

ANNOTATIE

Vakantiemedley

mr. drs. J.R. Vos

Annotatie bij Hoge Raad, 09-06-2023, ECLI:NL:HR:2023:816 (PR-2023-0113, BPR-2023-0049, AR-2023-0717)

1 Inleiding

De afgelopen twee maanden was het recht op vakantie regelmatig punt van aandacht van de hoogste Nederlandse en Europese rechtscolleges. Tijd dus voor een rondje langs de velden. En hoe kan dat beter dan in de vorm van een vakantiemedley?

Voordat de muziek van start gaat, maak ik graag een aantal opmerkingen ter verantwoording van deze bijdrage. Zoals een goede medley betaamt, komen de hoogtepunten van de maker aan bod, waarbij smaken natuurlijk verschillen. Een medley duurt bij voorkeur niet te lang en nummers komen zelden volledig aan bod. In deze bijdrage uit zich dat vooral door een gebrek aan wetenschappelijke verantwoording, met name in het weergeven van andersluidende opvattingen in literatuur en jurisprudentie. Het notenapparaat vormt hooguit een bescheiden *bassline* in het geheel; de volledige bladmuziek is terug te vinden in de uitstekend onderbouwde conclusies van de advocaten-generaal en procureurs-generaal.

Een en ander maakt dat ik mij tevens wat meer dan de gebruikelijke vrijheid heb gepermitteerd bij het geven van mijn mening. Zie het als commentaar vanaf de achterbank tijdens een lange autorit: soms nuttig, soms wat minder, hopelijk onderhoudend, en met wat geluk is het landweggetje naar de camping sneller gespot.

2 Europa

Allereerst de Europese ontwikkelingen. Ik begin met een niet onbelangrijk arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ of Hof), waarna ik twee interessante conclusies aanstip.

2.1 Recht op vakantie tijdens ziekte en vrijstelling: HvJ EU 27 april 2023, C-192/22, ECLI:EU:C:2023:347 (BMW)

Deze zaak draaide om een werknemer die met vroegpensioen ging. Dat vroegpensioen was vormgegeven door een vrijstelling van werk van ruim drie jaren. In de maand voorafgaand aan

het vroegpensioen nam de werknemer zijn resterende vakantie op, maar vanwege ziekte kon hij 2/3 dag niet opnemen. Omdat daarna zijn vrijstelling inging, kon dat helemaal niet meer. Volgens zijn werkgever was de vakantie nadien vervallen, terwijl de werknemer in rechte claimde dat hij niet in staat was geweest deze op te nemen.

De zaak belandde uiteindelijk bij het HvJ. Daarin besteedde het aandacht aan het (voor Nederland nauwelijks relevante) *KHS*-arrest, waarin het HvJ overwoog dat ‘in specifieke omstandigheden’ niet-genoten vakantie kan vervallen, waarbij een rol speelde dat vakantie na verloop van tijd haar functie verliest.[1] Die specifieke omstandigheden betroffen in *KHS* een langdurige arbeidsongeschiktheid met impact op de arbeidsorganisatie van de werkgever. Uit eerdere jurisprudentie bleek al dat een beroep op het *KHS*-arrest niet opgaat als de werkgever niet aan al zijn verplichtingen heeft voldaan: hij mag dan niet profiteren van zijn eigen fouten. In *BMW* viel de werkgever echter niet zo veel te verwijten. Het Hof maakt echter duidelijk dat de *KHS*-exceptie om verschillende redenen niet opgaat, waarmee het de reikwijdte van de daarin besloten exceptie eigenlijk beperkt tot langdurige arbeidsongeschiktheid.

Interessanter voor de Nederlandse rechtspraak is dat het HvJ in overweging 31 constateert dat de werknemer zijn vakantie in dit geval niet zozeer niet kon opnemen vanwege ziekte, maar vanwege de vrijstelling van werk. Deze rechtsoverweging lijkt in dit geval vooral te zijn ingegeven door de feitelijke situatie. Toch is het goed even stil te staan bij de mogelijke implicaties hiervan.

Valt die overweging namelijk wél breder te trekken en betekent dit dat het opnemen van vakantie niet mogelijk is tijdens een vrijstelling van werk, dan zijn er mogelijk wel gevolgen voor de Nederlandse rechtspraak. In het kader van beëindigingsonderhandelingen komt het immers vaak voor dat partijen resterende vakantie tegen een (doorgaans langere) vrijstelling van werk uitruilen. De vakantiedagen worden dan aan het einde van de arbeidsovereenkomst geacht te zijn genoten. In Nederland worden ‘package deals’ gezien als een toelaatbare afwijking van de vakantiewetgeving mits die niet in het nadeel van de werknemer zijn,[2] maar dat heeft natuurlijk weinig waarde als uit het Europees Recht iets anders zou voortvloeien (en vakantie bijvoorbeeld alsnog moet worden afgekocht).

De vraag is dus of een ‘uitruil’ Unierechtelijk mogelijk is. Omdat het Hof al meermaals heeft overwogen dat partijen niet onder de minimumgrenzen van de Arbeidstijdenrichtlijn kunnen duiken en dit vervolgens kunnen compenseren met voor de werknemer gunstiger bepalingen,[3] lijkt de uitruil te moeten worden beschouwd als ofwel het opnemen van vakantiedagen tijdens de vrijstelling, ofwel het genieten van vakantie voorafgaand aan een vrijstelling.

Verschiedende arresten bieden enige aanknopingspunten voor beantwoording van de vraag of een werknemer tijdens een vrijstelling vakantie kan opnemen, maar die wekken vooral verwarring:

(a) Als gezegd trekt overweging 31 enigszins in twijfel dat vakantiedagen kunnen worden opgenomen tijdens een vrijstelling.

(b) In *Schultz-Hoff* overwoog het Hof dat ziekteverlof en vakantie, anders dan Unierechtelijk gegarandeerde verloven, mogen samenvallen, mits de werknemer wel de mogelijkheid had de vakantie in een andere periode op te nemen.[4] Vertaald naar een vrijstelling zou dit kunnen betekenen dat een vrijstelling van werk en vakantie mogen samenvallen. Dat de werknemer de vakantie in een andere periode zou kunnen opnemen speelt dan geen rol, omdat deze er door middel van de uitruilafpraak akkoord mee is die vakantie tijdens de vrijstelling op te nemen.

(c) Verder overwoog advocaat-generaal Bot al eens dat een werknemer géén vakantie kan opnemen zodra zijn arbeidsovereenkomst op korte termijn eindigt, omdat de recuperatiefunctie van vakantie dan niet kan worden vervuld vanwege het zoeken van een nieuwe baan of het willen afronden van projecten.[5] (Dit argument geldt overigens eveneens voor de vraag of vakantie voorafgaand aan een vrijstelling kan worden opgenomen.)

(d) Anderzijds is de functie van vakantie (rust en ontspanning) niet per se heilig, zie de zaak *Sparkasse Südpfalz* hierna.

(e) In het obscure en bijna onmogelijk te doorgronden arrest *Maschek* lijkt het HvJ te overwegen dat (in een op *BMW* lijkende situatie) wegens ziekte voorafgaand aan een vrijstelling niet-genoten vakantie moet worden uitbetaald.[6] Dat geldt vervolgens niet voor tijdens die vrijstelling klaarblijkelijk opgebouwde vakantie: als de werknemer die niet opneemt, heeft hij geen recht op een vervangende financiële vergoeding. Kan de werknemer dat níet wegens ziekte, dan weer wél.[7] Als de werknemer tijdens een vrijstelling wél vakantie kan opnemen, rijst echter de vraag waarom de vakantie die voorafgaand aan de vrijstelling was opgebouwd en volgens het Hof moest worden uitbetaald, niet alsnog tijdens die vrijstelling had kunnen worden opgenomen. Enerzijds suggereert het arrest dus dat vakantie niet tijdens een vrijstelling kan worden genoten (vandaar de uitbetaling), maar anderzijds weer wel. *Maschek* is dus zowel een argument voor als tegen. Maar als gezegd: *Maschek* is obscuur en bijna onmogelijk te doorgronden. In alle eerlijkheid lijkt het mij het beste dit arrest te negeren.

In deze opsomming ontbreekt een heel belangrijk element. Ongeacht de wijze waarop je een uitruil ziet, is hiervoor uiteindelijk een akkoord van de werknemer vereist. Gesteld dat de 'package deal' per saldo voordeliger is voor de werknemer, dan weegt dat voor mij uiteindelijk het zwaarst en denk ik dat een 'package deal' ook Unierechtelijk toelaatbaar is.

Toch is het misschien niet zo gek in vaststellingsovereenkomsten voortaan op te nemen dat een werknemer zijn (wettelijke) vakantieaanspraken opneemt en pas daarna wordt vrijgesteld van werk. Dit voorkomt discussies over al dan niet (en wanneer) genoten vakantie. Nogmaals: de risico's zijn beperkt, vermoedelijk wat gezocht en misschien wel niet-bestaand. Maar waarom zou je ze lopen als je ze kunt vermijden met een iets andere formulering, in de wetenschap dat het Hof van Justitie wel vaker heeft verrast op het terrein van vakantie? En laten we wel zijn: het is misschien wel de beste omschrijving van wat er feitelijk gebeurt.

Het grootste risico aan de voorgestelde benadering is dat een werknemer tijdens de vakantie

ziek wordt, dat de gehele periode van non-activiteit blijft, en uiteindelijk recht heeft op uitbetaling van de niet-genoten vakantiedagen. In de ‘uitruil’ komt dit risico, puur vanuit het Nederlands recht beschouwd, voor de werknemer (de vakantie is dan immers al geacht te zijn genoten), maar *BMW* indachtig lijkt dat me sowieso een moeilijk vol te houden standpunt. Er blijkt maar weer eens hoe sterk de vakantierechten van zieke werknemers immers worden beschermd.

2.2 *Corona, quarantaine en vakantie: conclusie A-G Pikamäe 4 mei 2023, C-206/22, ECLI:EU:C:2023:384 (Sparkasse Südpfalz)*

Als het om vakantie gaat, associëren we corona gelukkig weer eerder met een drankje in de zon dan met dichte grenzen, verschillende beschermingsmaatregelen per land en beperkingen aan het genot van vakantie. De juridische vraagstukken liggen nu echter bij het Hof. Zo wees het Hof recent al arrest over loonsteun in het licht van de Coördinatieverordening,[8] deed het al uitspraken in zaken over pakketreizen en ligt nu een zaak voor over vakantie.

In zaak C-206/22 (*Sparkasse Südpfalz*) is het namelijk de vraag hoe om te gaan met een vakantie die in het water viel als gevolg van een daags voor die vakantie opgelegde quarantaine. Uitgangspunt is immers dat vakantie als rust en ontspanning dient; de werknemer slaagde er niet in die te vinden ‘in de slaapkamer en de badkamer van zijn eigen woning’.[9]

Belangrijk is dat de werknemer niet ziek was – dan zou immers de *Schultz-Hoff/Vicente Pereda*-leer hebben gegolden – maar in quarantaine zat. Advocaat-generaal Pikamäe wijst er – in navolging van eerder advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe[10] – op dat vakantie niet zozeer een garantie op rust en ontspanning biedt, maar dat vanuit de werkgever op de werknemer geen verplichtingen rusten die de werknemer kunnen beletten ‘zich vrijelijk en ononderbroken met zijn eigen zaken bezig te houden, opdat de effecten van de arbeid op zijn veiligheid en gezondheid worden geneutraliseerd’.[11] Elke andere opvatting zou een te ruime opvatting van het recht op vakantie betekenen. Volgens de advocaat-generaal is het niet aan de Unie hier iets aan te doen; lidstaten kunnen natuurlijk wel werknemersvriendelijkere maatregelen nemen.[12]

Het is nu aan het HvJ. Het is met name interessant hoe het de functie van vakantie gaat opvatten. Er zijn namelijk nogal wat mogelijkheden, die ik al eens verkende in een commentaar in EELC.[13] De Europese Commissie pleitte er in deze zaak overigens voor onderscheid te maken tussen werknemers die in quarantaine wel en niet konden werken. Werknemers in de laatste categorie zouden hun vakantie mogen uitstellen.[14] Ik zie niet goed in waarom dat anders zou moeten zijn voor werknemers die wél thuis kunnen werken, de advocaat-generaal wijst deze oplossing echter reeds om praktische redenen af.[15]

Als het Hof de advocaat-generaal volgt, heeft deze zaak vermoedelijk weinig invloed op de Nederlandse rechtspraktijk. Zo niet, dan biedt dat werknemers mogelijk ruimte voor discussies over vakanties die in het water gevallen zijn.

2.3 Vakantie: bedoeld om op te nemen! Conclusie advocaat-generaal Ćapeta 8 juni 2023, C-218/22, ECLI:EU:C:2023:465 (Comune di Copertino)

Vakantie is bedoeld voor rust en ontspanning. Tussentijdse afkoop van vakantie is daarom verboden.

Toch kan de werknemer er soms nog wel eens voor kiezen vakantie uit te laten betalen, namelijk bij het einde van het dienstverband. Het is inmiddels immers vaste rechtspraak dat niet-genoten vakantiedagen aan het eind van de arbeidsovereenkomst moeten worden uitbetaald. Volgens het HvJ stelt de richtlijn namelijk slechts twee voorwaarden: het dienstverband moet eindigen en er moet nog vakantie resteren.[16] Die redenering volgt niet noodzakelijkerwijs uit artikel 7 lid 2 van de Arbeidstijdenrichtlijn. Daarin staat toch vooral dat de minimumvakantie niet door een financiële vergoeding *kan* worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband. Over een *plicht* tot afkoop spreekt dat artikel niet. In Nederland is dat overigens wel het geval, zie artikel 7:641 BW.

De HvJ-jurisprudentie staat er volgens advocaat-generaal Ćapeta (ik denk: terecht) niet aan in de weg dat lidstaten wel degelijk tot op zekere hoogte kunnen bepalen dat niet-genoten vakantie aan het einde van het dienstverband vervalft (en dus niet hoeft te worden uitbetaald), mits de werknemer maar de gelegenheid heeft gehad die te genieten, daartoe ook is aangemoedigd en het verval ervan bij niet-opname is aangezegd. Samengevat moet dus aan de *Max-Planck*-verplichtingen zijn voldaan. Bovendien moet vakantie die is opgebouwd in het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt volgens haar wel degelijk worden uitbetaald.

Advocaat-generaal Ćapeta houdt een vurig pleidooi voor het opnemen van vakantie. Interessant is dat zij hierbij nadrukkelijk steunt op empirische literatuur die het belang van vakantie onderschrijft.[17] Dat is aardig omdat de Europese Commissie dit bij de introductie van de Arbeidstijdenrichtlijn naliet. De Commissie wist de noodzaak tot regulering van nachtarbeid en maximumarbeidstijd wel te onderbouwen, maar bleef stil over de noodzaak van vakantie.[18]

Ook het Hof van Justitie is in het verleden vrij stellig geweest over de effecten van vakantie, zonder dat die overwegingen zijn onderbouwd. Is er wetenschappelijk bewijs dat het positieve effect van vakantie vooral bestaat als deze in het lopende jaar wordt opgenomen, maar dat dit niet aan belang inboet als deze later wordt genomen?[19] En hoe verhoudt dit zich dan tot de latere constatering dat vakantie voorbij een bepaalde tijdsgrens slechts nog als ontspanning dient en niet als rust?[20] En als het inderdaad draait om rust en ontspanning, heeft de werknemer in quarantaine uit de vorige zaak dan niet toch het recht om die vakantie later op te nemen? De advocaat-generaal onderbouwt in elk geval de eerste twee stellingen in algemene zin met verwijzingen naar empirische literatuur.

Voor de Nederlandse situatie zal deze zaak niet direct gevolgen hebben; als gezegd bepaalt artikel 7:641 BW immers dat de niet-genoten vakantie aan het einde van het dienstverband moet worden uitbetaald. Niettemin is het interessant wat het Hof gaat doen. Het heeft het recht op uitbetaling van niet-genoten vakantie in recente jaren stevig neergezet en daarmee

wellicht in de hand gewerkt dat werknemers er onder omstandigheden voor (kunnen) kiezen geen vakantie te nemen maar deze te laten uitbetalen. Deze zaak biedt het Hof de gelegenheid te benadrukken dat vakantie bij voorkeur toch vooral wordt opgenomen.

3 Nederland

3.1 NS: kwalificatie en loonbegrip bovenwettelijke aanspraken (HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:816)

De meeste aandacht ging uit naar de arresten van 9 juni jl. over de NS-werknemers. Deze werknemers hadden beschikking over verlofuren (wettelijke vakantie) en vrije uren. Die vrije uren werden in dit geval ingezet in de Regeling Werktijdverkortings Oudere Werknemers.

In cassatie speelde een aantal interessante punten. De Hoge Raad besliste op twee punten inhoudelijk.

Allereerst lag de vraag voor of de vrije uren kwalificeerden als vakantie. Is dat niet het geval, dan kunnen partijen immers van de vakantiewetgeving afwijken. Inzet in deze zaak was het loonbegrip (art. 7:639 BW), maar ook afwijkende afspraken op het gebied van opbouw, afkoop en verval zijn denkbaar.

De Hoge Raad bouwt voort op zijn eerdere arresten^[21] en overweegt dat een vrijetijdsaanspraak als vakantie kwalificeert als deze tot doel heeft de werknemer *betaald* verlof te verschaffen in verband met de werkbelasting die op hem drukt. Bepalend hierbij is of die aanspraak *op het moment van toekenning* bedoeld is die gelegenheid te bieden. Het is de laatste zin die een toevoeging vormt op eerdere jurisprudentie.

Een relevante vraag, waarop de Hoge Raad in dit geval niet behoefde in te gaan, is *wanneer* een vrijetijdsaanspraak dan bedoeld is voor dat doel. Procureur-generaal De Bock maakte onderscheid tussen een strikte benadering (vereist is dat de vrijetijdsafspraken uitsluitend dienen ter recuperatie) en een ruime benadering (de vrijetijdsaanspraak moet mede dienen ter recuperatie).^[22] Zij opteert uiteindelijk voor een benadering waarin voldoende is dat het doel waarmee de vrijetijdsaanspraak is toegekend, op enigerlei wijze de werknemer en diens werkbelasting centraal stelt. Het begrip ‘werkbelasting’ moet hierin volgens haar ruim worden uitgelegd: het gaat niet alleen om belasting die direct volgt uit het werk, maar ook om omstandigheden die het werk verzwaren, zoals de levensfase. De regelmatig voorkomende levensfasebudget-uren (LFB-uren) lijken in haar optiek dus vakantie.^[23] Dat lijkt mij over het algemeen terecht,^[24] met de kanttekening dat een werkgever ook verlof kan toekennen op voorwaarde dat een werknemer dit op een bepaalde manier invult. Op het moment dat een werkgever eisen stelt aan de invulling van vrije dagen, kan men (in elk geval op abstract niveau) moeilijk spreken van vrij in te vullen vakantie.^[25]

Mijns inziens brengt het arrest van de Hoge Raad weinig nieuws ten opzichte van de eerdere arresten over atv-regelingen. Omdat het arrest wel op een ander soort verlof ziet, zal van het arrest toch wel enig effect uitgaan. Hoe groot dat effect is, is speculeren. Er bestaan

verlofregelingen in vele soorten en maten. Per geval zal nu moeten worden bekeken wat hiervan het doel is. LFB-regelingen zitten in de gevarenzone,[26] maar ook atv-regelingen zal men kritisch moeten beschouwen.[27] Atv-regelingen waarin de onderliggende sommetjes (verhouding FTE, personeel en arbeidsduur) nog steeds in enige mate kloppen, zullen niet als vakantie kwalificeren. Dit kan anders liggen voor ondernemingen waarin atv misschien ooit volgens het boekje is ingevoerd maar inmiddels is verworpen tot ‘extra vrij’, of zelfs nooit anders bedoeld is geweest. Verder bevatten vele cao’s allerlei urencompensatieregelingen die een kritische blik vereisen. Overigens is dit – zeker als het om atv gaat – makkelijker gezegd dan gedaan.

De tweede vraag was of het loonbegrip over wettelijke vakantieaanspraken onverkort geldt voor bovenwettelijke aanspraken. De Hoge Raad bevestigt dit. Hij verwijst naar zijn eerdere arrest op grond waarvan tijdens vakantie ‘het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon’ verschuldigd is.[28] Artikel 7:639 BW ziet daarbij op zowel wettelijke als bovenwettelijke aanspraken en laat geen afwijkingen toe.

Belangrijk is dat de klacht betoogde dat artikel 7:639 BW zou toestaan dat partijen voor bovenwettelijke vakantieaanspraken een minder ruim loonbegrip kunnen overeenkomen. De klacht richtte zich dus niet op de *inhoud* van dat loonbegrip. Strikt genomen laat de Hoge Raad zich hierover dus niet uit. Dat is jammer omdat hij daarmee duidelijkheid had kunnen geven over een hoop situaties.

Neem de stroom aan procedures die momenteel gevoerd worden over overurentoeslagen als onderdeel van het vakantieloon.[29] Het komt regelmatig voor dat rechters daarin toetsen aan de criteria uit het arrest *Hein*, namelijk dat sprake moet zijn van ‘uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen [die] van de werknemer vergen dat hij op regelmatige basis overuren maakt, en de vergoeding daarvan een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding’.[30] Ik had al eens kritiek op de manier waarop dit criterium in de jurisprudentie werd getoetst, waarbij ik erop wees dat het loonbegrip uit artikel 7:639 BW dan wel eens een belangrijke rol zou kunnen spelen.[31] Die discussie is actueel, omdat het loonbegrip uit artikel 7:639 BW in elk geval niet minder ruim en vermoedelijk zelfs breder is – want: minder eisen stelt – dan de loonbegrippen uit *Williams/British Airways*[32] en *Hein*.

Anders gezegd: zodra overuren onder het civiele loonbegrip vallen, lijken zij ook onder het loonbegrip van artikel 7:639 BW te vallen. Dat maakt toetsing aan de criteria uit *Hein*, als die inderdaad al strenger zijn, overbodig. De overweging van Hof Den Bosch dat het vakantieloon niet op basis van artikel 7:639 BW beoordeeld hoeft te worden omdat er geen enkele aanwijzing is dat onder het loonbegrip ex artikel 7:639 lid 1 BW ook toeslagen en overuren vallen, houdt dan geen stand.[33]

Het is jammer dat de inhoud van het vakantieloonbegrip niet aan bod komt, al wekt het feit dat het oordeel van het Hof op dit punt (onregelmatigheidstoeslag maakt deel uit van het overeengekomen loon) in stand blijft,[34] de indruk dat we inderdaad van een breed loonbegrip mogen uitgaan. En hoewel er geen waarde aan mag worden gehecht, staat in het

door de Hoge Raad uitgegeven persbericht inderdaad dat onregelmatigheidstoelagen deel uitmaken van het loon.[35]

De overige klachten strandden op artikel 81 RO. Toch waren die wel interessant: zij zagen op de wijze waarop NS en de vakbonden de onjuiste praktijken in het verleden (uitkeren van te weinig ort) hadden geprobeerd te herstellen. In dit geval hadden partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten die eveneens als cao was aangemeld. Al eerder was gebleken dat volledig compenseren eigenlijk de enige mogelijke remedie is, en dat 'gedeeltelijk herstel' onvoldoende lijkt.[36] Een vaststellingsovereenkomst als cao aanmelden werkt dus kennelijk ook niet.

Daarmee lijkt nabetaling van onterecht niet betaalde looncomponenten de enige optie. Enerzijds is dat logisch, anderzijds moet je een cao in de regel als een totaalpakket beschouwen. Zouden partijen een volledige compensatie zijn overeengekomen, dan hadden werknemers op andere punten vermoedelijk minder gekregen. Dat maakt het een complexe aangelegenheid. Bovendien zijn bij een cao niet alleen werkgevers(vertegenwoordigers) betrokken, maar ook de vakbonden. Of het oordeel op dit punt nu juist is of niet, het heeft iets onbevredigends om de rekening dan maar bij de werkgever neer te leggen.[37]

3.2 Verval, uitbetaling en aanzegplicht (HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955)

Deze beschikking toont het belang van het naleven van de aansporings- en aanzegverplichtingen uit de arresten *Max-Planck* en *Kreuziger*. [38] In die arresten overwoog het Hof van Justitie dat het recht op wettelijke vakantie niet kan vervallen als niet aan die verplichtingen is voldaan, ondanks het bestaan van wettelijke vervaltermijnen. Men ging er al van uit dat dit ook voor (algemene) verjaringstermijnen gold,[39] en sinds het arrest *LB* wist men dit eigenlijk zeker.[40]

De Hoge Raad had niet echt keus meer, maakte er weinig woorden aan vuil en overwoog dat het Hof de verjaringstermijn terecht buiten toepassing heeft gelaten.[41]

De beschikking komt dan ook niet als een verrassing, maar springt voornamelijk in het oog vanwege de hoogte van het te betalen bedrag aan niet-genoten vakantie (€ 62.604,32 voor 186,5 opgebouwde doch niet-genoten vakantiedagen,[42] vermeerderd met 10% wettelijke verhoging en wettelijke rente). Dat maakt het een perfect voorbeeld voor de praktijkjurist om het belang van de aansporings- en aanzegplicht bij cliënten onder de aandacht te brengen.

De keuze van het Hof van Justitie algemene verjaringstermijnen buiten werking te stellen is discutabel,[43] maar we moeten het ermee doen. Dat gezegd hebbende zou ik ervoor willen pleiten de aansporings- en aanzegplicht te codificeren. Die verplichtingen zijn te belangrijk en de impact van het niet-naleven ervan is te groot om dit enkel door de jurisprudentie af te laten doen.

3.3 Afboeken van vakantie tijdens ziekte (conclusie P-G De Bock 12 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:494 (DAF))

Moet de zieke werknemer er expliciet mee instemmen dat door hem of haar genoten vakantie ook daadwerkelijk van het vakantiesaldo wordt afgeschreven? Deze voor de praktijk belangrijke vraag ligt voor bij de Hoge Raad. In deze zaak spelen drie vragen:

1. Hoe moet het instemmingsvereiste ex artikel 7:638 lid 8 BW worden begrepen?
2. Kan een werknemer zonder re-integratiemogelijkheden vakantie opnemen?
3. Is een cao een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in artikel 7:638 lid 8 BW?

De voor de praktijk wenselijke duidelijkheid op het eerste punt hoeft er niet te komen als het antwoord op de tweede vraag ‘nee’ is. Dan hoeft de rest van de vragen immers niet te worden beantwoord. Niettemin beperk ik me op deze plaats tot een aantal algemene opmerkingen over de eerste vraag, die vooral gericht zijn op de (belangrijkste) situatie, namelijk die waarin een werknemer wel degelijk re-integratiemogelijkheden heeft.

Artikel 7:638 lid 8 BW bepaalt (onder meer) dat dagen of gedeelten van dagen waarop de werknemer tijdens een vastgestelde vakantie ziek is niet gelden als vakantie, tenzij in een voorkomend geval de werknemer daarmee instemt.

In de kern is de discussie in deze zaak of die instemming moet zien op het afschrijven van vakantiedagen tijdens ziekte, of dat die instemming reeds besloten ligt in de aanvraag of het genieten van die vakantie. Praktischer: moet een werkgever tegen een zieke werknemer zeggen: je mag wel op vakantie, maar dan gaat het wel van je saldo af?

De nadruk in de conclusie ligt op het al dan niet instemmen met het als vakantiedagen aanmerken van ziektedagen, en daarmee op het instemmen met het afschrijven. Gezien de wettekst is dat niet gek.

Toch betwijfel ik of die focus op dat afschrijven terecht is. Ontdaan van alle nuances in de wetsgeschiedenis is de gedachte achter lid 8 uiteindelijk: als je ziek bent, hoef je niet *tegen je wil* vakantie op te nemen. Dat is wat mij betreft ook de gedachte die doorklinkt uit de arresten *Vicente Pereda* en *ANGED*.^[44] Logischerwijs is dan ook de ‘standaardoptie’ dat een zieke werknemer geen vakantie *hoeft* op te nemen. Kies je er echter voor dat wél te doen, lijkt mij er weinig op tegen die vakantie vervolgens ook af te schrijven. Dat geldt in elk geval als de vakantie wordt aangevraagd nadat de ziekte is aangevangen. In het andere geval volgt immers uit de jurisprudentie dat de werknemer de keuze heeft, zodat de werkgever de werknemer dan een keuze moet voorhouden: wil je nog steeds vakantie opnemen, of inmiddels liever toch niet meer?^[45]

In de conclusie komt de gedachte naar voren dat de werknemer niet alleen vakantie opneemt, maar ook moet instemmen met het feit dat die dagen vervolgens worden afgeschreven. Dit kunstmatige lostrekken van deze twee handelingen getuigt wat mij betreft van weinig realiteitszin. Zo overweegt procureur-generaal De Bock ‘(...) dat een door de zieke werknemer uitsproken wens om “vakantie op te nemen” of “op vakantie te gaan”, in het normale spraakgebruik ook (alleen) kan betekenen dat de werknemer tijdens ziekte op vakantie wil

gaan, in die zin dat hij de ziektedagen op een vakantieadres wil doorbrengen in plaats van thuis. Daarmee hoeft de werknemer niet óók te hebben bedoeld dat hij in juridische zin vakantie wil opnemen – door ziektedagen als vakantiedagen te laten gelden.’[46] Werkelijk?!

Een van de gedachten achter de aanpassingen in 2012 was te verduidelijken dat ook een zieke werknemer vakantie kan opnemen.[47] Dat niemand de tegenwoordigheid van geest heeft gehad dit ook wat beter tot uiting te laten komen in de wet zelf, valt te betreuren. In plaats daarvan moeten we het doen met een tamelijk onpraktisch artikel 7:638 lid 8 BW, dat werkgevers weer eens met een fikse kostenpost zou kunnen opzadelen.

4 Conclusie

Genoeg ontwikkelingen dus, waarbij praktijkjuristen en werkgevers zich op dit moment met name zullen moeten bezinnen op eventuele gevolgen van de arresten *BMW* en *NS*. Maar hopelijk kan dat tot na de vakantie wachten.

[1] HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761 (*KHS*).

[2] HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4280, *NJ* 2000, 187 (*Bouwman/RIB*).

[3] HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*), punt 42-43; HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken C-609/17 en 610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (*TSN*), punt 35.

[4] HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en 520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff*), punt 27-29.

[5] Conclusie A-G Bot 29 mei 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:338 (*Max-Planck*), punt 61.

[6] HvJ EU 20 juli 2016, C-341/15, ECLI:EU:C:2016:576 (*Maschek*), punt 33.

[7] Arrest *Maschek*, punt 35-37.

[8] HvJ EU 15 juni 2023, C-411/22, ECLI:EU:C:2023:490 (*Thermalhotel Fontana*).

[9] Conclusie A-G Pikamäe 4 mei 2023, C-206/22, ECLI:EU:C:2023:384 (*Sparkasse Südpfalz*), punt 12.

[10] Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, C-588/18, ECLI:EU:C:2019:1083 (*Fetico*). Het HvJ koos in deze zaak overigens voor een andere benadering.

[11] Conclusie *Sparkasse Südpfalz*, punt 52.

[12] Conclusie *Sparkasse Südpfalz*, punt 55 en 58.

[13] Onder P. Schreiner en N. Stephan, ‘Granting of leave during officially ordered quarantine: re-credit of leave entitlements for days spent in official quarantine (GE)’, *EELC* 2022/37.

[14] Conclusie *Sparkasse Südpfalz*, punt 43.

- [15] Conclusie *Sparkasse Südpfalz*, punt 44-48.
- [16] HvJ EU 25 november 2021, C-233/20, ECLI:EU:C:2021:960 (*job-medium*).
- [17] Conclusie A-G Ćapeta 8 juni 2023, C-218/22, ECLI:EU:C:2023:465 (*Comune di Copertino*), punt 44-51.
- [18] Voorstel voor een richtlijn van de raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, COM(90) 317 def, SYN.295, 20 september 1989.
- [19] HvJ EG 6 april 2006, C-124/05, ECLI:EU:C:2006:244 (*FNV/Staat der Nederlanden*), punt 30.
- [20] HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761, punt 33.
- [21] HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9633, r.o. 3.2.1 en HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5650, r.o. 3.4.
- [22] Conclusie P-G De Bock 16 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1198, punt 4.13-4.17.
- [23] Conclusie P-G De Bock 16 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1198, punt 4.18-4.20.
- [24] Zo ook H.L. Doorn en M. Mzaoui, 'Het (tussentijds) afrekenen van opgebouwde verlofuren en inhalen van niet-gewerkte uren', *ArbeidsRecht* 2023/13.
- [25] Ik deed op deze website al eens wat (opportunistische) suggesties. Zie J.R. Vos, 'Bovenwettelijke vakantie en de reikwijdte van het EU-recht', www.ar-updates.nl/commentaar/209200, par. 3.4.
- [26] Zo ook conclusie P-G De Bock 16 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1198, punt 4.14, 4.15 en 4.20.
- [27] Overigens waarschuwde Buijs hier al in 2010 voor: D.J. Buijs, 'Annotatie bij HR 2 oktober 2009, nr. 07/13487, LJN BI9633, JAR 2009/271, NJ 2009, 479, RAR 2009, 159', *TRA* 2010/15.
- [28] HR 26 januari 1990. ECLI:NL:HR:1990:AD1017, r.o. 3.3.
- [29] Zie bv. Hof Den Bosch 14 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:839, *JAR* 2023/142, m.nt. S.W. Kleijer.
- [30] HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*).
- [31] J.R. Vos, 'Vakantieloon: overuren en overige ontwikkelingen', *ArbeidsRecht* 2021/25.
- [32] HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (*Williams/British Airways*).
- [33] Hof Den Bosch 14 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:839, *JAR* 2023/142, m.nt. S.W. Kleijer, r.o. 4.18.
- [34] De overweging van het hof (r.o. 2.12) is weergegeven in r.o. 2.4. van het arrest.

[35] 'Hoge Raad: NS moet loon en onregelmatigheidstoeslag betalen over bovenwettelijke vakantie'. Zie www.hogeraad.nl/actueel/nieuwsoverzicht/2023/juni/hoge-raad-ns-loon-onregelmatigheidstoeslag-betalen-bovenwettelijke/ (laatst bezocht: 28 juni 2023).

[36] HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1371.

[37] Ook het persbericht van de FNV is naar mijn indruk wat bescheiden geformuleerd. Zie www.fnv.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/vervoer/2023/06/goed-nieuws-voor-alle-ns-ers-die-onregelmatig-werk (laatst bezocht: 29 juni 2023).

[38] HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck*) en HvJ EU 6 november 2018, C-619/16, ECLI:EU:C:2018:872 (*Kreuziger*).

[39] Zie de literatuurverwijzingen in conclusie P-G De Bock 20 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:93, punt 4.34-4.36.

[40] HvJ EU 22 september 2022, C-120/21, ECLI:EU:C:2022:718 (*LB*).

[41] HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955, r.o. 3.1.2.

[42] Overigens lijkt een deel van deze dagen bovenwettelijke dagen die op grond van art. 7:642 BW nog niet verjaard waren.

[43] E.F. Grosheide, 'Het principe van procedurele autonomie bij recht op vakantie: ten onrechte buitenspel gezet?', *TRA* 2022/93; A. Sagan, 'Arbeitsrecht: Verjährung von Urlaubsansprüchen – Nichtantritt wegen hohen Arbeitsaufwands und Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitsgebers', *EuZW* 2022/1013; J.R. Vos en L. Ratti, 'Annual Leave', in: 'EELC's review of the year 2022', *EELC* 2023/1. Ook de Europese werkgeversorganisaties hebben aandacht gevraagd voor de problemen en rechtsonzekerheid als gevolg van HvJ-arresten die ertoe leidden dat nationale wetgeving en cao's plots in strijd waren met de richtlijn. Zie Verslag over de uitvoering door de lidstaten van Richtlijn 2003/88/EC betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, COM(2023)72 final, p. 10.

[44] HvJ EG 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*) en HvJ EU 21 juni 2012, C-78/11, ECLI:EU:C:2012:372 (*ANGED*).

[45] Anders dan P-G De Bock (punt 9.17) meen ik dus dat het moment van intreden van ziekte wel degelijk een rol zou kunnen spelen.

[46] Conclusie P-G De Bock 12 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:494, punt 9.15.

[47] *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 1.