakantie-recht niet mee in strijd. Volgens artikel 7:640a jo. 7:642 BW hebben zieke werknemers immers veel langer de gelegenheid om vakantie op te nemen, voor zover ze redelijkerwijs niet in staat waren om vakantie op te nemen. Geldt de uitlating van de A-G inzake de onaanvaardbaarheid van een vervaltermijn van 6 maanden ook voor werknemers die niet ziek zijn? De uitlatingen van de A-G hebben op sommige punten een algemenere strekking (zie bv. punt 43, 74; 92). Op grond daarvan acht ik het niet uitgesloten dat een vervaltermijn van zes maanden voor alle werknemers te kort wordt bevonden. Erg waarschijnlijk is dat gelet op de context van de aan het Hof gestelde vraag echter niet.

Van vrees voor strijd met het gemeenschapsrecht hoeft derhalve vooralsnog geen sprake te zijn. Het is eerder ironisch te noemen, dat de Nederlandse wetgever kennelijk een kans gemist heeft om niet alleen een standaardvervaltermijn voor alle werknemers in te voeren, maar ook een (iets langere) vervaltermijn voor de vakantiedagen van zieke werknemers die tijdens de standaardtermijn niet in de gelegenheid waren om vakantie op te nemen. Juist voor deze categorie bestond tot voor de wetwijziging een beperkte opbouw van vakantiedagen, en juist voor deze categorie is nu een (kennelijk onnodig) ruime uitzondering gecreëerd.

Wel kan men zich afvragen wat een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:640a BW meebrengt. Het Hof heeft over de vraag, wanneer een werknemer niet in de gelegenheid was om vakantie op te nemen, mogelijk coulantere opvattingen dan de Nederlandse wetgever. De Nederlandse wetgever denkt daarbij aan uitzonderlijke situaties, zoals werknemers die om medische redenen niet op vakantie kunnen (*Kamerstukken II 2009/10*, 32 465, nr. 3, p. 7). Volgens het Hof moeten werknemers die tijdens hun ziekteverlof geen vakantie *wensen* op te nemen, op een ander tijdstip in de gelegenheid worden gesteld om die vakantie op te nemen, zo is bepaald in HvJ EG 10 september 2009, C-277/08 (Vicente Pereda) (r.o. 25). Dat geeft de werknemer die met ziekteverlof is, meer vrijheid vakantiedagen te sparen dan in het geval hij moet bewijzen dat hij (fysiek) niet in staat was om vakantiedagen op te nemen.

Het sparen van die vakantiedagen hoeft voor zieke werknemers overigens niet veel vaker aan de orde te zijn dan voor gezonde werknemers. Sinds de recente wetwijziging in de vakantiewetgeving, staat namelijk vast dat een zieke werknemer op eigen verzoek vakantiedagen op kan nemen. In de literatuur werd nog wel eens gedacht dat dit slechts kon voor zover artikel 7:636 en 637 BW dit toestaan, dat wil zeggen hooguit voor de bovenwettelijke aanspraken (zie bijv. Vink in *TRA 2010/99*, Ponds in *NtER 2009/7*, en Burger in *ArA 2009/8* nr. 2). Volgens de regering zien deze artikelen echter alleen op het afboeken van vakantiedagen bij ziekte van de werknemer door de werkgever, terwijl niet 'echt' vakantie is genoten (*Kamerstukken II 2009/10*, 32 465, nr. 3, p. 4). Een dergelijke interpretatie past beter

bij het feit dat langdurig zieke werknemers in Nederland tegenwoordig niet meer 'met ziekteverlof' gaan, maar tijdens hun ziekte zo snel mogelijk weer aan de slag moeten. Wie langdurig ziek is in de zin van de wet, kan in de meeste gevallen nog wel werken. Wie kan werken, kan ook met vakantie.