

ANNOTATIE

Vakantieloon en ziekte: meer duidelijkheid, maar niet over alles

J.R. Vos

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 09-12-2021, ECLI:EU:C:2021:987 (AR-2021-1542)

1 Inleiding

Op 9 december 2021 oordeelde het Hof van Justitie (HvJ) dat het vakantieloon tijdens ziekte het ‘reguliere’ loon betreft en niet een eventueel gekort loon tijdens ziekte.[1] Het arrest bevestigt een lijn die in de Nederlandse jurisprudentie al werd gevolgd en voegt in die zin weinig toe. Wél bieden de overwegingen van het HvJ aanknopingspunten voor een aantal andere onbesliste zaken. Paragraaf 2 vat het relevante juridisch kader tot aan deze zaak samen. In de paragrafen 3 (beschrijving) en 4 (bespreking) behandel ik het arrest. Het arrest geeft verder aanleiding tot een onderzoek naar de bredere vraag of vakantie nu eigenlijk aanspraak geeft op het loon dat de werknemer voorafgaand aan zijn vakantie verdient, of het loon toen hij deze vakantie opbouwde. Die bespreek ik in paragraaf 5. Advocaat-generaal (A-G) Hogan maakte in zijn conclusie opmerkingen die interessant zijn voor de vraag of vakantieaanspraken van zieke werknemers kunnen vervallen, zodat ook dit onderwerp (in paragraaf 6) aan bod komt.[2] Tot slot volgt een conclusie.

2 Vakantie, ziekte en loon: even opfrissen

2.1 De wet en de richtlijn

De bepalingen over vakantie vinden we terug in de artikelen 7:634-7:645 BW. Misschien wel van groter belang is artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG (hierna: artikel 7), dat deze bepalingen grotendeels invult of soms zelfs opzij kan zetten.[3] Lid 1 van dat artikel bepaalt: ‘De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.’

Artikel 7 is voer geweest voor een gestage stroom aan jurisprudentie. Een snelle blik in de

database op www.eelc-online.com maakt duidelijk dat sinds 2010 geen ander richtlijnartikel in het sociale domein vaker bij het HvJ aan de orde is gekomen. Twee thema's die regelmatig aan de orde zijn geweest, zijn de gevolgen van ziekte voor het recht op vakantie (par. 2.2) en het loon tijdens vakantie (par. 2.3).

2.2 Ziekte

Bekend zijn de arresten over de samenloop van vakantie en ziekte, en dan vooral die over de opbouw en het verval van vakantie tijdens ziekte. Volgens het HvJ staat de richtlijn in de weg aan bepalingen die toestaan dat vakantie vervalt aan het einde van de referentie- en/of overdrachtsperiode, als de werknemer vanwege ziekte geen gebruik heeft kunnen maken van vakantie.[4] Ook bouwt een zieke werknemer vakantie op. Het doet er niet toe dat hij niet heeft gewerkt.[5] Ook in andere zaken heeft het HvJ zieke werknemers beschermd,[6] waarbij het soms de grenzen van de redelijkheid heeft opgezocht en misschien wel heeft overschreden.[7]

2.3 Vakantieloon

2.3.1 Algemeen

Artikel 7 geeft de werknemer recht op vakantie *met behoud van loon*. De richtlijn vult het loonbegrip niet verder in; het HvJ doet dat in zijn rechtspraak wel. Allereerst zijn het recht op vakantie en het recht op doorbetaling uit hoofde daarvan twee aspecten van één recht.[8] Het is sinds de arresten *Robinson-Steele* en *Williams* bekend dat het normale loon leidend is en dat de werknemer zich tijdens vakantie moet bevinden in een positie die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens gewerkte periodes.[9] De zekerheid dat de werknemer er financieel niet op achteruit gaat, maakt namelijk dat hij zijn recht op vakantie daadwerkelijk durft te benutten. Dit baat uiteindelijk de veiligheid en gezondheid van de werknemer, zo is de gedachte.

Uit HvJ-jurisprudentie blijkt verder – (te) kort samengevat – dat structureel uitgekeerde toeslagen, provisies en overwerkvergoedingen in het vakantieloon moeten worden verdisconteerd,[10] en dat het hanteren van een berekeningsmethode die leidt tot een lager vakantieloon dan het gebruikelijk arbeidsloon niet is toegestaan.[11]

Ook Nederland kent een ruim vakantieloonbegrip. Volgens artikel 7:639 lid 1 BW houdt de werknemer tijdens zijn vakantie recht op loon. Volgens de Hoge Raad is dit loon 'het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon', dus inclusief emolumenten en vergoedingen.[12] Vaak vallen het Europese en Nederlandse vakantieloonbegrip samen, mede vanwege de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie. Wel kan het Nederlandse vakantieloonbegrip onder omstandigheden ruimer zijn.[13]

2.3.2 Vakantieloon tijdens ziekte

Het HvJ had zich tot aan het hier besproken arrest nog niet uitgelaten over het vakantieloon

tijdens ziekte. In Nederland kenden we al enige rechtspraak op dit punt.[14] Zo overwoog de Rotterdamse kantonrechter dat een zieke werkneemster, die in haar tweede ziektejaar 70% van het bedongen loon had ontvangen, bij de uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen (bij einde dienstverband) recht had op het bedongen loon.[15] Volgens hem wees de HvJ-jurisprudentie op een ruim loonbegrip. Bovendien lag het gezien de tekst van de artikelen 7:639 en 7:641 BW voor de hand om uit te gaan van het bedongen loon en niet van het ‘gekorte’ loon tijdens ziekte. Kantonrechter Zaanstad kwam tot hetzelfde oordeel over de afkoop van vakantie (wederom bij einde dienstverband) van een werknemer die inmiddels langer dan twee jaar ziek was en geen aanspraak meer had op loon.[16] De Centrale Raad van Beroep kwam tot een soortgelijk oordeel in een zaak waarin het UWV de betalingsverplichtingen van een werkgever had overgenomen.[17] Ondanks deze toch bestendige lijn besloot rechtbank Overijssel tot het stellen van prejudiciële vragen.

3 De zaak

3.1 Feiten en prejudiciële vragen

De zaak speelde tussen een ambtenaar van de Belastingdienst en de Staatssecretaris van Financiën. De ambtenaar was sinds 24 november 2015 langdurig (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt wegens ziekte – omwille van de leesbaarheid spreek ik hierna ook wel van ‘ziekte’ – en was aan het re-integreren. Volgens het toepasselijke Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) had hij in zijn eerste ziektejaar 100% van zijn bezoldiging ontvangen. In het tweede ziektejaar werd dat 70% voor de uren die hij nog ziek was, en 100% voor de uren die hij inmiddels weer werkte. Toen hij in 2017 vakantie opnam, ontving hij datzelfde (samengestelde) bedrag als vakantieloon. De ambtenaar meende echter dat hij tijdens vakantie recht had op de volle 100% van zijn salaris bij gezondheid. Na een afgewezen bezwaar (in oktober 2017) belandde de zaak bij de rechtbank Overijssel (afdeling bestuursrecht). Het duurde vervolgens maar liefst tot mei 2020 voordat deze rechtbank besloot tot het stellen van prejudiciële vragen.[18] De drie gestelde vragen kunnen we in één vraag samenvatten: kan men het vakantieloon tijdens ziekte baseren op het gebruikelijke loon tijdens ziekte, als dat lager is dan het reguliere (bedongen) loon?

3.2 Overwegingen Hof van Justitie

Allereerst is het recht op vakantie met behoud van loon een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie. De richtlijn strekt tot verbetering van de veiligheid, hygiëne en gezondheid van werknemers op het werk. Dit uit zich onder meer in een recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, die ertoe dient de werknemer de gelegenheid te geven uit te rusten van zijn werk en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken.[19]

Dit doel onderscheidt vakantie van andere soorten verlof, zoals ziekteverlof (dat dient immers tot herstel van ziekte). Voor aanspraak op vakantie wordt verondersteld dat de werknemer heeft gewerkt. Pas dan zijn rust en ontspanning immers nodig. Daarom berekent men de omvang van het recht op vakantie in beginsel op basis van de gewerkte tijd.[20]

Uit jurisprudentie over het loonbegrip volgt dat de werknemer tijdens zijn vakantie recht heeft op het normale loon, omdat hij op dat moment in een situatie moet zitten die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens gewerkte periodes. Hoewel de invulling van het loonbegrip in principe is voorbehouden aan lidstaten, mag dit geen gevolgen hebben voor het recht van de werknemer op die vergelijkbare positie.[21]

Vervolgens gaat het HvJ in op bijzondere situaties, waarin een lidstaat niet kan eisen dat een werknemer heeft gewerkt. Dit geldt bijvoorbeeld bij ziekte: uit jurisprudentie blijkt dat werknemers die wegens ziekte niet hebben kunnen werken, voor het recht op vakantie worden gelijkgesteld met werknemers die wel hebben gewerkt. Daarover heeft het HvJ geoordeeld dat arbeidsongeschiktheid wegens ziekte in beginsel onvoorzienbaar is en losstaat van de wil van de werknemer. Dit volgt overigens ook uit artikel 5 lid 4 IAO-verdrag nr. 132 (over vakantie met behoud van loon) dat onder meer ziekte als arbeidstijd aanmerkt. Hieruit volgt dat het recht op vakantie met behoud van loon niet kan worden beperkt omdat de werknemer wegens ziekte niet kon werken. [22]

Na deze uiteenzetting komt het HvJ tot de kern. Als het vakantieloon lager ligt dan het normale loon, weerhoudt dit de werknemer wellicht van het nemen van vakantie. In dit geval is het vakantieloon gelijk aan het loon tijdens de referentieperiode, de periode waarin de werknemer het recht heeft verworven. Dat moge zo zijn, maar in essentie is daarmee het recht op vakantie met behoud van een volledig loon afhankelijk van de verplichting om in de referentieperiode voltijds te werken. Bovendien hangt de waarde van het recht op vakantie op deze manier af van het moment waarop de werknemer vakantie heeft. Ten derde is het vakantieloon dan weliswaar hetzelfde als het loon tijdens de referentieperiode, het is wél lager dan wanneer de werknemer niet ziek zou zijn geweest.[23]

Nu het intreden van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte in beginsel onvoorzienbaar is en onafhankelijk van de wil van de betrokken werknemer, moet deze voor wat betreft het recht op vakantie in een vergelijkbare positie verkeren als werknemers die daadwerkelijk hebben gewerkt. Zodoende moet dit recht worden bepaald op basis van tijdvakken waarin daadwerkelijk is gewerkt, zonder dat rekening wordt gehouden met verminderingen van het loon als gevolg van ziekte. Gelet op het doel van vakantie laat de ziekte van de werknemer bovendien het recht op een volledig, niet-gekort loon tijdens die vakantie onverlet.[24]

Zodoende oordeelt het HvJ: artikel 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG verzet zich tegen bepalingen die bij de vaststelling van het vakantieloon van een zieke werknemer rekening houden met de korting die als gevolg van ziekte wordt toegepast op het loon dat de werknemer ontving in het arbeidstijdvak dat voorafging aan de aangevraagde vakantie.

4 Commentaar

4.1 Vakantieloon versus ziekte

Ook in deze situatie beschermt het HvJ de vakantie van zieke werknemers. Dat is niet heel verrassend, maar het is aardig te zien hoe het HvJ zijn arrest opbouwt. De bescherming van de

vakantie van zieke werknemers is, reeds sinds *Schultz-Hoff*, in wezen gebaseerd op twee argumenten (die hierboven al even genoemd werden):[25]

(1) artikel 7 kent aan *alle* werknemers vakantie toe, ziek of niet. Een lidstaat mag daarom niet de voorwaarde stellen dat een werknemer daadwerkelijk heeft gewerkt;

(2) volgens overweging 6 van de richtlijn moet er rekening worden gehouden met de beginselen van de Internationale Arbeidsorganisatie ter zake van de organisatie van de arbeidstijd, met inbegrip van de nachtarbeid. Artikel 5 lid 4 IAO-verdrag 132 (over vakantie met behoud van loon) merkt onder meer ziekte als arbeidstijd aan waarover de werknemer vakantie opbouwt. Dit werkt door in de richtlijn.

Terzijde: het HvJ is de rechtspraak over vakantieopbouw recent (anders) gaan structureren. Een recht op vakantie ontstaat pas als de werknemer werkt.[26] In situaties waarin dat niet het geval is, bouwt een werknemer niettemin toch vakantie op bij een bevestigend antwoord op de volgende twee vragen: (1) is de onmogelijkheid om te werken voor de werknemer onvoorzienbaar en (2) vindt dit buiten zijn wil plaats? Uit de rechtspraak tot dusver blijkt dat dit het geval is bij ziekte en onrechtmatig ontslag,[27] maar niet bij het opnemen van ouderschapsverlof.[28]

Terug naar de bescherming van vakantie van zieke werknemers. Tot dusver voerde het HvJ de zojuist uiteengezette argumenten voor de bescherming van de vakantie van zieke werknemers aan in zaken over de opbouw, de opname en het verval van vakantie tijdens ziekte. De nadruk lag dus altijd op *vakantie*. Om diezelfde argumenten ook toe te passen op het *behoud van loon* past het HvJ een uit eerdere zaken bekende overweging iets aan. In punt 32 overweegt het HvJ dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet kan worden *beperkt* omdat de werknemer wegens ziekte niet kon werken. Het verwijst daarbij naar punt 63 van zijn arrest *Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*. [29] Daarin overwoog het echter (onder verwijzingen naar soortgelijke situaties) dat het recht op vakantie niet mocht worden *verminderd*, waarbij het duidelijk ging om een beperking van de *opbouw* ervan.

Dit ‘aanpassen’ of in een andere context laten terugkomen van een overweging, is een techniek die het HvJ vaker hanteert. Dat is in dit geval goed te rechtvaardigen. Vakantie en loon zijn immers twee aspecten van één recht. Het zou vreemd zijn de opbouw niet te mogen beperken maar het loon wel. Vanuit die insteek wijst het HvJ met een paar argumenten af dat een vakantieloon gebaseerd op een (gekort) ziekteloon zou voldoen:

(1) Als het vakantieloon is gebaseerd op het ziekteloon, wordt voor een ‘vol’ vakantieloon in wezen (en in strijd met de richtlijn) vereist dat een werknemer daadwerkelijk heeft gewerkt (punt 36).

(2) Met het baseren van het vakantieloon op het ziekteloon wordt de waarde van het recht op vakantie afhankelijk van de datum waarop het wordt uitgeoefend (punt 37). Het HvJ verwijst hier naar punt 31 van de conclusie van A-G Hogan, die overweegt dat hiermee een voorwaarde wordt gesteld aan het ‘behoud van loon’.

(3) Het vakantieloon is lager dan de werknemer zou hebben ontvangen als hij niet ziek zou zijn geweest (punt 38).

Daarom moet het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon worden berekend aan de hand van tijdvakken waarin *daadwerkelijk* werkzaamheden zijn verricht, zonder dat rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat er wegens ziekte een korting op het loon plaatsvindt.[30] Waar ziekte voor de *opbouw* van vakantie dus als periode van arbeid moet worden beschouwd, is dit voor de *betaling van het loon* tijdens die vakantie dus juist niet het geval.

4.2 Gevolgen van het arrest

De zaak is zeker niet voor alle EU-lidstaten relevant. Zo is het in lang niet alle lidstaten mogelijk dat een zieke werknemer überhaupt vakantie opneemt.[31] Ook in Nederland lijkt de betekenis van de zaak beperkt. Uit de (schaarse) rechtspraak op dit punt volgt immers al dat een werknemer tijdens zijn vakantie recht heeft op zijn volledige loon (zie par. 2.3.2). Het ging in dit geval om een ambtenaar, maar ook voor ambtenaren geldt sinds de inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) het civiele vakantieloonbegrip. En zelfs als het HvJ-arrest een andere uitkomst had gehad, was de impact wellicht klein geweest. De Nederlandse rechtspraak was immers voor een belangrijk deel gebaseerd op artikel 7:639 BW, en niet zozeer de Europese invulling ervan. Nederlandse rechters zouden die rechtspraak mogen handhaven. Artikel 15 Richtlijn 2003/88/EG staat het lidstaten immers toe dat voor werknemers gunstiger bepalingen gelden (de ‘nationale kop’). Dit arrest sluit dus vooral de ruimte af om in de toekomst anders te beslissen.

De overwegingen van het HvJ gaan eveneens op in de situatie waarin de werknemer tijdens ziekte tegen een gekort loon vakantie opbouwt, maar die pas na afloop van de ziekte – dus wanneer hij weer zijn volledige loon ontvangt – opneemt. Tegen het baseren van het vakantieloon op het gekorte ziekte-loon bestond al het argument dat dit de werknemer ervan zou kunnen weerhouden vakantie op te nemen,[32] maar dit arrest maakt aan alle onzekerheid een einde. Was dit dan überhaupt een issue? Dat is een mooi bruggetje naar de volgende paragraaf.

5 Vakantieloon: *ex tunc* of *ex nunc*?

Over vakantieloon bestaat dan wel de nodige jurisprudentie en literatuur, de vraag wat het te hanteren peilmoment bij vakantieloon is, is nauwelijks aan de orde geweest. Afgezien van bijzondere situaties, zoals ziekte, zijn er twee logische opties:

- (1) een vakantieloon *ex tunc*, dat is gebaseerd op het loon tijdens de (referentie)periode waarin de vakantie is opgebouwd; en
- (2) een vakantieloon *ex nunc*, dat is gebaseerd op het loon direct voorafgaand aan de vakantie.

De financiële gevolgen van de keuze voor een vakantieloon *ex tunc* of *ex nunc* kunnen aanzienlijk zijn. Op ondernemingsniveau kan zelfs een bescheiden algemene loonstijging

aardig in de papieren lopen, maar vooral in individuele gevallen (bijvoorbeeld bij promoties, of demoties) kan het verschil aanzienlijk zijn. Daarmee kan het invloed hebben op de keuze om wel of geen vakantie op te nemen.

De richtlijn bepaalt niets over een vakantieloon *ex tunc* of *ex nunc*. IAO-verdrag nr. 132 (over vakantie met behoud van loon), waaraan het HvJ nog wel eens waarde hecht, ook niet.[33] Het BW evenmin: artikel 7:639 lid 1 schrijft slechts voor dat de werknemer 'recht op loon' behoudt. Mijn indruk is dat in de meeste gevallen wordt uitgegaan van het loon *ex nunc*, al ben ik vanuit de praktijk ook bekend met situaties waarin werkgevers het loon *ex tunc* hebben gehanteerd.

In Duitsland is wél duidelijk omschreven wat men als referentieperiode voor de vaststelling van het vakantieloon moet hanteren. Het *Bundesurlaubgesetz* schrijft voor (in art. 11) dat in beginsel van het gemiddelde loon in de dertien weken voorafgaand aan de vakantie wordt uitgegaan; in geval van een structurele loonsverhoging moet het 'nieuwe' bedrag in aanmerking worden genomen.[34]

Uit de jurisprudentie blijkt geen nadrukkelijke keuze voor een vakantieloon *ex tunc* of *ex nunc*. Volgens het HvJ is de samenstelling van het loon binnen zekere grenzen aan lidstaten voorbehouden.[35] Nu lijkt het vaststellen van zo'n referentietijdstip of -periode een aan lidstaten voorbehouden 'toepassingsmodaliteit', maar daar schieten we niets mee op zolang het HvJ een lidstaat kan terugfluiten. De toepassingsmodaliteiten mogen namelijk geen gevolgen hebben voor het recht van de werknemer op gelijke economische voorwaarden tijdens zijn vakantie,[36] waarbij het HvJ uiteindelijk het laatste woord heeft (gesteld dat de zaak daar komt).

Uit de HvJ-jurisprudentie tot aan dit arrest konden we al enige gezichtspunten afleiden. Allereerst argumenten voor een vakantieloon *ex tunc*:

(1) Uit de overweging dat het recht op vakantie met behoud van loon in beginsel wordt berekend op basis van tijdvakken van daadwerkelijke arbeid, zou je kunnen afleiden dat ook het loon tijdens die periode leidend is. Het recht op vakantie en het recht op betaling uit hoofde daarvan zijn immers twee aspecten van één recht, onlosmakelijk met elkaar verbonden. Bouw je in een bepaalde periode vakantie op, dan geeft die recht op het bij die periode behorende loon.

(2) Het HvJ heeft over de vergoeding op grond van artikel 7 lid 2 (geen afkoop van vakantie toegestaan, behalve bij einde dienstverband) overwogen dat dit in principe dezelfde vergoeding is als het reguliere vakantieloon (ex art. 7 lid 1).[37] Het tijdstip waarop die vergoeding moet worden berekend kan echter gevolgen hebben voor de regels van die berekening.[38] Een 'specifieke analyse' is dan noodzakelijk, 'met name indien het bedrag van het tijdens de jaarlijkse vakantie verschuldigde loon en het bedrag van de vergoeding voor niet-opgenomen vakantie verschillend zouden zijn ten gevolge van een *wijziging van het loon* (...) in de loop der tijd en met betrekking tot de arbeidstijdeenheid.'[39] [cursivering, JRV] Ik lees die overweging zó, dat je in een dergelijk geval moet terugrekenen en dat je dus niet van de actuele situatie kunt uitgaan. De betreffende zaak, *Greenfield*, ging met name over het recht

op vakantie bij tussentijdse wijzigingen van de arbeidsomvang, maar kan hier wellicht ook bruikbaar zijn.

(3) In *Williams* overwoog het HvJ dat de berekening van de hoogte van provisies en toeslagen als onderdeel van het vakantieloon gebaseerd moet zijn ‘op een gemiddelde over een representatief geachte periode’.[40] Een soortgelijk gemiddelde zou je kunnen aanhouden bij een tussentijdse salarisstijging. Het is immers niet zonder meer representatief om het nieuwe, hogere loon aan te houden.

De genoemde argumenten hebben zeker hun waarde. Probleem is wel dat zij vooral zijn ontleend aan zaken of overwegingen die de kern van de HvJ-jurisprudentie over het vakantieloon niet raken. Richtten we ons juist op die kern, dan is het voornaamste argument voor een *ex nunc*-vakantieloon snel gevonden. De redenering is dan als volgt: het vakantieloon moet in beginsel overeenstemmen met het gebruikelijke loon van de werknemer. Een vergoeding ‘die nog net zo hoog is dat geen redelijke kans bestaat dat de werknemer zijn jaarlijkse vakantie niet opneemt’ volstaat evenmin.[41] Als het huidige loon hoger is dan het vakantieloon, ontstaat een situatie waarin de werknemer een prikkel heeft geen vakantie op te nemen.[42] En uit de jurisprudentie volgt juist dat de werknemer die vakantie bij voorkeur opneemt. Als de werknemer inmiddels meer verdient, zou een vakantieloon *ex tunc* hem er mogelijk van weerhouden vakantie te nemen. Of dat per se rechtvaardig is, is een andere vraag; het belang van het recht op vakantie – een grondrecht, zie immers artikel 31 lid 2 van het EU-Grondrechtenhandvest – brengt nu eenmaal mee dat werknemers beschermd moeten worden.

Een vergelijkbare redenering gaat echter ook op voor een vakantieloon *ex tunc*. Als een werknemer weet dat er een loonstijging aan komt, kan hij zijn vakantie immers uitstellen om die later tegen het nieuwe, hogere loon te genieten. Dan zou hij eveneens een prikkel hebben zijn vakantie niet op te nemen. Weliswaar heeft het HvJ overwogen dat vakantie niet aan belang inboet als deze niet in de referentieperiode wordt opgenomen, bij voorkeur wordt deze toch genoten in het jaar waarin de werknemer deze opbouwt.[43]

Persoonlijk vind ik deze redenering beter uit de verf komen bij een pleidooi voor een *ex nunc*-vakantieloon. De voornaamste reden hiervoor is dat het HvJ lidstaten de mogelijkheid biedt de ultieme prikkel te hanteren: het laten vervallen van niet-genoten vakantie. Daarbij geef ik overigens onmiddellijk toe dat die vervalsmogelijkheid niet altijd zal kunnen voorkomen dat een werknemer ervoor kiest de vakantie toch tegen een hoger loon op te nemen, bijvoorbeeld omdat de loonstijging zich binnen een referentieperiode voordoet, of omdat de toepasselijke regels een overdrachtsperiode voor vakantie kennen (zie bijvoorbeeld art. 7:640a BW). Toch lijken me dat omstandigheden die eerder voor risico van de werkgever dan de werknemer komen.

Het HvJ verschaft in de geannoteerde zaak geen duidelijkheid (en hoefde dat ook niet te doen). Wel bevat het arrest een aantal overwegingen waarmee we wellicht iets kunnen:

(1) Een argument voor het HvJ tégen de toepassing van het ziekteloon als het vakantieloon is

dat de waarde van het recht in dat geval afhankelijk zou worden gemaakt van de datum waarop het wordt uitgeoefend (punt 37). Dat overweegt het weliswaar in de context van ziekte, maar al aan de orde kwam dat het HvJ de neiging heeft dergelijke overwegingen later aan te passen of breder te trekken. Stel dat dit het geval is, dan zegt het HvJ eigenlijk: de hoogte van het vakantieloon moet onafhankelijk zijn van het moment waarop de werknemer vakantie heeft.[44] Een vakantieloon *ex tunc* ligt dan in de rede. Een vakantieloon *ex nunc* is immers per definitie afhankelijk van het moment waarop de werknemer vakantie heeft.

(2) Het HvJ overweegt (in punt 39) over de positie van zieke werknemers die vakantie opnemen, dat in een dergelijk geval het recht op vakantie met behoud van loon in beginsel wordt bepaald aan de hand van de tijdvakken waarin daadwerkelijk is gewerkt, zonder dat rekening wordt gehouden met een korting op het loon. Hierbij verwijst het naar de in punt 25 en 30 van het arrest genoemde rechtspraak. Tezamen zeggen deze overwegingen dat het uitgangspunt is dat de rechten op vakantie in beginsel worden berekend op basis van de tijdvakken van daadwerkelijke arbeid, en dat ziekte met arbeid gelijk wordt gesteld. Je zou hieruit kunnen afleiden dat het loon in de referentieperiode inderdaad leidend is.

Al met al zijn er denk ik meer argumenten voor een vakantieloon *ex tunc* dan *ex nunc*. Maar hoe zwaar wegen zij? Eerst dacht ik dat de balans met dit arrest wel zou zijn doorgeslagen naar een vakantieloon *ex tunc*, maar bij nader inzien ben ik er niet zeker van. Het is nu eenmaal zo dat het HvJ het recht op vakantie werknemersbeschermend invult. En daarbij past in de regel toch vooral een zo hoog mogelijk vakantieloon. Totdat het HvJ zich hierover zal uitlaten blijft het echter onduidelijk.

6 Verval van vakantie bij ziekte: is artikel 7:40a BW richtlijnconform?

In zijn conclusie bij het besproken arrest besteedde A-G Hogan aandacht aan de mogelijkheid dat de werknemer zijn vakantie zou uitstellen tot na zijn ziekte, zodat hij weer recht zou hebben op het hogere loon.[45] Dat was volgens hem een mogelijkheid, nu vakantie van zieke werknemers volgens hem niet kon vervallen: ‘Zou een werknemer een dergelijke verlaging van zijn loon willen voorkomen, dan zou hij immers enkel hoeven te wachten met het opnemen van zijn vakantie totdat hij weer *volledig geschikt is om de vereiste werkzaamheden te verrichten*. De werknemer loopt niet het risico om zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon te verliezen, als hij zijn jaarlijkse vakantie uitstelt, aangezien de rechtspraak van het Hof het recht van de werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon beschermt in die zin dat het niet vervalt aan het einde van de referentieperiode en/of van een naar nationaal recht vastgestelde overdrachtsperiode.’ [46] [cursivering, JRV]

Als het HvJ deze lijn zou volgen, zou dit gevolgen hebben voor de uitleg van artikel 7:640a BW. Dat bepaalt dat de wettelijke vakantieaanspraak zes maanden na afloop van het jaar van opbouw vervalt, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Volgens de wetgever geldt die uitzondering slechts in uitzonderlijke gevallen, zoals voor langdurig zieke werknemers die tijdens die periode geheel zijn vrijgesteld van re-integratieverplichtingen. [47] Voor ‘normaal’ zieke werknemers geldt die vervaltermijn

daarentegen wel. Dit standpunt wordt ook wel gevolgd in de jurisprudentie.[48]

Het standpunt van de wetgever is vanuit een Unierechtelijke blik overigens discutabel. Al aan de orde kwam dat volgens het HvJ vakantie niet kan vervallen als de werknemer deze vanwege ziekteverlof niet heeft kunnen opnemen; bovendien heeft een werknemer desgewenst het recht om vakantie op te nemen in een andere periode dan tijdens het ziekteverlof.[49] Veel hangt af van de betekenis van het begrip ‘*ziekteverlof*’, een door het HvJ geïntroduceerd maar nergens gedefinieerd begrip. Het woord ‘verlof’ veronderstelt dat een werknemer niet hoeft te werken. Maar veel re-integrerende werknemers zijn op een bepaald moment toch aan het werk, waardoor je kunt betogen dat zij geen *ziekteverlof* genieten.[50] Bovendien sluit het hanteren van een vervaltermijn echter goed aan gelet op de recuperatiefunctie van vakantie.[51]

Toch lijkt die dunne verdedigingslijn mij moeilijk houdbaar. Zij is in strijd met het beschermende karakter dat het HvJ aan ziekte toekent. Ook het arrest *Sobczyszyn* suggereert dat.[52] In dat arrest kwam de ‘beschermende’ werking van ziekteverlof namelijk ook toe aan een met goedkeuring van een keuringsarts toegekend ‘verlof tot herstel van de gezondheid’ (punt 29). Die betrokkenheid van een keuringsarts heeft toch iets weg van ‘onze’ re-integratie.

Als het HvJ de overweging van A-G Hogan zou hebben overgenomen, zou het standpunt van de wetgever sowieso de prullenbak in kunnen. Het HvJ herhaalde die overweging echter niet. Dat hoeft niets te betekenen; het HvJ kon simpelweg ook zonder deze overweging tot zijn oordeel komen. We kunnen dus nog niet met zekerheid vaststellen hoe het standpunt van de wetgever moet worden beoordeeld. Wél kunnen we constateren dat het HvJ ook in dit arrest weer een ruime bescherming aan zieke werknemers biedt; wat mij betreft is de kans dan ook groot dat ook het standpunt van de wetgever vroeg of laat toch van tafel moet. Nu verjarings- en vervaltermijnen voor vakantie niet gelden als een werknemer niet in staat is gesteld vakantie op te nemen, doen werkgevers er goed aan zich niet te snel rijk te rekenen.[53]

7 Conclusie

De uitkomst van de zaak is niet verrassend. Andermaal beschermt het HvJ de vakantie van zieke werknemers op maximale wijze. De impact van het arrest lijkt niet bijzonder groot, gelet op de al in Nederland bestaande jurisprudentie. Al met al is het arrest vooral (wederom) een bevestiging dat het HvJ niet duldt dat het recht op vakantie van zieke werknemers wordt beperkt. Het arrest roept verder de vraag op of een vakantieloon *ex tunc* of *ex nunc* heeft te gelden. Tot slot komt de houdbaarheid van de vervaltermijn voor niet-genoten vakantie van zieke werknemers verder onder druk te staan. Wordt hopelijk vervolgd.

[1] HvJ EU 9 december 2021, C-217/20, ECLI:EU:C:2021:987 (*Staatssecretaris van Financiën*).

[2] Conclusie A-G Hogan 8 juli 2021, C-217/20, ECLI:EU:C:2021:559 (*Staatssecretaris van Financiën*).

[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, *PbEG* 2003, L 299/9-19.

[4] HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff e.a.*). Overigens mag vakantie alsnog vervallen na afloop van een overdrachtsperiode die wezenlijk langer is dan de referentieperiode. Zie HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761 (*KHS*).

[5] HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*).

[6] HvJ EG 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*); HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10, ECLI:EU:C:2012:263 (*Neidel*); HvJ EU 21 juni 2012, C-78/11, ECLI:EU:C:2012:372 (*ANGED*); HvJ EU 21 februari 2013, C-194/12, ECLI:EU:C:2013:102 (*Maestre García*); HvJ EU 19 september 2013, C-579/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:570 (*Heroverweging Commissie/Strack*); HvJ EU 30 juni 2016, C-178/15, ECLI:EU:C:2016:502 (*Sobczyszyn*).

[7] HvJ EU 20 juli 2016, C-341/15, ECLI:EU:C:2016:576 (*Maschek*), waarin het HvJ oordeelt dat een met behoud van salaris van arbeid vrijgestelde werknemer géén recht heeft op een vergoeding voor tijdens die periode niet-opgenomen vakantie, *tenzij* hij deze wegens ziekte niet heeft kunnen benutten.

[8] HvJ EG 16 maart 2006, gevoegde zaken C-131/04 en C-257/04, ECLI:EU:C:2006:177 (*Robinson-Steele e.a.*), punt 58.

[9] HvJ EG 16 maart 2006, gevoegde zaken C-131/04 en C-257/04, ECLI:EU:C:2006:177 (*Robinson-Steele e.a.*), punt 58 en HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (*Williams e.a.*), punt 20. In het arrest (punt 26-28) verwijst het HvJ overigens alleen naar het meest recente arrest op dit terrein, *Hein* (HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018).

[10] HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (*Williams e.a.*); HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, ECLI:EU:C:2014:351 (*Lock*); HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*).

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

[12] HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1017, *NJ* 1990/499, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.3. Zie uitgebreid S.S.M. Peters, 'Vakantie met behoud van loon – loonbegrip', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:639 BW, aant. 1), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

[13] Zie J.R. Vos, 'Vakantieloon: overuren en andere ontwikkelingen', *ArbeidsRecht* 2021/25, par. 2.3.

[14] Zie hierover uitgebreid S.S.M. Peters, 'Vakantieloon en ziekte', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:639 BW, aant. 3), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

[15] Rb. Rotterdam (ktr.) 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3470.

[16] Rb. Noord-Holland (ktr. Zaanstad) 18 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2766, *JAR* 2018/81, *AR-Updates* 2018-0444.

[17] CRvB 22 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4017, USZ 2018/12, m.nt. G.C. Boot, RSV 2018/61, m.nt. A.H. Rebel, SZR-Updates 2017-0255.

[18] Rb. Overijssel (zp. Zwolle) 20 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1805, AR Updates 2020-0649.

[19] Arrest, punt 19-24.

[20] Arrest, punt 25.

[21] Arrest, punt 26-28.

[22] Arrest, punt 29-32.

[23] Arrest, punt 33-38.

[24] Arrest, punt 39-41.

[25] Ondanks veelal instemmende commentaren is er ook wel kritiek. Zie bijvoorbeeld D.F. Berkhout, 'Het Schultz-Hoff-arrest: nooit te ziek voor vakantie', TAP 2009, nr. 3, p. 107-112 en K. Riesenhuber, 'Joined Cases C-350/06 and C-520/06, *Gerhard Schultz-Hoff v. Deutsche Rentenversicherung Bund and Mrs C. Stringer and Others v. Her Majesty's Revenue and Customs*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20 January 2009, not yet reported', *Common Market Law Review* 2009 (46), nr. 6, p. 2107-2115. Kritisch over een al te gemakkelijk 'inlezen' van IAO-verdrag 132 in Richtlijn 2003/88/EG, zij het over een andere bepaling dan art. 5 lid 4, is bijvoorbeeld A-G V. Trstenjak 7 juli 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:465 (*KHS*), punt 83-90.

[26] Arrest, punt 25.

[27] HvJ EU 25 juni 2020, gevoegde zaken C-762/18 en C-37/19, ECLI:EU:C:2020:504 (*Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*).

[28] HvJ EU 4 oktober 2018, C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799 (*Dicu*). Hierover kritisch: E. Carraciolo Di Torella, 'Here we go again: The Court, the value of care and traditional roles within the family: *Dicu*', *Common Market Law Review* 2020 (57), p. 877-888; P. Foubert, 'Kindjes verzorgen vermoeiend? Je hebt er in elk geval zelf voor gekozen! Het Hof van Justitie oordeelt: periodes van ouderschapsverlof hoeven geen recht te openen op jaarlijkse vakantie. Tribunalul Botoșani, Ministerul Justiției vs. Maria Dicu', *SEW* 2019/163.

[29] HvJ EU 25 juni 2020, gevoegde zaken C-762/18 en C-37/19, ECLI:EU:C:2020:504 (*Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*).

[30] Arrest, punt 39.

[31] Zie de 'Comments from other jurisdictions' bij J.R. Vos, 'Holiday pay during sickness: preliminary questions asked (NL)', *EELC* 2020/41 en T. van der Stel, 'Lapse of the right to paid annual leave: how does *Max Planck* apply to a manager? (NL)', *EELC* 2020, afl. 4, nog niet gepubliceerd.

- [32] Zo ook S.S.M. Peters, 'Vakantieloon en ziekte', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:639 BW, aant. 3.1), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).
- [33] ILO-verdrag C132, Holidays with Pay Convention (Revised), 1970 (No. 132).
- [34] Zie https://www.gesetze-im-internet.de/burlg/___11.html (laatst bezocht: 21 december 2021).
- [35] Arrest, punt 28. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (*Williams e.a.*), punt 23 en HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, ECLI:EU:C:2014:351 (*Lock*), punt 34.
- [36] Arrest, punt 28.
- [37] HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff e.a.*), punt 53-62.
- [38] HvJ EU 11 november 2015, C-219/14, ECLI:EU:C:2015:745 (*Greenfield*), punt 53.
- [39] HvJ EU 11 november 2015, C-219/14, ECLI:EU:C:2015:745 (*Greenfield*), punt 55.
- [40] Bijvoorbeeld HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (*Williams e.a.*), punt 26.
- [41] HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (*Williams e.a.*), punt 21.
- [42] Zie ook arrest, punt 33. Daarin veralgemeniseert het de overweging uit *Hein*, die daar tegen de achtergrond van een lager vakantieloon als gevolg van werktijdverkortung werd gemaakt.
- [43] HvJ EG 6 april 2006, C-124/05, ECLI:EU:C:2006:244 (*FNV*).
- [44] Dit overigens anders dan A-G Hogan, die in punt 28 van zijn conclusie impliceert dat het (in beginsel) gaat om het loon dat direct voorafgaat aan de vakantie.
- [45] Terzijde: de A-G veronderstelt dus impliciet dat vakantie wordt genoten tegen het actuele loon; hij koppelt deze niet aan de referentieperiode.
- [46] Conclusie, punt 28.
- [47] *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 7-8.
- [48] Zie bijv. Rb. Midden-Nederland (ktr. Utrecht) 27 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:434, *AR-Updates* 2016-0137. Binnenkort verschijnt op *AR-Updates* ook een vonnis van Rb. Den Haag (ktr.) 15 december 2021, 9284383\ RL EXPL 21-10368, met soortgelijke strekking.
- [49] HvJ EG 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*), punt 25.
- [50] Zie hierover uitvoerig A.G. Veldman, 'Het Europese grondrecht van jaarlijkse vakantie: voorwaarden bij ziekte en (horizontale) doorwerking', *ArA* 2012, nr. 2, p. 52-77, in het bijzonder p. 72-74.

[51] S.S.M. Peters, 'Uitzonderingen vervaltermijn', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:640a BW, aant. 2.1.1.), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

[52] HvJ EU 30 juni 2016, C-178/15, ECLI:EU:C:2016:502 (*Sobczyszyn*).

[53] HvJ EU 29 november 2017, C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914 (*King*), zie hierover ook J.R. Vos, 'Vakantieloon: overuren en andere ontwikkelingen', *ArbeidsRecht* 2021/25, par. 5.