

ANNOTATIE

Bovenwettelijke vakantie en de reikwijdte van het EU-recht

mr. drs. J.R. Vos

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 19-11-2019, ECLI:EU:C:2019:981 (EHRC-2020-0010, AR-2019-1258)

Annotatie bij HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken C-609/17 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (TSN), door Jan-Pieter Vos [1]

1 Inleiding

De zaak TSN is om meerdere redenen interessant. Ten eerste hakt het Hof van Justitie definitief de knoop door over de status van bovenwettelijke vakantieaanspraken. Dat biedt de gelegenheid de regels en mogelijkheden weer eens duidelijk op een rij te zetten (paragraaf 3). Voorts is het arrest ook belangrijk voor de doorwerking van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest). [2] Het Hof stelt namelijk duidelijke grenzen voor het toepassingsgebied (paragraaf 4). Maar eerst zet ik de zaak nog even kort uiteen.

2 De zaak TSN

2.1 Feiten

Aan de orde zijn twee Finse zaken. Het Finse recht kent werknemers een jaarlijkse vakantie toe van vijf weken (vier weken als de werknemer nog geen jaar in dienst is). Veel cao's kennen extra dagen toe. De werknemers in beide zaken zijn tijdens vakantie wegens ziekte arbeidsongeschikt. Zij verzoeken hun werkgevers deze vakantiedagen naar een later tijdstip over te dragen. Beide werkgevers weigeren. Het betreft namelijk bovenwettelijke vakantiedagen en volgens de werkgevers hoeven deze dagen volgens het Finse recht niet te worden overgedragen.

In beide zaken spannen de werknemersverenigingen een procedure aan. Zij stellen dat het Finse recht in strijd is met artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG (hierna: de richtlijn) [3] en artikel 31 lid 2 van het Handvest, voor zover het Finse recht bepaalt dat slechts wettelijke vakantiedagen die cumuleren met ziekte dagen hoeven te worden overgedragen. De Finse rechters stellen vervolgens prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, dat beide zaken

samenvoegt.

2.2 Arrest

Volgens het Hof ziet de richtlijn enkel op de daarin opgenomen minimumperiode van vier weken. Artikel 15 van de richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid voor werknemers gunstiger bepalingen vast te stellen. In zo'n geval worden dergelijke vakantiedagen niet door de richtlijn geregeld, maar door het nationale recht, met dien verstande dat gunstiger bepalingen niet mogen worden aangewend ter compensatie van een eventuele aantasting van een door de Unierechtelijke bepaling gewaarborgde minimumbescherming (HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*)). De richtlijn verzet zich dus niet tegen de Finse regeling.

Ook het Handvest biedt geen soelaas. Blijkens artikel 51 lid 1 is het slechts van toepassing op lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Blijkens lid 2 breidt het Handvest het toepassingsgebied van het Unierecht echter niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken. Daarbij moet de situatie worden beheerst door het Unierecht. Nu de richtlijn niet ziet op bovenwettelijke vakantieaanspraken valt de situatie buiten de werkingssfeer van het Handvest. Evenmin brengen lidstaten de richtlijn ten uitvoer wanneer zij gebruikmaken van een mogelijkheid gunstiger bepalingen vast te stellen. Ook het Handvest verzet zich dus niet tegen de Finse regeling.

3 Het recht op vakantie

3.1 Het recht op vakantie in Europa

Artikel 7 lid 1 van de richtlijn schrijft voor dat EU-lidstaten de nodige maatregelen treffen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie. Volgens het tweede lid kan deze minimumperiode van jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve bij beëindiging van het dienstverband.

De richtlijn bevat geen ander artikel over vakantie. Wel staat de richtlijn volgens artikel 15 niet aan bepalingen in de weg die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en gezondheid van de werknemers. Artikel 17 biedt een (geclausuleerde) mogelijkheid van bepaalde artikelen in de richtlijn af te wijken, maar noemt artikel 7 hierin niet.

Van artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG mogen lidstaten dus niet afwijken. Het Hof van Justitie overwoog dit reeds in 2001 in het arrest *BECTU* (punt 40-43). [4] In datzelfde arrest maakte het duidelijk dat de zinsnede 'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van vakantie' enkel ziet op uitvoeringsmodaliteiten: voorwaarden voor de uitoefening en de tenuitvoerlegging van het recht op vakantie. Lidstaten mogen concrete omstandigheden bepalen waarin werknemers gebruik mogen maken van het recht op vakantie. Het ontstaan van het recht zelf mag echter niet van voorwaarden afhankelijk worden gesteld. [5]

Zo komt het dat het Europese recht op vakantie materieel wordt gevormd door artikel 7 van de richtlijn en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Die is inmiddels omvangrijk. De Europese Commissie bracht in mei 2017 een interpretatieve mededeling van de richtlijn uit. [6] Voor de praktijkjurist biedt dit document een goed overzicht van rechtspraak over de Arbeidstijdenrichtlijn, met dien verstande dat de jurisprudentie zich nadien wel heeft doorontwikkeld. [7]

3.2 Wettelijke en bovenwettelijke vakantieaanspraken en de gevolgen van die kwalificatie

De richtlijn biedt de in artikel 15 genoemde mogelijkheid gunstiger bepalingen toe te passen op werknemers, bijvoorbeeld door hun recht te geven op meer vakantie dan het minimum van vier weken per jaar. Die aanspraak boven de vier weken duidt men in de praktijk wel aan als bovenwettelijke vakantieaanspraak, het wettelijke minimum wordt vaak de wettelijke vakantieaanspraak genoemd. Belangrijk hierbij te vermelden is dat niet-opgenomen dagen na afloop van het jaar niet van kleur verschieten. Wettelijke aanspraken blijven wettelijk en worden in een volgend jaar dus niet opeens bovenwettelijk. [8]

Het arrest *TSN* maakt definitief duidelijk dat lidstaten bovenwettelijke vakantieaanspraken anders kunnen behandelen dan wettelijke. Dat werd al langer vermoed en volgde deels al uit de arresten *Dominguez* en *Neidel*. [9] Uit die arresten bleek dat de ‘normale’ regels voor samenloop van vakantie en ziekte, die volgen uit *Schultz-Hoff* en *Vicente Pereda*, [10] in principe niet gelden waar het gaat om bovenwettelijke vakantieaanspraken. In het arrest *Hein* overwoog het Hof van Justitie bovendien dat het toekennen van bovenwettelijke aanspraken weliswaar mogelijk is, maar niet mag worden aangewend ter compensatie van negatieve gevolgen die de werknemer ondervindt door de vermindering van de vergoeding waarop hij voor die vakantie recht heeft. [11] Ook A-G Kokott suggereerde reeds in haar conclusie bij het arrest *FNV/Staat* dat lidstaten voor bovenwettelijke vakantieaanspraken vrij zijn te bepalen dat deze kunnen worden afgekocht. [12]

In dit arrest gaat de kogel echt door de kerk. Het Hof van Justitie overweegt in punt 36 in algemene zin dat het lidstaten vrijstaat om bovenwettelijke vakantieaanspraken toe te kennen, en ook om in een dergelijk geval de voorwaarden voor het toekennen en het vervallen van die extra vakantiedagen vast te stellen, waarbij zij in dit verband niet gehouden zijn de beschermingsregels met betrekking tot de minimumperiode in acht te nemen. Het Unierecht regelt bovenwettelijke vakantieaanspraken dus niet.

3.3 Bovenwettelijke vakantieaanspraken in Nederland en hun beperkingen

Waar lidstaten voor bovenwettelijke vakantieaanspraken van de richtlijn mogen afwijken, maakt Nederland daar slechts mondjesmaat gebruik van. Slechts in een beperkt aantal, in de wet omschreven, situaties is voorzien in een afwijkende behandeling van bovenwettelijke vakantieaanspraken. Andere afwijkingen zijn op grond van artikel 7:645 BW nietig. [13] Het is een bewuste keuze geweest wettelijke en bovenwettelijke aanspraken zo veel mogelijk gelijk te behandelen (via art. 7:645 BW). Volgens de Sociaal-Economische Raad zou iets anders namelijk rechtsonzekerheid in de hand werken. [14] De regering nam dat advies vervolgens

over. [15]

Werkgevers die bovenwettelijke vakantieaanspraken toekennen, lopen nog wel eens tegen het probleem aan dat werknemers deze niet opnemen. Zodoende kunnen vakantiestuwmeren ontstaan, die moeilijk kunnen worden aangepakt. [16] De wettelijke vakantieaanspraken vervallen in beginsel zes maanden na afloop van het jaar waarin zij zijn ontstaan (art. 7:640a BW), mits de werkgever aan de in *Max-Planck* geïntroduceerde aanzegplicht heeft voldaan. [17] Bovenwettelijke aanspraken *verjaren* evenwel pas na vijf jaar (art. 7:642 BW) en bovendien kan een werknemer de verjaringstermijn stuiten. De werkgever kan niet goed afdwingen dat een werknemer die bovenwettelijke aanspraken eerder opneemt. Anti-oppotbedingen hebben weliswaar enig praktisch effect, maar hun juridische houdbaarheid wordt betwist. [18] Afkoop van bovenwettelijke vakantieaanspraken is dan een optie, mits dat is/wordt overeengekomen, maar dit brengt kosten met zich.

3.4 'Verlof' als oplossing?

Werkgevers die extra vakantie willen aanbieden, maar aan dat strenge regime willen ontkomen, kunnen wellicht hun toevlucht nemen tot het in het leven roepen van verlofregelingen. Zo suggereert Funke in zijn noot bij dit arrest (*JAR* 2020/16) dat werkgevers in plaats van bovenwettelijke vakantiedagen atv-dagen toekennen. Inderdaad wordt aangenomen dat (cao-)partijen eigen afspraken kunnen maken over bijvoorbeeld het al dan niet vergoeden van atv-dagen. [19] Maar het ligt genuanceerder.

Of het aanbieden van verlof als verkapte vorm van vakantie hout snijdt, staat of valt met het antwoord op de vraag of het mogelijk is verlofdagen als zodanig te kwalificeren en aan de kwalificatie 'vakantie' te ontkomen. Bij introductie van het recht op vakantie was het voor de wetgever niet moeilijk een definitie van vakantie te geven: 'Dat vakantie inhoudt vrijstelling van de verplichting tot het verrichten van arbeid spreekt zo vanzelf, dat het niet in het ontwerp behoeft te worden bepaald.' [20] Nadien nuanceerde de Hoge Raad dit. Hij overwoog dat het vakantieregime op atv-dagen niet van toepassing is. De strekking van die dagen – het tegengaan van het verlies van arbeidsplaatsen en het creëren van nieuwe arbeidsplaatsen – verschilt namelijk met het doel van vakantie. In de woorden van de Hoge Raad heeft vakantie namelijk ten doel 'de werknemer in verband met de werkbelasting die op hem drukt betaald verlof te verschaffen'. [21] Atv-dagen hebben een ander oogmerk, waardoor zij niet als vakantiedag kwalificeren.

Vrij te besteden 'verlof'-dagen zullen dus al snel als vakantiedagen kwalificeren. Om daadwerkelijk aan de greep van de vakantiewetgeving te ontkomen zal men een bestemmingsvereiste moeten toevoegen. Dat beperkt immers de vrije besteding van een verlofdag. Weliswaar is strikt genomen nog steeds sprake van een vrijstelling tot verrichten van arbeid 'in verband met de werkbelasting die op hem drukt', maar de werknemer heeft niet langer de vrije invulling van zo'n dag. In de praktijk zien we dat al lang en breed terug. Verlofregelingen zijn er zowel in wettelijke vorm (denk aan de vormen in de Wet arbeid en zorg, al ontbreekt een definitie van verlof) als in contractuele vorm (veelal geregeld in cao's en

personeelshandboeken). Denk aan de bekende vrije dagen vanwege verhuizingen en huwelijken. Deze reeds bekende contractuele verlofdagen kunnen worden genoten voor vastgestelde doeleinden.

In het verlengde hiervan lijkt praktisch elke vorm verlof mogelijk. Wat te denken van het opnemen van een meubelbezorgdag, of een *soul searching* week, te besteden aan een meditatiecursus? ‘Representativiteits-shopdagen’ voor advocaten? Een week vrij, maar wel verplicht te besteden aan *backpacken* of een verblijf buitenshuis? Met een bestemmingsvereiste kan een werkgever dus de kwalificatie van een verlofdag als vakantie ontlopen. Vervolgens kan een werkgever aan die verlofdagen eigen voorwaarden verbinden. Bijvoorbeeld dat zij jaarlijks vervallen, of dat een werknemer maximaal vijf dagen uit de verlofcatalogus van werkgever mag gebruiken (voor zover het contractueel verlof betreft, voor wettelijk gegarandeerd verlof, zoals zwangerschaps- of ouderschapsverlof, ligt dat uiteraard anders). Ingeval van atv-dagen of tijd-voor-tijd regelingen lijkt het hanteren van een zeker systeem – dat overigens niet heel complex hoeft te zijn – ook nodig.

Eenvoudiger wordt het er niet op: onderscheid tussen vakantie- en verlofdagen brengt extra administratie met zich. Bovendien zullen werkgevers dan moeten gaan ondervangen dat werknemers niet eerst alle verlofvormen opnemen en pas daarna vakantie – die dus niet zonder meer vervalt. Verlof aanbieden als alternatief voor vakantie lijkt zeker mogelijk, maar is gecompliceerder dan dit op het eerste gezicht wellicht lijkt.

4 Doorwerking van het Handvest Grondrechten EU

4.1 Belang

Het arrest heeft ook belang voor vraagstukken over de doorwerking van Europees recht in nationale wetgeving. Richtlijnen werken in beginsel immers niet rechtstreeks door in horizontale verhoudingen, dat wil zeggen de rechtsverhouding tussen particulieren onderling. [22] Het Hof van Justitie heeft dit probleem omzeild door in bepaalde gevallen horizontale rechtstreekse werking toe te staan van artikel 31 lid 2 van het Handvest. Voor het recht op vakantie is dit gebeurd in de arresten *Bauer* en *Max-Planck*. [23] Anders dan artikel 7 van de richtlijn beperkt de tekst van artikel 31 lid 2 van het Handvest het recht op vakantie echter niet in tijd: de richtlijn noemt een duur van vier weken, maar het Handvest noemt geen duur. Om die reden waren de in *TSN* gestelde prejudiciële vragen van belang. Als artikel 31 lid 2 ook op bovenwettelijke vakantieaanspraken van toepassing zou zijn, zou de inhoud van artikel 7 richtlijn via het Handvest immers alsnog kunnen gelden. En bovendien zou die inhoud ook nog eens rechtstreekse werking kunnen hebben tussen particulieren. Buiten de vakantierechtsfeer speelde de vraag of nationale implementatiewetgeving die verder gaat dan de door het Unierecht vereiste minimumharmonisatie ook onder de werking van het Handvest valt. Die vraag is voor het gehele Unierecht van groot belang.

4.2 Toepassingsgebied van het Handvest

Het Hof zet in punt 42-43 het kader uiteen. Artikel 51 van het Handvest bepaalt het

toepassingsbereik ervan. Volgens lid 1 is het (onder meer) tot lidstaten gericht, doch uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Lid 2 bepaalt dat het Handvest het toepassingsgebied van de rechten van de Unie niet verder uitbreidt, geen nieuwe bevoegdheden of taken schept, noch de in de Verdragen beschreven bevoegdheden en taken wijzigt. Grondrechten die in de rechtsorde van de Unie worden gewaarborgd kunnen daarbij toepassing vinden in alle situaties die worden beheerst door het Unierecht. Hierover bestaat veel jurisprudentie en is al veel geschreven. [24]

Hoe passen bovenwettelijke vakantieaanspraken in dit stelsel? Wijlen A-G Bot (*TSN* was een van zijn laatste conclusies) opteerde in zijn conclusie bij het arrest voor de lijn dat het Handvest op bovenwettelijke vakantieaanspraken van toepassing moest zijn omdat de betreffende Finse (cao-)bepalingen zich bevonden op een terrein waarop de Unie bevoegdheden heeft. Zodoende moesten die geacht worden het Unierecht ten uitvoer te brengen. Het feit dat artikel 15 van Richtlijn 2003/88/EG die mogelijkheid biedt, zonder dat te verplichten, maakt dat niet anders. [25] Voert een lidstaat voor werknemers gunstiger regels in, dan voert deze nog steeds EU-recht uit. Vervolgens zou de inhoud van het Handvest volgens de A-G zo moeten worden uitgelegd, dat artikel 31 lid 2 Handvest slechts zou strekken tot (bescherming van) een vakantie van vier weken (en niet meer), zodat het Handvest zich in casu niet tegen de Finse cao-bepalingen zou verzetten.

Het Hof van Justitie wil er in *TSN* duidelijk niet aan dat de reikwijdte van het Handvest zich ook uitstrekt tot bepalingen die verder gaan dan met het Unierecht beoogde minimumharmonisatie. Het Hof verwijst hiertoe naar het arrest *Julian Hernández*. [26] In dat arrest bepaalde het Hof dat een bepaalde Spaanse vergoeding (vergoeding van loon door de Spaanse staat als gevolg van een te lange ontslagprocedure) niet door Richtlijn 2008/94/EG [27] werd vereist. Zodoende ging de Spaanse bescherming verder dan het door Richtlijn 2008/94/EG vereiste minimum. Daarom bracht de betreffende Spaanse vergoeding geen Unierecht ten uitvoering en viel deze niet onder de werkingssfeer van het Handvest. Het enkele feit dat nationale maatregelen binnen een gebied vallen waarop de Unie over bevoegdheden beschikt, is onvoldoende voor de toepasselijkheid van het Handvest.

In *TSN* bevestigt het Hof de lijn uit *Julian Hernández*. Het trekt deze iets verder door in die zin dat niet alleen een ander recht (zoals een extra, niet door de richtlijn vereiste vergoeding), maar ook een uitbreiding (of ruimere toekenning) van een specifiek door de richtlijn toegekend minimumrecht (namelijk een ruimer recht op vakantie) niet onder de werkingssfeer van het Handvest valt.

Waar de A-G artikel 15 van de richtlijn interpreteerde als *bevoegdheid* voor lidstaten om gunstiger regels te stellen, waardoor je zou kunnen zeggen dat ook bovenwettelijke aanspraken een zekere uitvoering van Unierecht zijn, doet het Hof dit nadrukkelijk niet. Het wijst erop dat de Unie en lidstaten krachtens artikel 2 lid 2 VWEU op het gebied van sociaal beleid over een *gedeelde* bevoegdheid beschikken (punt 47). Voorts wordt het optreden van lidstaten *ondersteund en aangevuld* op het gebied van de verbetering van het arbeidsmilieu, om de veiligheid en gezondheid van de werknemers te beschermen. Lidstaten *blijven* vrij om in de

uitoefening van de bevoegdheid *die zij hebben behouden* dergelijke strengere normen te stellen, mits zij de samenhang van het optreden van de Uniewetgever niet in gevaar brengen (punt 48). Het Hof sluit de redenering af met de overweging dat artikel 15 van de richtlijn enkel erkent dat lidstaten, buiten het kader van het stelsel van de richtlijn, mogen voorzien in gunstiger bepalingen (punt 49). De in dit geding aan de orde zijnde bovenwettelijke vakantieaanspraak valt buiten het Unierecht en kan daarom dus niet via het Handvest worden getoetst. De reikwijdte van het Handvest wordt dus nauw geïnterpreteerd.

Bovengenoemde overwegingen van het Hof zijn sterk geënt op de sociale paragrafen uit het VWEU. Wellicht betekent dit dat deze terughoudende interpretatie met name op het sociale vlak geldt. Op andere vlakken kan het Handvest dan wellicht breder worden geïnterpreteerd. Toekomstige jurisprudentie zal dit moeten uitwijzen.

4.3 Kritiek

De door het Hof gekozen lijn kan (en zal) bekritiseerd gaan worden, met name door specialisten op het gebied van Unie(grond)rechten. Een eerste aanzet is gegeven door Frantziou. [28] Volgens haar is *TSN* inconsistent met eerdere rechtspraak, zoals *Åkerberg Fransson* en *ERT*, [29] waarin de toepasselijkheid van het Handvest respectievelijk grondrechten als beginselen van het Unierecht (in andersoortige situaties) wél ruim werd geïnterpreteerd. [30] Eerder – ruim vóór het wijzen van het onderhavige arrest – suggereerden ook De Waele en Veenbrink al dat het Hof van Justitie vaak snel aanneemt dat een situatie binnen het bereik van het Unierecht valt. [31] In die optiek is het inderdaad vreemd dat het Hof (juist) hier een lijn trekt. Wellicht heeft dat te maken met het feit dat het recht op vakantie een toch wat bijzonder grondrecht is, in die zin dat de omvang van het grondrecht qua duur beperkt is (namelijk vier weken). Het is in die optiek niet vreemd dat alles daarboven niet meer als grondrecht wordt behandeld en dus ook niet langer onder het Handvest valt. Dit is anders dan, bijvoorbeeld, het verbod op discriminatie, dat een algemenere werking heeft.

Frantziou haakt met haar kritiek aan bij A-G Bot, die de gevolgen van de uiteindelijk door het Hof gekozen benadering al in zijn conclusie had verkend. Volgens hem leidt de restrictieve interpretatie van artikel 51 lid 1 van het Handvest ertoe dat het voor het Hof moeilijk kan zijn een einde te maken aan krachtens artikel 15 van de richtlijn vastgestelde maatregelen die wél een aantasting van erkende grondrechten tot gevolg hebben. Dit met name wanneer het verband tussen een nationale maatregel en een andere Unierechtelijke norm dan de richtlijn moeilijk is vast te stellen. [32] Ik denk dat dit probleem wel meevalt. De overwegingen van het Hof zijn weliswaar stellig, maar belangrijk is dat in *TSN* slechts de reikwijdte van artikel 31 lid 2 van het Handvest in het geding was (zie daartoe punt 44-45 van het arrest). Andere Handvest-bepalingen werden in de analyse niet betrokken.

Stel nu dat conform nationale wetgeving mannen 25 vakantiedagen krijgen en vrouwen 23. Dat is een evident ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid, hetgeen in strijd is met artikel 21 van het Handvest. Mij dunkt dat met een beroep op dat artikel inderdaad een

einde kan worden gemaakt aan deze situatie. Een beroep op de omstandigheid dat het hier gaat om bovenwettelijke aanspraken, waarop het Handvest niet ziet, zal mijns inziens falen. Er wordt immers inbreuk gemaakt op een ander grondrecht. Steun voor dit argument vind ik in punt 48 van het arrest. Daarin zegt het Hof dat de Unierechtelijke minimumvoorschriften ‘niet beletten dat een lidstaat maatregelen met een hogere graad van bescherming handhaaft of invoert *welke met de Verdragen verenigbaar zijn*’ en normen kan uitvaardigen ‘die strenger zijn dan die welke in het kader van het optreden van de Uniewetgever zijn vastgesteld, *mits zij de samenhang van dat optreden niet in gevaar brengen*’ [cursiveringen mijnerzijds]. Wet- en regelgeving die verder gaat door het door de Unie vastgestelde minimum is mogelijk, maar mag dus evenmin strijdig zijn met ander Unierecht. [33] Als een ander grondrecht in het geding komt, kan dus eveneens worden opgetreden. De vrees van de A-G dat het moeilijk is om dergelijke, met het Handvest strijdige bepalingen aan te pakken, deel ik dan ook niet echt, zeker niet als het gaat om bepalingen waaraan het Hof al horizontale directe werking heeft toegekend. [34]

Frantziou uit ook nog een ander punt van kritiek. Volgens haar is het onjuist dat het Hof de vrijheid van collectief onderhandelen (art. 28 Handvest) niet heeft geanalyseerd. Die zou duidelijk worden ondermijnd door het oordeel dat de verdergaande bescherming dan de richtlijn en het Handvest, in casu ontwikkeld door middel van een collectieve overeenkomst, niet wordt beschermd door Handvest. Wellicht benader ik de vrijheid van collectief onderhandelen te concreet, maar ik zie niet goed in waar(om) die vrijheid dan in het gedrang zou komen. Het recht op collectief onderhandelen zelf staat immers niet ter discussie. Het gaat in deze zaak ‘slechts’ om de interpretatie van een cao (en eigenlijk vooral de nationale wetgeving), waar aan beide zijden vakbonden zijn betrokken.

4.4 Gevolgen

De vraag is wat nu de concrete gevolgen zijn van de wijze van toetsen die het Hof van Justitie kiest. Van der Mei constateert terecht dat het Handvest bovenwettelijke vakantiaeanspraken als zodanig niet beschermt. [35] Concreet betekent dit dat de in *Bauer en Max-Planck* erkende horizontale rechtstreekse werking – daarmee nationale wetgeving zo nodig opzijzettend – van het recht op vakantie zich beperkt tot wettelijke vakantiaeanspraken en zich niet uitstrekt tot bovenwettelijke vakantiedagen. Voor werkgevers is dat een zorg minder. Van der Mei’s suggestie dat de bovenwettelijke aanspraken evenmin aan andere Handvestbepalingen kunnen worden getoetst, deel ik echter niet. Uit mijn voorbeeld over verschillende aantallen vakantiedagen voor mannen en vrouwen hierboven, volgt immers dat dergelijke bepalingen nog altijd aan andere bepalingen kunnen worden getoetst.

Het is wel de vraag of de gekozen lijn ook gaat gelden in andere situaties dan sociaal recht. Het Hof heeft zijn betoog immers onderbouwd met vele verwijzingen naar verdragsbepalingen op sociaal terrein (zie paragraaf 4.2). Hiervoor zullen we nadere rechtspraak moeten afwachten.

Tot slot is het belangrijk te beseffen dat dit arrest niet impliceert dat elke keuzevrijheid van

lidstaten gevrijwaard is van de toepassing van het Handvest. Die niet-toepasselijkheid van het Handvest geldt enkel in situaties waarin het nationale bepalingen betreft die méér dan de vereiste minima toekennen. Veelzeggend is in dat verband punt 50 van het arrest. Daarin onderscheidt het Hof de keuze om verdergaande bescherming toe te kennen van andere gevallen van keuzevrijheid. Het Hof noemt in dit kader situaties waarin lidstaten een vrije keuze hebben tussen verschillende opties in een richtlijn. Denk aan Richtlijn 1999/70/EG over de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, waarin lidstaten in clause 5 de keuze wordt geboden tussen meerdere maatregelen ter voorkoming van misbruik van bepaaldetijdcontracten. [36] Een andere situatie is die waarin een lidstaat een discretionaire of beoordelingsbevoegdheid heeft, die we bijvoorbeeld uit Richtlijn 2000/78/EG over gelijke behandeling in arbeid kennen (zoals bijvoorbeeld art. 6 lid 1, dat verschil in behandeling op grond van leeftijd onder omstandigheden toestaat). [37] Het Hof van Justitie maakt duidelijk dat dit andere situaties zijn, waarvoor de rechtsregel uit het arrest niet geldt. Het feit dat een lidstaat bij de implementatie van een richtlijn keuzes mag (of moet) maken over de uiteindelijke graad van werknemersbescherming, betekent dus niet dat het Handvest niet van toepassing zou zijn.

5 Conclusie

Voor praktijkjuristen in het arbeidsrecht is de relevantie van dit arrest op het eerste gezicht wellicht beperkt. Qua materieel vakantierecht is er weinig nieuws onder de zon en ook met het doorwerkingsvraagstuk zal men niet vaak te maken krijgen. Dat neemt niet weg dat het Hof in dit arrest principiële keuzes heeft gemaakt, die bovenwettelijke vakantieaanspraken tot een rustig bezit maken en nationale beleidsmakers op dit moment enige zekerheid geven dat niet elke bovenwettelijke uitbreiding van Europese harmonisatievoorschriften, in elk geval op sociaal vlak, voortaan door het Europees recht geregeld wordt. In tijden dat Europa toch al onder druk staat, is dat misschien niet zo gek.

Noten

[1] Jan-Pieter Vos is wetenschappelijk docent en promovendus op het gebied van vakantiewetgeving aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

[2] Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* 2012, C 326/2.

[3] Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2003, L 299/9.

[4] HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356 (*BECTU*), punt 40-43.

[5] *BECTU*, punt 53.

[6] Interpretatieve mededeling over Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2017/C 165/01.

[7] Sinds de publicatie van de interpretatieve mededeling zijn voor het recht op vakantie met name de volgende arresten relevant geweest: HvJ EU 4 oktober 2018, C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799 (*Dicu*); HvJ EU 6 november 2018, C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*); HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck*); HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*). Nu dus ook TSN.

[8] HvJ EG 6 april 2006, C-124/05, ECLI:EU:C:2006:244 (*FNV/Staat der Nederlanden*).

[9] HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*) en HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10, ECLI:EU:C:2012:263 (*Neidel*).

[10] Zie met name HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff*) en HvJ EG 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*).

[11] HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*), punt 43.

[12] Conclusie A-G Kokott bij zaak C-124/05, ECLI:EU:C:2006:36 (*FNV/Staat der Nederlanden*), punt 28.

[13] Zie de noot van H.J. Funke bij dit arrest (*JAR* 2020/16) voor enkele voorbeelden.

[14] *Wijziging vakantiewetgeving* (SER-advies 97/04 van 21 maart 1997 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 1997, p. 6 en 36.

[15] *Kamerstukken II* 1997/98, 26079, nr. 3, p. 1. Zie hierover ook M. Koster en C.J. Herman de Groot, 'Vakantieadministratie en stuwmeren vanaf 1 januari 2012: "Leuker kunnen we het niet maken, wel (onnodig) ingewikkeld"', *ArbeidsRecht* 2011/55.

[16] J.R. Vos, *Cash of Costa: De aanpak van vakantiestuwmeren nader bezien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

[17] HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874, C-684/16 (*Max-Planck*). Zie hierover uitgebreid J.R. Vos, 'Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht', *ArA* 2019-2, p. 50-80.

[18] Zie bijvoorbeeld C.M.L. Perera, 'Het 'anti-oppotbeding'', *ArbeidsRecht* 2006/25, R.L. van Heusden, 'Vakantiedagen en "anti-oppotregelingen"; een kwestie van uitleg(?)', *SMA* 2008, p. 361-371 en P.W.H.M. Willems, 'Termijnen in het arbeidsrecht: een overzicht', *ArbeidsRecht* 2010/18. Zie anders: J.R. Vos, 'Cash of costa: aanpak van vakantiestuwmeren', *TAP* 2012, p. 202-203 en W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk en D.M.A. bij de Vaate, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 179.

[19] HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9633, *JAR* 2009/271 (*Spijker/Van Stiphout's Drankencentrum*). Zie hierover wat genuanceerder de annotatie van D.J. Buijs in *TRA* 2010/15, die terecht opmerkt dat sprake kan zijn van onverschuldigde prestatie en dat daarom niet als algemene regel kan gelden dat uitbetaling van niet-genoten atv-uren bij einde van het

dienstverband nooit aan de orde kan zijn.

[20] *Kamerstukken II* 1962/63, 7168, nr. 3, p. 7.

[21] HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2572, *JAR* 1998/83 (*Wijngo/Van Wezel*).

[22] HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (*Faccini Dori*).

[23] Arresten *Bauer* en *Max-Planck*, reeds aangehaald. Zie over deze problematiek uitvoerig mijn artikel in *ArA*, reeds aangehaald, inclusief verwijzingen.

[24] Zie uitgebreid: A. Ward, commentaar op artikel 51, in: S. Peers, T. Harvey, J. Kenner en A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford(UK)/Portland(OR, US): Hart 2014 en verwijzingen aldaar. Zie voor een goede, overzichtelijke (maar al wat oudere) introductie: M.A. Fierstra, 'Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten', *NtEr* 2013/6, p. 197-205.

[25] Conclusie A-G Bot bij gevoegde zaken C-609/17 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:459 (*TSN*), punt 90-91.

[26] HvJ EU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (*Julian Hernández*). Ook het recente arrest *Baldonado Martín* (HvJ EU 22 januari 2020, C-177/18, ECLI:EU:C:2020:26) verwijst op dit punt naar *Julian Hernández*.

[27] Richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, *PbEU* 2008, L 283/36.

[28] E. Frantziou, 'Paid Annual Leave and Collective Agreements after the TSN Judgment (C-609/17 and C-610/17)', www.eulawlive.com, 22 november 2019.

[29] HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*) en HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*).

[30] Dergelijke inconsistenties komen overigens uitvoerig aan de orde in E. Frantziou, *The horizontal effect of fundamental rights in the european union: A constitutional analysis*, Oxford, UK: Oxford University Press 2019.

[31] HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), *JIN* 2013/104, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele en J.M. Veenbrink.

[32] Conclusie A-G Bot, punt 117.

[33] Volgens A-G Bot is een dergelijke redenering 'een overbodige en enigszins gekunstelde omweg' en is het eenvoudiger en logischer aan te nemen dat ook verdergaande beschermingsmaatregelen onder het toepassingsbereik van het Handvest vallen (conclusie, punt 97). Ik vind de oplossing om eerst aan te nemen dat de situatie onder het Handvest valt, om vervolgens te bepalen dat het Handvest in casu de gezochte bescherming niet biedt,

bepaald niet minder gekunsteld.

[34] Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), waarin het Hof onder meer de vrijheid van godsdienst (art. 10 Handvest) afwoog tegen het non-discriminatieverbod (art. 21 Handvest) en het recht op een doeltreffende rechterlijke bescherming (art. 47 Handvest).

[35] A.P. van der Mei, 'Het EU Handvest van de grondrechten en bovenwettelijke vakantiedagen', *TRA* 2020/8.

[36] Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 1999, L 175/43-48.

[37] Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16-22.