 DOI 10.5553/ArA/156866392025024003003

ARTIKEL

De invloed van IAO-beginselen op de ontwikkeling van het vakantierecht

Prof. mr. F.J.L. (Frans) Pennings.

De Nederlandse Vakantiewet moest in 2011 aangepast worden als gevolg van het Schultz-Hoff e.a.-arrest van het Hof van Justitie. Ook nadien was het vakantierecht geen rustig bezit, zoals onder meer blijkt uit verschillende recente uitspraken van kantonrechters. Zowel de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie als de BW-bepalingen zijn geïnspireerd door IAO-beginselen. Ze werden echter op verschillende wijze toegepast. In dit artikel wordt beschreven op welke wijze de IAO-beginselen het Nederlandse vakantierecht hebben gevormd. Daarna wordt de toepassing van IAO-beginselen door het Europese Hof onderzocht. Hieruit blijkt dat de summiere wijze waarop de Arbeidstijdenrichtlijn het recht op vakantie regelt, het gebruik door het Hof van IAO-beginselen verklaart. Ook verklaart de wijze waarop de richtlijn het vakantierecht regelt, waarom het Hof aan de IAO-beginselen een eigen invulling heeft gegeven. Bij de in dit artikel voorgestelde EU-vakantierichtlijn is dit inzicht van belang. Ook op de kortere termijn kan de Nederlandse wetgever een aantal knelpunten verlichten.

TREFWOORDEN Vakantie · Arbeidstijdenrichtlijn · Schultz-Hoff e.a.-arrest · IAO-verdrag 132 · Vakantierechten bij ziekte

1 Waarom is onderzoek naar de IAO-beginselen in het vakantierecht van belang?

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU, hierna ook: het Hof) heeft sinds de eeuwwisseling een aantal spraakmakende arresten gewezen over het recht op vakantie. Deze hebben er onder andere toe geleid dat de in 1966 tot stand gekomen Nederlandse Vakantiewet – destijds neergelegd in artikelen 1638bb e.v. van het Burgerlijk Wetboek (BW),[1] inmiddels artikelen 7:634 e.v. BW – in 2011 aangepast moest worden (zie paragraaf 5.4). Zowel de Vakantiewet als de jurisprudentie van het Hof is geïnspireerd op beginselen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) over het recht op vakantie, zoals blijkt uit respectievelijk wetsgeschiedenis en jurisprudentie. Deze beginselen zijn niet als zodanig in een document neergelegd, maar kunnen worden afgeleid uit IAO-verdragen en -aanbevelingen; ik zal deze met name in paragrafen 5.1, 5.2 en 6.1 bespreken.

Er blijken verschillen te bestaan tussen hoe de IAO-beginselen in respectievelijk de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie van het Hof zijn toegepast. Het is daarom nuttig om deze verschillen te analyseren, om op basis hiervan te bespreken waardoor fricties tussen het Nederlandse en Europese vakantierecht ontstaan zijn. Sommige fricties bestaan nog steeds, zo-

1 Stb. 1966, 290.

als blijkt uit onder andere recente jurisprudentie van kantonrechters, met name over de opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte, en de reactie van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid hierop (paragraaf 7.1). Bespreking van de oorzaak van die fricties kan behulpzaam zijn voor het doen van aanbevelingen om ze op te lossen. IAO-beginselen kunnen voorts een leidraad vormen voor voorstellen om de vakantiewetgeving aan te passen.

In deze bijdrage kan ik niet alle onderwerpen van het vakantierecht bespreken; ik zal me richten op die onderwerpen waarbij in de jurisprudentie van het Hof verwezen wordt naar IAO-beginselen en die tot discussies aanleiding hebben gegeven. Eerst bespreek ik de relevante IAO-regelingen en de invloed daarvan op de Nederlandse Vakantiewet (paragraaf 2); daarna komt de relatie tussen de EU-richtlijnen en de IAO-beginselen aan de orde (paragraaf 3). Vervolgens ga ik in op het doel van het recht op vakantie (paragraaf 4), op het verwerven van vakantiedagen, met name tijdens perioden van onderbreking van de arbeid, zoals ziekte (paragraaf 5), en op het opnemen, vervallen en verjaren van vakantiedagen (paragraaf 6). In paragraaf 7 zal ik ingaan op de implementatie door Nederland van de jurisprudentie van het Hof. Ik zal ook rechtspraak hierover van Nederlandse rechters behandelen.

In paragraaf 8 kom ik tot conclusies over de wijze waarop het Hof IAO-beginselen heeft toegepast en waarom de jurisprudentie tot verschillen met de Nederlandse Vakantiewet heeft geleid. Ten slotte zal ik voorstellen doen voor aanpassing van de Arbeidstijdenrichtlijn en de Vakantiewet.

2 De totstandkoming van de Vakantiewet en het IAO-vakantierecht

Nederland heeft zijn Vakantiewet voorbereid in de jaren vijftig en begin jaren zestig. Aan het wetsontwerp lag een SER-advies van 1957 ten grondslag.[2] In een bijlage bij dit advies was een vertaling van IAO-Aanbeveling 98 over vakantie met behoud van loon (1954) opgenomen. Het advies bevatte ook een brief van de verantwoordelijke bewindslieden, die afsloot met de opmerking dat 'het uiteraard in het voornemen van eerste ondergetekende ligt, in het in voorbereiding zijnde ontwerp van een Vakantiewet zoveel als maar enigszins mogelijk lijkt rekening te houden met de inhoud van de Aanbeveling'. Zowel uit het SER-advies als de Kamerstukken[3] blijkt dat Aanbeveling 98 een belangrijke inspiratiebron vormde voor de Vakantiewet.

Aanbeveling 98 was niet het eerste IAO-vakantie-instrument; al in 1936 waren Verdrag 52 en Aanbeveling 47 aangenomen. De voorbereiding daarvan toont hoe het internationale vakantierecht zich ontwikkeld heeft. Het rapport waarin Verdrag 52 werd voorbereid, zet namelijk uiteen dat aan dit verdrag een inventarisatie vooraf was gegaan van de vakantieregelingen in de verschillende IAO-lidstaten. Hieruit bleek dat er veel verschillen waren tussen nationale systemen en praktijken. Op nationaal niveau is het recht op vakantie immers ontstaan toen werkgevers betaalde vakantiedagen aan hun werknemers gingen toekennen, soms op eigen initiatief, soms op basis van een cao. Door deze bottom-up ontwikkeling ontstonden aanzienlijke verschillen tussen de verschillende economische sectoren van een land; ook bleken er grote verschillen tussen de IAO-lidstaten te bestaan.

Omdat het recht op vakantie en de inhoud ervan een arbeidsvoorwaarde vormen, wilden IAO-lidstaten zo veel mogelijk blijven aansluiten bij de actuele stand van zaken in hun land;

2 SER, Advies betreffende een voorontwerp van wet tot wettelijke regeling van vakantie met behoud van loon, 1957.

ze wilden niet door een verdrag gedwongen worden om werkgevers in hun land aan hogere eisen te laten voldoen. Daarom gingen ze er niet mee akkoord hogere normen in het verdrag neer te leggen dan waaraan ze al voldeden.[4] Een aanbeveling werd daarentegen wel geschikt geacht om een hoger niveau van vakantierecht te bevorderen. Toen achttien jaar na het aannemen van Verdrag 52 de tijd rijp werd geacht voor hogere normen, werden ook deze in een aanbeveling opgenomen: Aanbeveling 98 (hierna ook: de Aanbeveling).[5] Dit is de Aanbeveling die, zoals gezegd, voor de vormgeving van de Nederlandse Vakantiewet een belangrijke rol heeft gespeeld.

Bij de voorbereiding van Verdrag 132 in de jaren zestig werd wederom een inventarisatie gemaakt van de vakantieregelingen in de IAO-lidstaten. Hierbij kwamen ook de interpretaties van Verdrag 52 en Aanbeveling 98 aan de orde. In een survey van het Comité van Deskundigen werden de antwoorden van de lidstaten op de vragenlijst besproken.[6] Ik zal in de volgende paragraaf verwijzen naar de opmerkingen hierover.

Verdrag 132 werd in 1970 aangenomen.[7] De voorganger, Verdrag 52, is nog steeds van kracht voor die lidstaten die wel dat verdrag maar niet Verdrag 132, geratificeerd hebben. Ten tijde van de voorbereiding van de Nederlandse Vakantiewet was Verdrag 52 verouderd en er was nog geen tekst van het latere Verdrag 132. Vandaar dat aangesloten werd bij Aanbeveling 98, die ook meer gedetailleerde voorschriften kent dan beide verdragen. Bij de voorbereiding van Verdrag 132 deelde de Nederlandse regering mee dat ze in verband met de recente inwerkingtreding van de Vakantiewet er niet voor voelde om akkoord te gaan met verdragsbepalingen die zouden moeten leiden tot aanpassing van de Vakantiewet.[8] Ook later werd Verdrag 132 niet geratificeerd; zie voor de redenen daarvoor paragraaf 6.2.

3 Opname van het recht op vakantie in het Gemeenschapsrecht

3.1 De totstandkoming van Richtlijn 93/104

In de Europese Gemeenschap werd het recht op betaalde vakantie voor het eerst genoemd in het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden, een verklaring van de staatshoofden en regeringsleiders in 1989. Onder het opschrift ‘Verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden’ vermeldt punt 7: ‘De verwezenlijking van de interne markt moet leiden tot een verbetering van de levensstandaard en arbeidsvoorwaarden voor de werkenden in de Europese Gemeenschap.’ Punt 8 vervolgt: ‘Alle werkenden in de Europese Gemeenschap hebben recht op een wekelijkse rusttijd en een jaarlijkse vakantie met behoud

3 Kamerstukken II 1962/63, 7168, nr. 3.

4 ILC, Holidays with Pay, 20th Session 1936, Report II, 1936, p. 126.

5 Zie voor een uitgebreidere bespreking van de ontwikkeling van het IAO-vakantierecht, F. Pennings, The role of ILO principles on annual leave in the case law of the Court of Justice, European Labour Law Journal 2025/3, p. 325-342.

6 Committee of Experts, Survey of the Reports on the International Labour Instruments concerning Holidays with Pay (1964), opgenomen in ILC, Holidays with Pay. Rapport VI(1), 1968.

7 Zie over Verdrag 132 o.a. R. Blanpain, The Holidays with Pay Convention of the ILO (No. 132); a Commentary, IJCLLIR 2000, p. 359-396; C. Spinelli, IAO-Verdrag 132, in: E. Ales e.a. (red.), International and European Labour Law, Baden-Baden: Nomos 2018, p. 1370-1381.

8 ILC, Holidays with Pay, 54th Session 1970, Report IV(2), 1970, p. 27.

van loon, waarvan de duur onderling in opwaartse zin moet worden aangepast overeenkomstig de nationale gebruiken.'

Deze ambities werden uitgewerkt in Arbeidstijdenrichtlijn 93/104. De eerste versie van het voorstel voor deze richtlijn bepaalde slechts dat 'de lidstaten de nodige maatregelen treffen opdat alle werkenden gedurende een minimumtijdvak een jaarlijkse vakantie met doorbetaling van loon kunnen genieten'.[9] Tijdens de behandeling van dit voorstel sprak het Economisch en Sociaal Comité van het Europees Parlement zijn teleurstelling uit: 'Het is betreurenswaardig dat de Commissie bij het opstellen van de voorgestelde richtlijn onvoldoende rekening heeft gehouden met het Sociaal Handvest van de Raad van Europa en de IAO-normen.' Wat de bepaling inzake de vakantie betreft, merkte het op dat deze 'zonder meer te vaag' is.[10]

Vervolgens nam het Europees Parlement een amendement aan om als overweging in de richtlijn op te nemen: 'Overwegende dat het aangewezen is dat de Gemeenschap in deze materie minstens de Conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie respecteert.'[11] Nadat de Europese Commissie een aantal opeenvolgende verschillende versies van de ontwerprichtlijn had gepresenteerd waarin dit amendement verwerkt was, werd uiteindelijk de volgende overweging opgenomen: 'Er moet rekening worden gehouden met de beginselen van de Internationale Arbeidsorganisatie met betrekking tot de organisatie van de arbeidstijd, met inbegrip van die welke betrekking hebben op nachtarbeid.'[12] Noch de Commissiestukken, noch de richtlijn geven een toelichting op deze tekst. Het amendement van het Parlement had dus niet specifiek betrekking op de IAO-beginselen over vakantie. De tekst spreekt echter van beginselen van de IAO, zodat beginselen op het terrein van het recht op vakantie er ook onder vallen.

Richtlijn 93/104 was gebaseerd op artikel 118A EG-Verdrag, dat betrekking had op de veiligheid en de gezondheid van werknemers. Artikel 7 Richtlijn 93/104 betreft het recht op vakantie:

> '1. 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.
> 2. De minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband.'

3.2 Richtlijn 2003/88 en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

In het begin van de 21ste eeuw werd het noodzakelijk geacht Richtlijn 93/104 te vervangen, onder andere om de rechtspraak van het Hof inzake arbeids- en rusttijden[13] te codificeren.[14]

9 COM(1990)317.

10 PB 1991 C 60, p. 26-32.

11 PB 1991 C 72, p. 86 e.v. In dit amendement werden drie IAO-instrumenten betreffende wekelijkse rusttijden genoemd, niet over vakantie.

12 Hierin wordt niet verwezen naar het ESH. Het ESH van 1961 gaf wel een duidelijke norm voor vakantie (artikel 2 lid 3), en de A-G. in de conclusie bij BECTU (punt 23) (zie paragraaf 4.3) zou er ook naar verwijzen. Het ESH werkt werk- en rusttijden echter veel minder uit dan de IAO-verdragen. Dat zal de reden zijn geweest dat de preambule enkel de IAO-beginselen noemt.

13 Er is hier niet voldoende ruimte om alle aspecten van de jurisprudentie van het Hof over vakantie te bespreken; zie voor een overzicht: Interpretatieve mededeling over Richtlijn 2003/88/EG, Pb C 2023, 143/8.

14 COM(2002)336.

Dit gebeurde door Richtlijn 2003/88, ditmaal gebaseerd op artikel 137 lid 2 EG-Verdrag (het latere artikel 153 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)). Op grond hiervan kan de Uniewetgever minimumvoorschriften inzake arbeidsvoorwaarden vaststellen. De rechtsgrond voor Richtlijn 2003/88 was dus niet langer de bepaling over de gezondheid van werknemers. De nieuwe richtlijn verwijst in dezelfde bewoordingen naar de IAO-beginselen (nu Overweging 6 van de preambule); ook artikel 7 heeft dezelfde tekst als zijn voorganger.

Een mijlpaal in de ontwikkeling van het recht op vakantie was de goedkeuring van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest), waarvan artikel 31 lid 2, luidt: 'Iedere werknemer heeft recht op (...) een jaarlijkse vakantie met behoud van loon.' Het Handvest erkent aldus het recht op jaarlijkse vakantie als een grondrecht; het recht wordt hier niet afhankelijk gesteld van nationale wetgeving en praktijken.[15] Dit artikel heeft in de jurisprudentie van het Hof een bijzondere betekenis gekregen, met name als een nationale bepaling niet in overeenstemming is met het EU-recht.

Bij een dergelijke discrepantie dient wel allereerst nagegaan te worden of een met het Unierecht strokende uitlegging van die nationale bepaling mogelijk is (richtlijnconforme interpretatie). De nationale rechter moet het nationale recht zo veel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn (met inachtneming van de jurisprudentie van het Hof), teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken.[16] Daarbij zijn er wel beperkingen; de rechter hoeft niet zover te gaan dat de uitleg *contra legem* is (dat wil zeggen: in strijd met de bedoeling van de nationale wetgever).

Als de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, kunnen particulieren zich voor de nationale rechter op die bepalingen beroepen tegenover de staat wanneer deze heeft nagelaten de richtlijn tijdig in nationaal recht om te zetten, dan wel deze onjuist heeft omgezet. Artikel 7 lid 1 Richtlijn 2003/88 voldoet volgens het Hof aan deze criteria van onvoorwaardelijkheid en voldoende nauwkeurigheid.[17] In die situatie kunnen dus wel nationale bepalingen terzijde worden gesteld (*contra legem* toepassing).

Richtlijnbepalingen hebben echter geen horizontale werking, en nu komt artikel 31 lid 2 Handvest van pas. Het recht op vakantie volgens dit artikel is namelijk, volgens het Hof, zowel dwingend als onvoorwaardelijk van aard. De Arbeidstijdenrichtlijn vult dit artikel enkel aan met een bepaling omtrent de duur van het recht. Daardoor geeft artikel 31 lid 2 aan werknemers het recht om artikel 7 Richtlijn 2003/88 in te roepen in een geding met hun (ook particuliere) werkgever, en kan dit zelfs tot *contra legem* interpretaties leiden.[18]

4 Het doel van het recht op vakantie

4.1 IAO

In het vakantierecht speelt het doel van het recht op vakantie een grote rol, zoals we in de volgende paragrafen zullen zien, ook al is het doel in de betreffende regelingen niet vastgelegd.

15 Zie ook J.R. Vos, Op reis met vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht, ArA 2019/2, p. 50-80.

16 Zie HvJ EU 24 januari 2012, C 282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (Dominguez).

17 HvJ EU 6 november 2018, C-569/16 en 570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (Bauer en Broßonn).

18 Idem.

Zo kent ook IAO-Verdrag 52 geen overweging of bepaling die het doel van het recht op vakantie omschrijft. De preambule van Aanbeveling 47 daarentegen vermeldt wel dat 'het doel van jaarlijkse vakantie is om werknemers rust- en recreatiemogelijkheden en de ontwikkeling van hun mogelijkheden te bieden'. In Verdrag 132 is, net als in zijn voorganger, geen bepaling over het doel van het recht op vakantie te vinden.

In een terugblik op de totstandkoming van Verdrag 132 herinnert de IAO in een rapport van 2000 eraan dat dit verdrag werd voorbereid ter opvolging van een resolutie in 1961, waarin aangedrongen werd op hogere normen dan Verdrag 52.[19] De indieners hadden namelijk vastgesteld dat (in sommige delen van de wereld) de productiviteit en welvaart sterk toegenomen waren en dat veel werknemers langere vakanties hadden gekregen dan de minimumduur van Verdrag 52 (zes dagen).

Volgens het rapport van 2000 hielden de toenmalige doelstellingen van het te ontwikkelen verdrag ten eerste in dat werknemers meer tijd zouden krijgen om van hun werk te herstellen. Dit was mogelijk geworden door de toegenomen productiviteit en winsten. Ten tweede kende de resolutie de doelstelling om de winsten die voortvloeien uit productiviteitsstijgingen over de werknemers te herverdelen in de vorm van meer vrije tijd.[20] Recuperatie van de arbeid, maar ook herverdeling van de welvaart werden dus genoemd als doelstellingen.

Tijdens de conferentie waarin het ontwerp voor Verdrag 132 werd behandeld, betoogden sommige sprekers dat internationale arbeidsnormen niet alleen tot doel hebben bestaande praktijken te bevestigen, waardoor het gemakkelijker is om ratificaties te krijgen; normen moeten ook doelen stellen teneinde sociale vooruitgang te bevorderen.[21] Meer in het bijzonder zou het doel van Verdrag 132 moeten zijn om de veiligheid en gezondheid van werknemers te beschermen en een middel te bieden om de winsten die voortvloeien uit productiviteitsstijgingen te herverdelen. Andere deelnemers waren echter terughoudend om een herverdelingsdoelstelling op te nemen in het verdrag; in sommige delen van de wereld (met name ontwikkelingslanden) bestonden namelijk andere prioriteiten bij de herverdeling van de toegenomen welvaart dan het toekennen van meer vakantie.[22]

Uiteindelijk gaf de vrees voor te weinig ratificaties de doorslag en werden normen opgenomen die niet al te radicaal verschilden van het vorige verdrag; ook werd het doel van het recht op vakantie niet vermeld. Wel werd de minimumvakantieduur nu bepaald op drie weken.

4.2 Nederland

Ook bij de voorbereiding van de Nederlandse Vakantiewet in de jaren zestig kwam het doel van het recht op vakantie aan de orde. De regering wilde het recht op vakantie, dat tot dusver sectoraal was geregeld, wettelijk vastleggen en algemener maken. Deze uitbreiding tot alle werknemers werd onderbouwd met de stelling dat 'het niet behoeven verrichten van arbeid een verschijningsvorm van de welvaart is. Vrije tijd opent de weg tot andere elementen van

19 IAO, Short survey concerning the Holidays with Pay Convention (Revised), 1970 (nr. 132), GB.279/LILS/WP/PRS/1/2, Genève 2000, p. 9.

20 Idem.

21 ILC, Record of Proceedings, 54th Session (1970), Provisional Record, nr. 36, p. 613, 626, 632.

22 Idem, p. 614, 628.

welvaart, waarvan het genieten afhankelijk is van de beschikking over vrije tijd.'[23] Het doel van het recht op vakantie werd echter niet in het Burgerlijk Wetboek vastgelegd.

Uit sommige bepalingen kon wel worden afgeleid dat, naast het herverdelen van welvaart, ook de bescherming van de gezondheid van werknemers een doel vormde; jeugdige werknemers hadden namelijk recht op een langere vakantie dan ouderen.

4.3 EU

De Arbeidstijdenrichtlijn noemt evenmin het doel van het recht op vakantie. Het Hof moest dit doel daarom zelf vaststellen. Om beter te begrijpen waarom en hoe het dit deed is het goed om eraan te herinneren dat volgens artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn het recht op en de toekenning van vakantie afhankelijk zijn van de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden. Toen het Hof uitspraken wilde doen over het recht op vakantie die verplichtingen voor lidstaten inhouden, moest het daarom de vraag beantwoorden of de aan de lidstaten voorbehouden bevoegdheden hieraan in de weg staan; deze vraag werd expliciet door het Britse High Court in de BECTU-zaak gesteld.[24] Het door het Hof vermelde doel van het recht op vakantie diende derhalve om te beargumenteren welke rechten voor werknemers uit artikel 7 voortvloeien, met andere woorden, welke beperkingen er aan de bevoegdheden van de lidstaten gesteld konden worden om het recht op vakantie te regelen.

De ontwikkeling geschiedde in fasen. De eerste was die van het BECTU-arrest.[25] In geschil was een Britse regeling die het verkrijgen van het recht op vakantie afhankelijk stelde van de voorwaarde dat de werknemer gedurende dertien weken ononderbroken bij dezelfde werkgever in dienst was geweest. De betreffende werknemers waren werkzaam in sectoren als omroep, film en theater, waar zij op basis van kortlopende contracten tewerkgesteld waren. Daardoor voldeden de meesten niet aan de genoemde voorwaarde. Het Hof kwam tot de conclusie dat de Britse voorwaarde in strijd was met de richtlijn door te overwegen dat het recht op vakantie een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht is. Daarom mogen de nationale autoriteiten hieraan slechts uitvoering geven binnen de uitdrukkelijk in de richtlijn zelf gestelde grenzen. Het recht op vakantie is zo'n belangrijk beginsel, volgens het Hof, vanwege het doel ervan: gelet op de rechtsgrondslag van de toenmalige richtlijn, artikel 118A EG-Verdrag, en de bewoordingen van artikel 1 Arbeidstijdenrichtlijn, was dit doel, aldus het Hof, om minimumvoorschriften vast te stellen ter verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden van werknemers. We kunnen hieruit afleiden dat, omdat het Hof moest onderbouwen dat het recht op vakantie zo'n belangrijk recht is, het zich richtte op en beperkte tot het doel om de werknemer te laten uitrusten van de arbeid. Het doel van verbetering van arbeidsvoorwaarden, genoemd in het Gemeenschapshandvest (zie paragraaf 3.1), is immers niet geschikt om dwingend op te leggen aan de lidstaten, daarbij hebben ze veel meer eigen beleidsruimte.

In het BECTU-arrest verwijst het Hof wel naar het Gemeenschapshandvest (r.o. 39), maar alleen naar de bepaling over gezondheid, niet naar de herverdeling van de welvaartsgroei.

23 Kamerstukken II 1962/63, 7168, nr. 3, p. 1.

24 Zie ook A.G. Tizziano in zaak C-173/99 (BECTU), punt 19 e.v. Overigens heeft de jurisprudentie van het Hof enkel betrekking op de door de richtlijn verlangde minimumaanspraak; zie HvJ EU 19 november 2019, C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981 (TSN); ook J.R. Vos, Bovenwettelijke vakantie en de reikwijdte van het EU-recht, AR Updates 4 maart 2020.

Een tweede argument van het Hof voor het belang van het recht op vakantie was dat artikel 17 Arbeidstijdenrichtlijn geen afwijkingen van artikel 7 toestaat, hetgeen wel het geval is bij andere bepalingen van deze richtlijn. Omdat het recht op vakantie een belangrijk recht is, mogen lidstaten dit, zo concludeert het Hof, niet laten afhangen van een voorwaarde die tot gevolg heeft dat bepaalde werknemers van dit recht worden uitgesloten. Dit wordt ook wel gezien als toepassing van het beginsel van de nuttige werking (*effet utile*) van het Unierecht.[26]

Toen het Hof vragen moest beantwoorden over hoe ver de bevoegdheden van lidstaten beperkt konden worden, ving de tweede fase aan, en wel met het Schultz-Hoff e.a.-arrest (zie ook paragraaf 5.3). Hierin werd het doel van vakantie om werknemers te laten herstellen van de arbeid niet alleen ingeroepen om het belang van het recht te onderbouwen, maar uit dit doel werden ook consequenties getrokken voor de inhoud van het recht op vakantie. Ik zal deze in de volgende paragrafen bespreken.

4.4 Samenvatting

In de ontwerpfase van alle drie besproken stelsels zijn uitspraken te vinden die zowel het doel van herstel van de arbeid als het doel van het delen in de toegenomen welvaart noemen. In de regelingen is het doel van het recht op vakantie echter niet vastgelegd. Dat maakt dat de rechter zelf een interpretatie van dat doel moet geven. Daarbij leent het doel van gezondheid zich er beter voor dat de rechter daaruit consequenties trekt, dan het doel van herverdeling van de welvaart, waarbij werkgevers en lidstaten meer beleidsvrijheid hebben. Op de gevolgen van de dubbele maar niet vastgelegde doelstelling gaan de volgende paragrafen in.

5 Verwerving van vakantiedagen

5.1 De IAO-beginselen over het verwerven van vakantiedagen en de uitwerking ervan in de Vakantiewet

Verdrag 52 voorziet in een jaarlijkse vakantieperiode van ten minste zes werkdagen na één jaar van ononderbroken dienst (wellicht ten overvloede: toentertijd bestond er een zesdaagse werkweek).[27] Deze bepaling gaat kennelijk uit van een zorgplicht van de werkgever als een werknemer ten minste een jaar in dienst is geweest. Er is geen sprake van een opbouw van rechten: bij een korter dienstverband dan één jaar bestaat geen recht op vakantie.

Volgens IAO-Aanbeveling 98 dient elke werknemer recht te hebben op een jaarlijkse betaalde vakantie, waarvan de duur evenredig dient te zijn aan de duur van de verrichte arbeid, en ten minste gelijk aan twee werkweken voor twaalf maanden dienst. De Aanbeveling kent dus niet alleen een langere vakantieduur, maar ook een evenredige opbouw.

In het Verdrag zijn de termen ‘dienst’ en ‘onderbreking’ niet nader omschreven, waardoor de vraag rees of elke onderbreking van het werk mag leiden tot de aanname dat de dienst onderbroken is. Hierbij kan de Aanbeveling van dienst zijn: volgens par. 7, lid 1 van Aanbeveling 98 beïnvloeden arbeidsonderbrekingen gedurende welke de werknemer zijn loon behoudt noch zijn aanspraak op vakantie, noch de duur ervan. Deze bepaling heeft betrekking

25 HvJ 26 juni 2001, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356, r.o. 53.

26 A.G. Trstenjak in zaak C-350/06, ECLI:EU:C:2008:37, punt 46 (Schultz-Hoff e.a.).

27 Ik gebruik hier de tegenwoordige tijd omdat het voor sommige lidstaten nog steeds van kracht is.

op onderbrekingen, ongeacht de reden, gedurende welke de werknemer zijn loon blijft ontvangen.[28]

Volgens artikel 1638bb BW van de Vakantiewet van 1966 was de werkgever verplicht aan de werknemer over elk jaar dat de dienstbetrekking had geduurd vakantie te verlenen voor de duur van twee weken (conform Aanbeveling 98). Artikel 1638dd BW bepaalde dat de werknemer geen rechten op vakantie opbouwde over de tijd gedurende welke hij[29] wegens het niet-verrichten van de bedongen arbeid geen aanspraak op loon had.

Ofschoon de BW-bepaling het negatief formuleerde, volgde ze het principe dat de vakantieopbouw bepaald werd door perioden van loonbetaling. 'De keuze van dit criterium geschiedt in navolging van de Aanbeveling nr. 98', aldus ook de toenmalige verantwoordelijke bewindsman.[30]

Het huidige artikel 7:634 lid 1 BW legt expliciet vast dat vakantiedagen worden verworven over iedere periode dat er aanspraak op loon is.

5.2 De IAO-beginselen betreffende perioden van inactiviteit en de uitwerking in de Vakantiewet

In verband met IAO-Verdrag 52 rees ook de vraag of bepaalde onderbrekingen van de diensttijd tijdens welke geen loon werd betaald, genegeerd moesten worden voor de vraag of er recht was op de minimumperiode van vakantie. Aanbeveling 98 geeft wel antwoorden op die vraag (zie hierna), maar Verdrag 52 zelf niet. De in paragraaf 2 genoemde survey concludeerde dat veel landen algemene of specifieke situaties van toegestane onderbrekingen van de diensttijd kenden. Er was echter weinig overeenstemming over welke onderbrekingen het recht op vakantie niet beïnvloedden, behalve die door ziekte en arbeidsongevallen. Daarom bleek het niet mogelijk om in Verdrag 132 een duidelijk criterium op te nemen over welke onderbrekingen de opbouw van vakantie niet doorkruisen.[31] Artikel 5 lid 4 bepaalt wel dat op voorwaarden, vast te stellen door het bevoegde gezag of door de daartoe geëigende organen in elk land, werkverzuim om redenen die buiten de macht[32] van de betrokken persoon liggen, zoals ziekte, letsel of zwangerschapsverlof, dient te worden gerekend als deel uitmakend van de diensttijd.[33]

Deze tekst verlangt derhalve dat perioden van werkverzuim buiten de macht van de werknemer meetellen voor de diensttijd, maar lidstaten hebben de mogelijkheid om de voorwaarden te bepalen waaronder dat gebeurt. Die voorwaarden kunnen ook de duur van de gelijkstelling betreffen.[34]

---

28 Volgens lid 2 dienen arbeidsonderbrekingen die de dienstbetrekking noch het arbeidscontract doen eindigen, geen invloed te hebben op de vakantierechten die de werknemer vóór de onderbreking verworven had. Met andere woorden: verworven rechten gaan niet verloren.

29 De voornaamwoorden 'hij' en 'zijn' worden hier kortheidshalve ook gebruikt voor 'zij' en 'haar'.

30 Kamerstukken II 1962/63, 7168, nr. 3, p. 7.

31 Survey, p. 28.

32 Ook de Engelse tekst heeft het over '*reasons beyond the control of the employed person*'; de Franse, Duitse en Spaanse teksten spreken over 'redenen onafhankelijk van de wil'. In de Nederlandse taalversies van arresten van het Hof (paragraaf 5.3) wordt deze voorwaarde vertaald als 'losstaand van de wil' of 'buiten de wil van de werknemer' (bijvoorbeeld Dicu-arrest). Met deze variaties wordt geen betekenisverschil beoogd.

33 In deze tekst maak ik gebruik van de vertaling ervan zoals opgenomen in Trb. 1971/91, gecorrigeerd door Trb. 1997/198.

34 Vergelijk ook de voorbereidende stukken: ILC, Holidays with Pay, 54th Session 1970, Report IV(2), 1970, p. 29.

Paragraaf 7 lid 3 Aanbeveling 98 geeft een aanmerkelijk uitgebreidere opsomming dan Verdrag 132 van situaties waarin arbeidsonderbrekingen, ook al wordt er geen loon betaald, tot de diensttijd gerekend worden. Hierbij dient elke lidstaat de wijze te bepalen waarop arbeidsonderbrekingen meetellen voor verwerving en duur van vakantierechten wanneer ze het gevolg zijn van:

- ziekte, ongeval en rusttijden voor en na de bevalling;[35]
- verzuim in verband met familieaangelegenheden;[36]
- militaire verplichtingen;
- de uitoefening en vervulling van burgerrechten en -plichten;[37]
- de vervulling van plichten voortvloeiende uit vakverenigingsfuncties;[38]
- wijzigingen in de directie van de onderneming;
- onvrijwillige, op gezette tijden terugkerende werkloosheid.[39]

Artikel 1638dd BW volgde Aanbeveling 98 nauwkeurig. Het bepaalde dat de werknemer, ook al had hij geen recht op loon, wel vakantierechten opbouwde over de periode waarin hij niet kon werken vanwege: (a) ziekte of ongeval, (b) militaire dienst, (c) overdracht van vakantie naar een nieuwe werkgever, (d) deelname, met toestemming van de werkgever, aan vakbondsactiviteiten, en (e) onvrijwillige werkloosheid. Ook werden tijdvakken van zwangerschap en bevalling en gedurende onderwijs van de jeugdige werknemer gelijkgesteld met perioden van loon.[40] De aanspraak op basis van deze gelijkstelling werd echter slechts verkregen over een tijdvak van maximaal één jaar en verviel bij beëindiging van de dienstbetrekking door de werknemer.

Het huidige artikel 7:635 BW kent in hoofdlijnen dezelfde opzet, maar noemt niet gelijkstelling bij ziekte (zie hierover paragraaf 5.4) en bevat niet langer een beperking in tijd. Wel is een algemene gelijkstelling opgenomen; de werknemer bouwt ook vakantierechten op (d): ‘gedurende een periode waarin hij tegen zijn wil niet in staat is om de overeengekomen arbeid te verrichten’. Deze bepaling is kennelijk door artikel 5 lid 4 Verdrag 132 geïnspireerd. Aan de situaties genoemd in Aanbeveling 98 voegt artikel 7:635 lid 1 onder f BW toe dat een periode van ouderschapsverlof leidt tot opbouw van vakantierechten.

We zien derhalve dat de Vakantiewetgever Aanbeveling 98 nauwgezet gevolgd heeft en dat deze invloed nog steeds zichtbaar is in het Burgerlijk Wetboek. Met andere woorden, IAO-beginselen hebben de Vakantiewet sterk beïnvloed.

35 Survey, p. 24; dit waren de meest voorkomende onderbrekingen die geen invloed hadden op de continuïteit van de dienstbetrekking.

36 Survey, p. 25.

37 Volgens de Survey, p. 26, zijn dit werkzaamheden als voogd, jurydienst, bij verkiezingen, uitoefening van een openbaar mandaat, taken binnen sociale organen, bij wet opgelegde gemeenschappelijke of andere vertrouwelijke taken, of voltijds werk in een volkscomité.

38 In de Survey, p. 26, wordt vermeld dat in sommige landen hieronder ook lock-outs en stakingen werden gerekend, soms alleen voor toegang tot het recht op vakantie, niet voor de berekening van de duur.

39 De Survey schrijft dat het hier om onvrijwillige werkloosheid bij dezelfde werkgever ging.

40 De MvT gaat niet in op onderbrekingen in verband met familieaangelegenheden, de vervulling van burgerrechten en wijzigingen in de directie van de onderneming; ik neem aan dat ervan uitgegaan werd dat in die gevallen het loon werd doorbetaald.

5.3 Het Hof van Justitie over tijdvakken van ziekte

In paragraaf 4.3 kwam aan de orde dat het Hof beperkingen stelde aan de bevoegdheid voor lidstaten om voorwaarden te stellen voor aanspraak op vakantie, en hier ging het om voorwaarden aan perioden van arbeid. De Schultz-Hoff e.a.-zaak[41] betrof perioden van ziekte. Het Hof overwoog hierin dat werknemers ook tijdens ziekteperioden vakantierechten opbouwen. Om tot deze interpretatie te komen moest het beargumenteren waarom lidstaten beperkt waren in hun bevoegdheid om te bepalen dat alleen tijdens perioden van arbeid vakantierechten werden opgebouwd (r.o. 34 e.v.). Kennelijk vond het Hof dat het *effet utile* beginsel te weinig basis hiervoor bood. Nu kwamen de IAO-beginselen van pas: 'in Richtlijn 2003/88 is volgens punt 6 van de Considerans rekening gehouden met de beginselen van de IAO', aldus het Hof.

Vervolgens verwees het Hof naar artikel 5 lid 4 Verdrag 132: '(...) arbeidsverzuim om redenen die losstaan van de wil van de betrokken werknemer, zoals bijvoorbeeld ziekte (...), moet als arbeidstijd worden aangemerkt' (r.o. 38).

De puntjes in het citaat (die weglatingen aangeven) zijn door het Hof aangebracht; het Hof laat hierbij dus een essentieel gedeelte van de bepaling weg, namelijk dat lidstaten hierbij voorwaarden mogen stellen. Met zijn verwijzing naar genoemd verdragsartikel concludeerde het Hof dat een lidstaat het door Richtlijn 2003/88 verleende recht op vakantie van zieke werknemers niet afhankelijk kan stellen van de voorwaarde dat zij tijdens de referentieperiode daadwerkelijk hebben gewerkt (r.o. 41).[42]

De IAO-beginselen zoals geïnterpreteerd door het Hof worden derhalve gebruikt om artikel 7 Richtlijn 2003/88 te interpreteren.

5.4 De aanpassing van de beperking in het BW van opbouw van vakantiedagen naar aanleiding van Schultz-Hoff e.a.

Zoals we zagen in paragraaf 5.2, rekende artikel 1638dd BW perioden van ziekte mee voor het verwerven van vakantiedagen, maar wel tot maximaal twaalf maanden. In 1988 werd een vierde lid aan dit artikel toegevoegd, dat het verwerven van vakantiedagen tijdens ziekte beperkte tot de laatste zes maanden van ziekte.[43] In het nieuw Burgerlijk Wetboek werd dit artikel 7:635 lid 4 BW.

Als gevolg van het Schultz-Hoff e.a.-arrest moest deze bepaling worden gewijzigd omdat niet langer een beperking in tijd geoorloofd was.[44] Het vierde lid werd geschrapt; voortaan werd artikel 7:634 BW, dat de opbouw van vakantiedagen aan tijdvakken van loonbetaling verbindt, als toereikend gezien om het verwerven van vakantiedagen bij ziekte te regelen. Zieke werknemers hebben immers in beginsel recht op loondoorbetaling. Een speciale bepaling over opbouw bij ziekte werd daarom niet meer nodig geacht. In de Nederlandse jurisprudentie heeft deze regeling tot tegenstrijdige resultaten geleid. Omdat hierin ook andere elemen-

41 HvJ 20 januari 2009, C-350/06, ECLI:EU:C:2009:18. De behandeling van ziekteperioden werd bevestigd in HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (Dominguez).

42 De referentieperiode is de in het nationale recht vastgestelde periode waarin vakantierechten worden verworven (in Nederland per kalenderjaar).

43 Wet van 9 juni 1988, Stb. 1988, 281. Voorbereid in Kamerstukken II, 1985/86, 19575. Het oorspronkelijke voorstel ging uit van drie maanden.

44 Wet van 26 mei 2011, Stb. 2011, 318. De wetswijziging was voorbereid in Kamerstukken II 2009/10, 32465.

ten van belang zijn, zoals verval van vakantierechten, wordt hierop na bespreking daarvan ingegaan, in paragraaf 7.

5.5 Het Hof van Justitie en andere perioden van inactiviteit dan ziekte

Geldt de jurisprudentie over gelijkstelling van ziekteperioden met arbeidsperioden ook voor andere perioden waarin niet gewerkt wordt?

5.5.1 Ouderschapsverlof

Ter beantwoording van deze vraag bij ouderschapsverlof, beriep het Hof zich in het Dicu-arrest[45] op het doel van het recht op vakantie: als de werknemer in staat moet worden gesteld van zijn werk uit te rusten en om over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken, wordt kennelijk verondersteld dat de werknemer tijdens de referentieperiode daadwerkelijk heeft gewerkt. Van dat werk moet hij immers uitrusten. Het recht op vakantie moet dus in beginsel worden bepaald aan de hand van de tijdvakken van daadwerkelijke arbeid. Hierop bestaan uitzonderingen in bepaalde specifieke situaties, zoals ziekte en zwangerschapsverlof, neergelegd in IAO-Verdrag 132 en (voor zwangerschap ook) Uniewetgeving. Een dergelijke uitzondering bestaat echter niet in het geval van ouderschapsverlof, aldus het Hof.

Het Hof ging vervolgens, om de vraag te beantwoorden of ouderschapsverlof dan naar analogie van ziekteverlof moet worden behandeld, in op het onderscheid tussen ziekte- en ouderschapsverlof. Ziekte is in beginsel onvoorzienbaar en vindt plaats buiten de wil van de werknemer. Daarbij verwijst het Hof naar artikel 5 lid 4 IAO-Verdrag 132, maar smokkelt wel het criterium ‘onvoorzienbaar’ binnen. Volgens het Hof is het opnemen van ouderschapsverlof niet onvoorzienbaar en vloeit het meestal voort uit de wil van de werknemer om voor zijn kind te zorgen. Voorts wordt de werknemer met ouderschapsverlof fysiek of psychisch niet gehinderd door een ziekte, zodat hij zich in een andere situatie bevindt dan een zieke werknemer, aldus het Hof.[46] Het Hof voegde derhalve aan het element ‘buiten de wil van’ de werknemer, zoals opgenomen in artikel 5 lid 4 Verdrag 132, de criteria ‘onvoorzienbaar’ en ‘lichamelijke of psychische beperkingen als gevolg van een ziekte’ toe om ziekteperioden te kunnen onderscheiden van andere perioden van niet-werken.

Zoals we zagen in paragraaf 5.2, bestaat in Nederland bij ouderschapsverlof wel opbouw van vakantiedagen. Dat is uiteraard ook geoorloofd; het Hof gaat enkel uit van de minimumverplichtingen. In Nederland is niet – evenmin als volgens Verdrag 132 of Aanbeveling 98 – arbeid de basis van de opbouw van vakantiedagen, maar – in principe – loonbetaling. De interpretatie van het Hof dat arbeid de grondslag is van het opbouwen van vakantierechten is te verklaren uit het doel van vakantie zoals het Hof dat eerder had vastgesteld.

5.5.2 Werktijdverkorting

Toepassing van de criteria om ziekteperioden van andere perioden te onderscheiden leidde ertoe dat ook perioden van werktijdverkorting niet meetellen voor het verkrijgen van vakantierechten, zo blijkt uit het Heimann en Toltschin-arrest.[47] Het ging om werknemers die gedu-

45 HvJ EU 4 oktober 2018, C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799.

46 Zie voor kritiek 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.

rende een jaar een uitkering in het kader van een sociaal plan kregen, terwijl zij niet voor hun werkgever hoefden te werken en geen loon ontvingen. Het Hof overwoog dat werktijdverkorting fundamenteel verschilt van ziekte. Werktijdverkorting is immers voorzienbaar voor de werknemers en zij zijn vrij om uit te rusten of zich te wijden aan recreatieve en vrijetijdsactiviteiten. Ook kennen ze geen lichamelijke of psychische beperkingen, zoals bij ziekte, om vakantie op te nemen. Het Hof nam hierbij tevens in beschouwing dat als de werkgever verplicht zou zijn om tijdens de periode van werktijdverkorting vakantiedagen toe te kennen, hij terughoudend kan worden om in te stemmen met een sociaal plan. Dat kan ook nadelig zijn voor werknemers.

We zien in deze jurisprudentie een ad hoc ontwikkeling van criteria. De toepassing ervan leidt tot een andere uitkomst dan zou volgen uit Aanbeveling 98. Aanbeveling 98 noemt immers bij de gelijk te stellen onbetaalde perioden ook onvrijwillige werkloosheid. Hieronder valt werktijdverkorting.

Het huidige artikel 7:635 BW noemt niet werkloosheid als aparte grond, maar de algemene grond (d) – de werknemer kan tegen zijn wil de arbeid niet verrichten – omvat wel deze omstandigheid. We kunnen dus ook vaststellen dat in de interpretatie van het Hof niet alle IAO-beginselen zijn verwerkt.

5.5.3 Wederindienstneming na onrechtmatig ontslag

In de QH-zaak leidde de toepassing van de criteria wel tot voor een werknemer gunstig resultaat.[48] De betreffende werknemer was ontslagen en na vier jaar weer in dienst genomen nadat de rechter had vastgesteld dat haar ontslag onrechtmatig was. Er was dus geen sprake van wederindienstneming met terugwerkende kracht (de zaak speelde onder het Bulgaarse recht). Toen zij na enkele dagen opnieuw werd ontslagen, ging zij daar niet tegen in beroep, maar eiste zij een financiële vergoeding in verband met de niet-genoten vakantie over de afgelopen vier jaar. Het Hof overwoog dat de situatie dat een werknemer wegens onrechtmatig ontslag niet mag werken, in de regel niet voorzienbaar is en buiten de wil van de werknemer valt. De periode tussen de datum van het onrechtmatige ontslag en de datum van de wederindienstneming van de werknemer moest daarom voor de vaststelling van het recht op vakantie worden gelijkgesteld met een periode van daadwerkelijke arbeid.

Ook dit is een uitkomst die moeilijk te verenigen is met Aanbeveling 98 en ook niet zou volgen uit artikel 7:635 BW. Artikel 7:634 BW, als onderdeel van Boek 7, titel 10, veronderstelt immers voor de opbouw van vakantierechten de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Zie paragraaf 6.3.3 over de overdrachtsperiode in deze situatie.

5.5.4 Samenvatting

Het Hof van Justitie moest oordelen over de vraag of ook vakantierechten worden opgebouwd tijdens perioden van ziekte. Het beantwoordde die vraag bevestigend, met verwijzing naar artikel 5 lid 4 Verdrag 132, maar nam daaruit niet over dat lidstaten hieraan voorwaarden en grenzen kunnen stellen. Nederland had wel een beperking opgenomen, conform Aanbeveling 98, en dat zou ook conform artikel 5 lid 4 Verdrag 132 zijn.

47 HvJ EU 8 november 2012, C-229/11 en C-230/11, ECLI:EU:C:2012:693.

48 HvJ EU 25 juni 2020, C-762/18 en C-37/19, ECLI:EU:C:2020:504.

Andere vormen van onderbreking van de arbeid, behalve zwangerschap, worden niet door Verdrag 132 expliciet geregeld; hier moest het Hof door een vergelijking met ziekte tot een interpretatie komen. Daarbij viel het niet terug op Aanbeveling 98.

6 Opnemen, verjaren en vervallen van vakantierechten

6.1 Opnemen van vakantiedagen volgens IAO-Verdrag 132

Artikel 8 Verdrag 132 staat lidstaten toe te regelen dat de verworven vakantieperiode in gedeelten wordt opgenomen. Tenzij anders is bepaald in een individuele of collectieve overeenkomst, dient, aldus deze bepaling, een van de gedeelten uit ten minste twee ononderbroken werkweken te bestaan. Artikel 9 lid 1 bepaalt dat dit ononderbroken deel wordt toegekend en opgenomen niet later dan één jaar na het jaar waarin het recht op vakantie is ontstaan; de overige vakantiedagen niet later dan achttien maanden. Deze bepaling heeft volgens het IAO-Bureau[49] tot doel ervoor te zorgen dat de werknemer elk jaar ten minste een deel van zijn vakantiedagen daadwerkelijk opneemt en dat het resterende deel niet voor onbepaalde tijd wordt uitgesteld. Dit beginsel kan met een grote mate van flexibiliteit worden toegepast, zo lichtte het Bureau toe.[50] Het betreffende artikel noemt derhalve termijnen waarbinnen de werkgever de werknemer vakantie moet laten opnemen; het bepaalt niets over wat de gevolgen zijn als de bepaling niet wordt nageleefd.[51]

Artikel 10 geeft de werkgever de middelen om te voldoen aan de in artikel 9 vervatte verplichtingen. Hij kan in beginsel de periode waarin de vakantie moet worden opgenomen bepalen, wel na overleg met de betrokken werknemer of zijn vertegenwoordigers. Lidstaten moeten ervoor zorgen dat de bepalingen van Verdrag 132 nageleefd worden: er dienen doeltreffende maatregelen te worden genomen om te garanderen, door voldoende controle of anderszins, dat de voorschriften of bepalingen betreffende vakantie juist toegepast en gehandhaafd worden. Verdrag 132 bevat geen bepaling over verval of verjaring van vakantierechten; gelet op de systematiek van Verdrag 132 is het onaannemelijk dat de verdragsopstellers hebben gedacht aan verjaring of verval als een van de instrumenten om te handhaven. Zij beoogden daarentegen dat de werkgever de werknemer daadwerkelijk vakantie moest laten opnemen, en dat die vakantie niet mocht versnipperen en slechts in het uitzonderingsgeval van einde dienstbetrekking mocht worden afgekocht (artikel 11).

6.2 Nederland en verjaring van vakantierechten

Volgens het Burgerlijk Wetboek is de werkgever verplicht om de werknemer ieder jaar in staat te stellen de minimumvakantieperiode op te nemen (artikel 7:638 BW). De werkgever kan de werknemer tot vakantie verplichten door de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie vast te stellen als de individuele overeenkomst of cao daarin voorziet, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Er is geen verplichting in het Burgerlijk Wetboek opge-

49 Het IAO-Bureau verzorgt de ambtelijke ondersteuning van de organisatie en bereidt o.a. nieuwe verdragen voor.

50 ILC, Holidays with Pay, 54th Session 1970, Report IV(2), 1970, p. 39.

51 Waarom H.J. van Drongelen, J. tenHoor en S.J. Rombouts (An All-European holiday?, ArA 2015/9, p. 20) menen dat in artikel 9 lid 1 Verdrag 132 vervaltermijnen zijn opgenomen en dat de Nederlandse verjaringstermijn van vijf jaar (zie paragraaf 6.2) 'eigenlijk uit den boze is', is me daarom niet duidelijk.

nomen voor de werknemer om vakantie op te nemen.[52] Wel is er indirecte druk: de Vakantiewet van 1966 bevatte al een verjaringstermijn van twee jaar na het tijdstip waarop de aanspraak was ontstaan (artikel 1638ll BW). In 2001 werd de verjaringstermijn verlengd tot vijf jaar, dit teneinde de mogelijkheid tot verlofsparen te verruimen.[53]

Terwijl de meeste verschillen tussen de Vakantiewet en Verdrag 132 inmiddels achterhaald zijn,[54] is de regeling in artikel 9 over het opnemen van vakantie een struikelblok gebleven om Verdrag 132 te ratificeren. Artikel 9 bepaalt immers dat de aaneengesloten vakantie binnen één jaar worden opgenomen, en de overige vakantiedagen binnen anderhalf jaar. De regering merkte hierover op dat de verdragsbepaling een verplichting oplegt, zonder dat Verdrag 132 bepaalt wat de gevolgen zijn als ze niet wordt nageleefd.[55] Het Burgerlijk Wetboek gaf meer vrijheid aan werkgevers en werknemers en de regering wilde die behouden.[56] De regering ging er hiermee aan voorbij dat de verdragsbepaling veel flexibiliteit geeft om afspraken te maken over spreiding van vakantiedagen en ook opschuiving ervan (zie vorige paragraaf), zodat er niet echt een inconsistentie was. Ook in latere Kamerstukken merkte de regering op dat er geen fundamentele bezwaren tegen Verdrag 132 bestonden, maar dat er nog steeds de genoemde verschillen in systematiek waren.[57]

6.3 Het Hof van Justitie en de overdrachtstermijn van vakantiedagen

6.3.1 Verval van vakantiedagen na periode van ziekte[58]

Ook bij de vraag of lidstaten beperkt konden worden in hun bevoegdheid om te regelen dat vakantierechten vervallen of verjaren, moest het Hof zich afvragen hoe dit vraagstuk verhoudt met de aan de lidstaten door artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn overgelaten bevoegdheden.

In het Schultz-Hoff e.a.-arrest overwoog het Hof dat artikel 7 ook inhoudt dat de lidstaten de bevoegdheid hebben regels te stellen over de overdrachtsperiode van vakantiedagen. Ze kunnen zelfs bepalen dat de niet-opgenomen vakantiedagen aan het einde van een overdrachtsperiode vervallen. Hierbij geldt één voorwaarde: de werknemer wiens recht op vakantie verloren gaat, moet wel daadwerkelijk de mogelijkheid hebben gehad daarvan gebruik te maken. Als een werknemer ziek is tijdens de gehele jaarlijkse referentieperiode en na afloop van de overdrachtsperiode het recht op vakantie vervalt, wordt hem het door de Arbeidstijdenrichtlijn ‘rechtstreeks aan alle werknemers verleende sociale recht’ ontnomen, aldus het Hof. Dat is niet geoorloofd, gelet op het in het BECTU-arrest ontwikkelde beginsel dat lidstaten niet het recht op vakantie mogen frustreren.

Deze benadering werd bevestigd in het Maschek-arrest,[59] waarin het Hof oordeelde dat de financiële vergoeding wegens niet-opgenomen vakantie niet mag worden aangetast wanneer

52 Kamerstukken II 2009/10, 32465, nr. 3, p. 4, 6.

53 Wet van 30 november 2000, Stb. 2000, 545.

54 Zoals dat het verdrag een aaneengesloten periode van vakantie van twee weken verlangt, terwijl het Burgerlijk Wetboek (toentertijd) slechts tot één week verplichtte, zie Kamerstukken II 1976/77, 14303, nr. 1.

55 Kamerstukken II 1976/77, 14303, nr. 1, p. 3.

56 Idem, p. 3

57 Kamerstukken II 1986/87, 19575, nr. 5, p. 3-4. Zie ook Kamerstukken II 1998/99, 26079, nr. 5, p. 10-11.

58 Wellicht ten overvloede: bij verval gaan de rechten van rechtswege verloren, verjaring kan gestuit worden.

59 HvJ EU 20 juli 2016, C-341/15, ECLI:EU:C:2016:576.

een persoon wegens ziekte geen vakantie heeft kunnen genieten, ongeacht de reden voor de beëindiging van het dienstverband (zoals pensionering of ontslagname). Voor zover ziekte niet de reden was dat vakantie niet opgenomen was, gelden er echter geen beperkingen voor de lidstaat. In het Schultz-Hoff e.a.-arrest was ook de vraag aan de orde of ziektedagen met vakantiedagen kunnen samenvallen. Het Hof overwoog dat 'het vaststaat dat het recht op vakantie tot doel heeft de werknemer in staat te stellen uit te rusten en een periode van ontspanning en vrije tijd te genieten' (r.o. 25). Dit doel verschilt van dat van ziekteverlof, dat de werknemer in staat moet stellen van een ziekte te herstellen. Vandaar dat als een werknemer geen vakantie opneemt tijdens ziekte, de opgebouwde vakantiedagen blijven staan. De werknemer mág wel vakantie opnemen, maar als hij dat niet doet, moet hem de jaarlijkse vakantie worden toegekend gedurende een periode dat hij niet ziek meer is. Dit werd bevestigd in het Pereda-arrest.[60] Als het gaat om een periode dat de werknemer níet ziek is, bijvoorbeeld als hij in quarantaine is om anderen te beschermen tegen het SARS-CoV-2-virus, dan luidt het oordeel van het Hof anders.[61]

De mogelijkheid en ook de beperking daarbij om niet-opgenomen vakantiedagen over te dragen naar een later jaar, zijn niet alleen van belang om die dagen later alsnog te kunnen opnemen. In veel zaken over het recht op vakantie gaat het namelijk om de financiële vergoeding voor niet-opgenomen dagen bij einde dienstverband, zo ook in het Schultz-Hoff e.a.-arrest. Hierin overwoog het Hof dat de Arbeidstijdenrichtlijn over deze vergoeding geen nadere bepalingen kent. Het recht op jaarlijkse vakantie en het recht op vergoeding worden door de Arbeidstijdenrichtlijn als twee aspecten van één recht behandeld, aldus het Hof (r.o. 60). Vandaar dat de vergoeding berekend moet worden alsof het daadwerkelijk opgenomen vakantiedagen betreft.

6.3.2 Overdracht van opgebouwde rechten verworven tijdens opeenvolgende jaren van ziekte

Uit het Schultz-Hoff e.a.-arrest zou kunnen worden afgeleid dat de duur van de overdrachtsperiode in het geheel niet mag worden begrensd wanneer een werknemer wegens ziekte geen vakantie heeft kunnen genieten. De vraag was of dit ook gold bij een werknemer die gedurende enkele opeenvolgende jaren ziek was geweest; dit kwam in de Schulte-KHS-zaak aan de orde.[62] Schulte bleef tijdens achtereenvolgende ziektejaren vakantierechten opbouwen. De toepasselijke cao beperkte de overdracht van deze opgebouwde vakantierechten echter tot vijftien maanden na het einde van het kalenderjaar waarin de dagen niet konden worden opgenomen. Toen deze werknemer de vervangende vergoeding vroeg bij het einde van het dienstverband, werd de vraag gesteld of deze beperking geoorloofd was.

Ter beantwoording van deze vraag werd weer gekeken naar Verdrag 132. In haar conclusie verwees de advocaat-generaal naar de termijn van achttien maanden in artikel 9 Verdrag 132; zij beschouwde deze als een maximumtermijn, waarna de bestaande vakantierechten verval-

60 HvJ 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542. Zie ook HvJ EU 30 juni 2016, C-178/15, ECLI:EU:C:2016:502 (Alicja Sobczyszyn).

61 HvJ EU 14 december 2023, C-206/22, ECLI:EU:C:2023:984. Er is hier niet voldaan aan het criterium 'aan lichamelijke en psychische beperkingen onderworpen zijn door ziekte'. De quarantaineperiode belet daarom, aldus het Hof, op zich niet dat de doelstelling van vakantie wordt verwezenlijkt.

62 HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761.

len.[63] Deze termijn vond ze lang genoeg om een doeltreffende uitoefening van vakantierechten te waarborgen, al mogen lidstaten wel een langere vervaltermijn vaststellen.

Het Hof volgde een andere weg. Het overwoog dat de conclusie die uit het Schultz-Hoff e.a.-arrest getrokken kon worden, namelijk dat er geen beperking mag zijn aan de overdrachtsperiode in geval van ziekte, 'genuanceerd' moest worden in de specifieke omstandigheden van deze zaak. Anders zou de gevolgtrekking uit dit arrest kunnen leiden tot een onbeperkte cumulatie van opbouw van vakantierechten tijdens ziekte. Dit zou niet overeenstemmen met het tweeledige doel van het recht op vakantie, 'te weten de werknemer in staat te stellen enerzijds uit te rusten van de uitvoering van de hem door zijn arbeidsovereenkomst opgelegde taken, en anderzijds over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken' (r.o. 31). Wanneer de overdracht een bepaalde tijdsgrens overschrijdt, verliest vakantie haar positieve effect voor de werknemer als tijd om uit te rusten. Ze behoudt dan enkel haar eigenschap als periode van ontspanning en vrije tijd, zo overwoog het Hof.

Kennelijk is dat laatste doel volgens het Hof niet voldoende om vakantiedagen te behouden na de overdrachtstermijn. Hoe de doelen van recuperatie en van vrije tijd zich precies tot elkaar verhouden, legt het Hof niet uit. Het lijkt het recuperatiedoel essentieel te vinden, kennelijk omdat dit als basis diende om het recht op vakantie als fundamenteel recht te erkennen en de bevoegdheden van de lidstaten in te dammen. Het doel van ontspanning en vrije tijd zou hiervoor onvoldoende zijn.

Er is nu wel een discrepantie tussen het voor het Hof bepalende doel en de feitelijke situatie te zien: bij einde dienstverband en doorlopende arbeidsongeschiktheid zal meestal geen sprake meer zijn van recuperatie van de arbeid door vakantie. In feite gaat het dan om opgebouwde vakantiedagen als arbeidsvoorwaarde die in geld worden omgezet. Omdat het Hof alleen het doel van recuperatie hanteert, is de redenering minder overtuigend.

Vervolgens onderzocht het Hof in het Schulte-KHS-arrest of een overdrachtsperiode van 15 maanden – zoals gehanteerd in de van toepassing zijnde cao – redelijkerwijs kon worden beschouwd als een periode waarna vakantie geen positief effect meer heeft voor de werknemer. Het overwoog dat een overdrachtsperiode de werknemer moet waarborgen dat hij kan beschikken over rustperioden die gespreid kunnen worden en op langere termijn gepland kunnen worden en beschikbaar zijn. Elke overdrachtsperiode moet de duur van de referentieperiode waarvoor zij wordt toegekend daarom wezenlijk overschrijden (r.o. 38-39). Vervolgens verwees het Hof naar artikel 9 lid 1 IAO-Verdrag 132. Zoals we hebben gezien in paragraaf 6.1, bepaalt dit artikel dat vakantie bij voorkeur moet worden opgenomen in het jaar waarin het recht erop is verworven. Vakantie moet in ieder geval worden opgenomen binnen achttien maanden na het jaar waarin het recht is ontstaan. Er wordt echter niets gezegd over de gevolgen indien deze termijn wordt overschreden.[64] Het Hof overwoog echter dat 'deze regel kan aldus worden begrepen dat hij is gebaseerd op de overweging dat bij het verstrijken van de gestelde termijnen het doel van het recht op vakantie niet meer volledig kan worden verwezenlijkt' (r.o. 41). Bij de berekening van de overdrachtsperiode moet rekening worden gehouden met het doel van het recht op vakantie, zoals voortvloeit uit artikel 9 lid 1, aldus het Hof. Het Hof verwijst aldus naar het doel van artikel 9, maar geeft hier een eigen invulling aan. In paragraaf 6.1 werd besproken dat de in artikel 9 genoemde termijnen bedoeld zijn om de

63 Conclusie van 7 juli 2011, ECLI:EU:C:2011:465, punt 30.

64 Dit werd ook opgemerkt door A-G Trstenjak in zaak C-350/06. Zie ook Spinelli 2018, p. 1377 (noot 7 supra).

werkgever te beperken in het uitstellen van het verlenen van vakantie; lidstaten moeten ervoor zorgen dat de werkgever zich houdt aan zijn verplichtingen. Een ander doel van dit artikel is in de voorbereidende stukken niet genoemd. Het Hof oordeelde echter dat redelijkerwijs kan worden overwogen dat een overdrachtsperiode van vijftien maanden niet voorbijgaat aan het doel van het recht op vakantie, en dus geoorloofd is.[65] Het negeerde de in het artikel zelf genoemde termijn en gaf geen toelichting waarom het daarvan afwijkt.[66]

Op zich valt alleszins te rechtvaardigen dat, als we opbouw van vakantiedagen zien als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden, hier bij langdurige ziekte grenzen aan worden gesteld, zeker als het om uitbetaling wegens niet-opgenomen dagen gaat. Het Hof heeft echter eerder een weg ingeslagen om onbeperkte opbouw toe te staan, en heeft nu moeite om consistent te beargumenteren wanneer en hoe hier grenzen aan kunnen worden gesteld.

6.3.3 Het Hof van Justitie en overdrachtsperioden in andere gevallen dan ziekte

Er zijn ook situaties waarin overdrachtsperioden volgens het Hof helemaal niet beperkt mogen worden. Eén daarvan is dat een werknemer gedurende een aantal jaren geen vakantie kon opnemen omdat zijn werkgever weigerde het loon door te betalen. In de King-zaak[67] ging het om een periode van dertien jaar. Het Hof oordeelde dat de vakantiedagen van King over al deze jaren niet waren vervallen; hij had daarom recht op een financiële vergoeding bij beëindiging van zijn dienstverband. ‘Afwijkingen van de in Richtlijn 2003/88 opgenomen bepalingen moeten immers beperkt blijven tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de met deze afwijkingen beschermde belangen veilig te stellen’ (r.o. 58), overwoog het Hof. De belangen van de werkgever konden in deze zaak niet rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het recht van de werknemer op vakantie.

Een voorbeeld van een andere situatie waarin volgens het Hof vakantierechten niet verloren gaan is er ook de situatie waarin de werkgever in gebreke is gebleven. Het ging om een werkgever die de werknemer vier jaar na een onrechtmatig ontslag opnieuw in dienst moest nemen, de QH-zaak,[68] behandeld in paragraaf 5.5.3. Kennelijk geeft hier de eigenschap van vakantiedagen als arbeidsvoorwaarde de doorslag voor het Hof, want met het recuperatiedoel is geen verband meer te zien.

7 Nederland en de implementatie van de jurisprudentie van het Hof

7.1 De aanpassing van het BW naar aanleiding van Schultz-Hoff e.a. en jurisprudentie daarover

Zoals we zagen in paragraaf 5.4, werd, als gevolg van het Schultz-Hoff e.a.-arrest, artikel 7:635 lid 4 BW, over opbouw van vakantiedagen bij ziekte, geschrapt. Artikel 7:634 BW, dat de opbouw van vakantiedagen aan tijdvakken van loon verbindt, werd als toereikend gezien om het verwerven van vakantiedagen bij ziekte te regelen. Omdat bij ziekte ‘slechts’ recht op

65 In HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10, ECLI:EU:C:2012:263 (Neidel) oordeelde het Hof dat een overdrachtsperiode van negen maanden, dat wil zeggen korter dan de referentieperiode, in strijd is met de richtlijn.

66 Zie voor een kritische beschouwing ook A.G. Veldman, Het Europese grondrecht van jaarlijkse vakantie: voorwaarden bij ziekte en (horizontale) doorwerking, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2012/2, p. 52 e.v., met name p. 66 en 67.

67 HvJ EU 29 november 2017, C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914 (King).

68 HvJ EU 25 juni 2020, C-762/18 en C-37/19, ECLI:EU:C:2020:504 (QH).

loondoorbetaling gedurende maximaal 104 weken (afgezien van verlenging door loonsanctie) bestaat, leidt de nieuwe regeling van vakantieopbouw bij ziekte wel tot de vraag wat de positie is van zieke werknemers die geen recht op loon meer hebben. Volgens de memorie van toelichting bij de wet die deze wijziging invoerde worden geen vakantierechten opgebouwd als er tijdens ziekte geen loon wordt betaald, met name niet als de werknemer weigert deel te nemen aan re-integratieactiviteiten.[69]

Dit standpunt is moeilijk te verenigen met de jurisprudentie van het Hof, zoals in paragraaf 5 is behandeld. Het Hof verbindt immers opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte niet aan nadere voorwaarden. Als, zoals in het Nederlandse systeem, opbouw plaatsvindt omdat de werknemer tijdens ziekte loon ontvangt, dan is dat prima. Dit systeem mag echter niet betekenen dat als een zieke werknemer geen loon ontvangt, er geen opbouw van vakantiedagen plaatsvindt.

Men kan zich natuurlijk, los van de bestaande EU-jurisprudentie, afvragen of als een werknemer weigert mee te werken aan zijn re-integratie, opbouw van vakantierechten wel op zijn plaats is. Dan moet echter worden bedacht dat de werkgever verschillende andere middelen heeft om deze werknemer onder druk te zetten om toch mee te werken. Hij kan vragen om een deskundigenbericht aan het UWV, de loondoorbetaling opschorten en zelfs (dreigen met) opzegging van de arbeidsovereenkomst. Het is daarom zeer de vraag of schorsing van de opbouw van vakantierechten hiervoor onmisbaar. Bovendien is het zeer de vraag of het onderscheid dat het Hof maakt tussen het doel van vakantie en het doel van ziekteverlof (zie Schultz-Hoff e.a.), anders wordt als tijdens het ziekteverlof gere-integreerd wordt (moet worden).

Een andere vraag die samenhangt met de koppeling van vakantieopbouw aan loonbetaling betreft werknemers die nog in dienst zijn van hun werkgever na de periode van loonbetaling. De rechtbank Limburg baseerde zich voor beantwoording van deze vraag alleen op de tekst van artikel 7:634 BW. De rechtbank oordeelde, zonder aandacht te besteden aan het EU-recht, dat een werkneemster geen vakantierechten meer opbouwde nadat de periode van 104 weken van loondoorbetaling was verstreken.[70] Deze interpretatie van de rechtbank lijkt, zo is hiervoor al betoogd, niet in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof.[71]

In 2024 overwoog de rechtbank Gelderland dat artikel 7:634 BW weliswaar in strijd is met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, maar dat geen richtlijnconforme interpretatie (zie paragraaf 3.2) mogelijk was omdat dat zou leiden tot *contra legem* interpretatie.[72] In annotaties bij deze uitspraak werd gewezen op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, die uit artikel 31 lid 2 Handvest wel de mogelijkheid van *contra legem* interpretatie, ook in horizontale relaties, afleidde (zie eveneens paragraaf 3.2).[73]

In een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 2025, WEGA, ging het over een werkgever die geen vakantiedagen wilde toekennen over de periode nadat het recht op loondoorbetaling was geëindigd. Er was toen sprake van een slapend dienstverband, waarbij de werkne-

69 Kamerstukken II 2009/10, 32465, nr. 3, p. 10.

70 Rb. Limburg 11 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3293, JAR 2017/143.

71 Aldus ook W. Bouwens, Vakantie en Ziekte, Ars Aequi 2012, p. 385 e.v.; Q. van Vliet, Geen arbeid, geen loon en tóch vakantie, Arbeidsrecht 2024/28; S.S.M. Peters, Zieke werknemer (artikel 7:635, lid 1 sub d BW, in: S.S.M Peters (red), Arbeidsovereenkomst (online/losbladig), Deventer: Kluwer.

72 Rb. Gelderland 5 juni 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:3780.

73 O.a. F.M. Dekker, Opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte, TRA 2024/82.

mer een IVA-uitkering kreeg. De rechtbank volgde de annotaties bij de eerdere uitspraak en bepaalde dat de werknemer gedurende de gehele arbeidsongeschiktheidsperiode vakantieuren had opgebouwd, ook na beëindiging van de loondoorbetaling.[74] Dit keer werd door een annotator betoogd dat artikel 31 Handvest er niet toe dwingt aan te nemen dat vakantierechten worden opgebouwd, omdat dit artikel spreekt over 'vakantie met behoud van loon'. Tijdens een slapend dienstverband wordt geen loon meer betaald, dus ook niet behouden , aldus deze redenering.[75] Deze interpretatie ziet echter over het hoofd dat de term 'vakantie met behoud van loon' inhoudt dat tijdens de vakantiedag loon betaald wordt; bij de invoering van het vakantierecht was dat nu juist het nieuwe.

De jurisprudentie van het Hof over opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte zou niet gewezen zijn als de interpretatie dat loon behouden moet zijn, juist is. In andere landen wordt bij ziekte immers een uitkering betaald; het Nederlandse stelsel van loondoorbetaling tijdens de gehele ziekteperiode is uniek.

Over de uitspraak zijn Kamervragen gesteld aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, met verwijzing naar literatuur over dit onderwerp.[76] Zij antwoordde dat het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie met name gaat om mogelijkheden om gebruik te maken van het recht op vakantie (opgebouwd tijdens de periode dat er gewerkt is) en niet om de opbouw van vakantierechten zelf (gedurende de periode van ziekte). Ze vindt ook wetswijziging niet nodig.[77]

Het is niet duidelijk waarom de minister niet onderkent dat in verschillende uitspraken van het Hof, zoals Schultz-Hoff e.a. en Schulte-KHS (zoals besproken in paragrafen 5.3 en 6.3.2, met daar de vermelding van de relevante rechtsoverwegingen), wel degelijk opbouw van rechten tijdens ziekte aan de orde was. De stelling dat de jurisprudentie van het Hof niet van toepassing is op slapende dienstverbanden is moeilijk te volgen. Schulte, in Schulte-KHS, ontving immers, na ziekte-uitkering te hebben ontvangen, van 2003 tot in 2008 een volledige arbeidsongeschiktheidsuitkering, terwijl hij nog in dienst was. Naar de Nederlandse situatie vertaald:[78] hij had een slapend dienstverband van vijf jaar. In deze zaak ging het ook, zoals we hebben gezien, over de vraag of hij over die jaren van zijn 'slapend dienstverband' vakantierechten opbouwde. Het antwoord was bevestigend, maar in dit geval mocht een beperkte overdrachtsperiode worden gehanteerd.

In de WEGA-zaak was sprake van een slapend dienstverband vanaf 1 maart 2024, waarbij de werknemer in juni 2024 verzocht het dienstverband te beëindigen. De werkgever weigerde dit, en vervolgens werd de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter per 1 juli 2025 ontbonden. De omstreden opbouw over vakantierechten werd dus door toedoen van de werkgever zelf aanzienlijk verlengd. Er zijn weinig aanknopingspunten voor de stelling dat deze

74 Rb. Gelderland 12 augustus 2025, ECLI:NL:RBGEL:2025:7054 (WEGA).

75 C. Frikkee, Slapend dienstverband: alle dagen vakantie!, TRA 2025/96.

76 Zie noot 71.

77 2025Z16517 van 14 oktober 2025.

78 Helemaal precies te vertalen valt dat niet. Onder 'slapend dienstverband' verstaat men de periode dat de loondoorbetaling ophoudt. In Duitsland is dat echter al na zes weken. Als men 'slapend dienstverband' interpreteert als het moment dat het opzegverbod bij ziekte niet meer bestaat, is de term wel internationaal te gebruiken. Duitsland kent hiervoor echter geen vaste regeling. Voor de vergelijking ben ik daarom uitgegaan van het begin van de arbeidsongeschiktheidsuitkering.

zaak heel anders was dan Schulte-KHS. De WEGA-uitspraak lijkt me dus geheel in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

7.2 Aanpassing van de Nederlandse verjaringsbepaling

Door de wet waarin de bepaling over de opbouw van vakantierechten bij ziekte werd gewijzigd, werd ook een vervaltermijn ingevoerd. Bij de behandeling van het wetsvoorstel was het KHS-Schulte-arrest nog niet gewezen, dat beperkingen aan de overdrachtsperiode toelaat. Wellicht droeg die omstandigheid bij aan het aannemen van een bepaling waarin een korte vervalperiode is opgenomen. Daarmee wordt beoogd de gevolgen van de cumulatie van vakantierechten die worden opgebouwd tijdens ziekte (zoals volgde uit de Schultz-Hoff e.a.-jurisprudentie) te beperken.

Het nieuwe artikel 7:640a BW bepaalt dat de minimumaanspraak op vakantie (het zogenoemde 'wettelijke deel') zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven vervalt, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. De vervaltermijn geldt voor dagen opgebouwd op basis van zowel gewerkte als niet-gewerkte perioden, zoals ziekte. Indien een werknemer geen mogelijkheden voor re-integratie heeft, en daarom zijn vakantiedagen niet kan opnemen, geldt de algemene verjaringstermijn van vijf jaar.

In het KHS-Schulte-arrest overwoog het Hof dat een overdrachtsperiode (bij ziekte) moet waarborgen dat rustperioden gespreid kunnen worden en op langere termijn gepland kunnen worden en beschikbaar zijn. Is hieraan wel voldaan als de vervalperiode slechts zes maanden is? Als men tijdens ziekte werkt, kan het juist moeilijk zijn om vakantie te plannen of te spreiden, bijvoorbeeld omdat de combinatie van werken en ziekte beperkingen oplegt aan de werknemer. Het Hof besloot dat een vervaltermijn van vijftien maanden redelijk is. Deze is dus langer dan de termijn van artikel 7:640a BW.

Het Hof heeft de bevoegdheid om deze vervaltermijn in het geval van zieke werknemers te hanteren tot dusver alleen toegestaan in de situatie dat de vakantiedagen over opeenvolgende ziektejaren zijn opgebouwd. De Nederlandse regeling is veel algemener geformuleerd, want de vervaltermijn geldt voor alle dagen van de minimumaanspraak, dus ook als de werknemer slechts tijdens één referentiejaar ziek is geweest.

Als de werknemer geen vakantie kan opnemen tijdens de vervaltermijn, dan geldt volgens het Burgerlijk Wetboek de verjaringstermijn (vijf jaar). Deze is veel langer dan het minimum dat volgens KHS-Schulte moet worden aangehouden. Dat is uiteraard geoorloofd, en er zou dan ook geen onverenigbaarheid van de vervaltermijn met de jurisprudentie van het Hof zijn, ware het niet dat de regering eigen criteria heeft geformuleerd om aan te nemen wanneer de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Ik kom daarop terug in de volgende paragraaf.

De wetgever heeft na het wijzen van KHS-Schulte geen aanleiding gezien de wet aan te passen. In sommige gevallen kan dat betekenen dat de vervaltermijn van vakantiedagen te kort is. In andere gevallen kan het echter zo zijn dat meer vakantiedagen moeten worden uitbetaald als vergoeding bij beëindiging dienstverband dan nodig is volgens de jurisprudentie van het Hof.

Men kan het ongelukkig vinden dat tijdens slapende dienstverbanden vakantierechten worden opgebouwd. De opbouw kan immers een reeks van ziektejaren betreffen, en de werk-

nemer krijgt tijdens het slapend dienstverband en beëindiging ervan ook nog andere vergoedingen. Het Hof van Justitie heeft echter een mogelijkheid geboden om ongerechtvaardigde uitkomsten te beperken door een vervaltermijn toe te staan, ook als de zieke werknemer geen vakantie kan opnemen. Deze is echter substantieel langer dan zes maanden. Daarvan heeft Nederland nog geen gebruik gemaakt. De in de vorige paragraaf genoemde Kamervragen doen de minister de suggestie de wet aan te passen, maar daar is ze niet op ingegaan.

7.3 Het criterium 'redelijkerwijs geen vakantie kunnen opnemen'

Volgens de memorie van toelichting bij de wet waarin artikel 7:640a BW werd ingevoerd, verstaat de minister onder 'redelijkerwijs geen vakantie kunnen opnemen', dat als een werknemer benutbare mogelijkheden heeft om arbeid te verrichten en daarom kan re-integreren, hij ook tijdens ziekte vakantiedagen kan opnemen.[79] De minister gaat ervan uit dat de meeste arbeidsongeschikte werknemers in staat, en dus ook verplicht, zijn tot re-integratie-inspanningen.[80] Als een werknemer re-integratie-inspanningen weigert, wordt hij toch geacht zijn vakantiedagen redelijkerwijs te hebben kunnen opnemen.[81] Bij bijvoorbeeld werknemers die om medische redenen niet in staat zijn de eigen arbeid te verrichten en evenmin andere duurzame benutbare mogelijkheden hebben, zijn re-integratie-inspanningen niet aan de orde. Dan kan worden aangenomen dat zij redelijkerwijs geen vakantiedagen hebben kunnen opnemen, aldus de minister.[82]

De interpretatie dat werknemers die re-integratie-inspanningen kunnen verrichten ook vakantie kunnen opnemen, is niet in de wet opgenomen, maar wordt in de jurisprudentie wel gevolgd.[83] Een voorbeeld is hof Den Bosch.[84] Dit vertaalt echter het criterium 'geen duurzame benutbare mogelijkheden' als 'het moet vaststaan dat er duurzaam geen benutbare mogelijkheden zijn'. In deze zaak had de bedrijfsarts periodiek vastgesteld dat er, op een korte periode na, geen benutbare mogelijkheden waren. Er was echter geen zekerheid over de langere termijn, en de bedrijfsarts had niet gerapporteerd dat die situatie duurzaam zou zijn. Het Hof concludeerde dat daarom de korte vervaltermijn op de vakantieaanspraken wél van toepassing was.

Het criterium dat moet vaststaan dat er duurzaam geen benutbare mogelijkheden zijn, verschilt nogal van de besproken passage in de memorie van toelichting: de minister redeneerde dat als er geen duurzame benutbare mogelijkheden zijn, in ieder geval geen vakantie kan worden opgenomen. Dat sluit echter niet uit dat er andere situaties zijn waarin ook geen vakantie kan worden opgenomen. Als voor een bepaalde periode vaststaat dat er geen benutbare mogelijkheden zijn, dan kan logischerwijs tijdens die periode ook geen vakantie worden opgenomen, ook al kan dat later misschien wel. Als vervolgens achteraf blijkt dat gedurende meerdere of alle perioden geen benutbare mogelijkheden zijn vastgesteld, dan geldt voor al

79 Kamerstukken II 2009/10, 32465, nr. 3.

80 Idem, p. 8.

81 Als dan de loondoorbetaling wordt opgeschort, heeft hij geen recht op loon en bouwt hij ook geen vakantiedagen op, volgens de minister.

82 Kamerstukken II 2009/10, 32465, nr. 3, p.7-8.

83 Bijvoorbeeld Rb. Limburg 11 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3293.

84 Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5399, r.o. 3.8.4. Dit betreft het (dubbel) appèl op de in de vorige noot genoemde zaak.

deze perioden dat geen vakantie kon worden opgenomen.[85] Vastgesteld moet dan worden welke periode overblijft waarin wel benutbare mogelijkheden waren. De interpretatie van het hof Den Bosch past dus al slecht bij de tekst van artikel 7:640a BW.

Deze interpretatie staat helemaal ver af van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, volgens welke (zoals we zagen in paragraaf 6.3.1) niet de werkgever kan bepalen of een zieke werknemer vakantie kan opnemen, maar dit aan de zieke werknemer zelf is (Pereda-arrest).[86] Volgens deze jurisprudentie moeten we vaststellen dat een werknemer die re-integreert formeel nog ziek is. Hij mág wel vakantie opnemen, en zal bij daadwerkelijke re-integratiewerkzaamheden dat ook wel doen, want anders moet hij blijven doorwerken terwijl zijn collega's met vakantie zijn. In dat geval zouden echter enkel de daadwerkelijk opgenomen vakantieuren van het tegoed mogen worden afgetrokken en zouden de resterende vakantiedagen niet mogen vervallen tot de werknemer ze daadwerkelijk kan opnemen.

8 Conclusies en aanbevelingen

In deze paragraaf zal ik de volgende vragen bespreken:

- Waarom is sommige jurisprudentie waarin het Hof zich baseert op het doel van het recht op vakantie niet overtuigend?
- Hoe wijkt de benadering van het Hof over de opbouw van vakantiedagen tijdens perioden van inactiviteit af van de IAO-beginselen?
- Hoe zou tot een consistentere vakantiewetgeving kunnen worden gekomen, zowel op EU- als nationaal niveau?

8.1 Het doel van het recht op vakantie

Het Hof verwijst in zijn uitspraken vaak naar het doel van het recht op vakantie. Uit de analyses in de vorige paragrafen kan worden begrepen waarom het Hof naar het recuperatiedoel verwijst en waarom dit niet altijd overtuigende uitkomsten oplevert.

Het blijkt namelijk dat zowel bij de ontwikkeling van de IAO-normen als in de oorspronkelijke Europese documenten en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie twee doelen van het recht op vakantie worden genoemd, namelijk uitrusten van verrichte arbeid en het verlenen van vrije tijd. Het eerste doel leidt tot een verplichting voor de werkgever die zodanig is, vanwege de koppeling aan de gezondheid, dat deze ook op basis van internationale of Europese normen kan worden opgelegd. Het andere doel hangt meer af van de economische ontwikkeling van een land. Er is wel een samenhang tussen beide doelen: de minimumvakantieperioden in de IAO-verdragen, en ook in het Burgerlijk Wetboek, zijn in de loop der tijd niet langer geworden door groeiend inzicht dat langer vakantie nodig is om van arbeid te herstellen. Ze zijn verlengd doordat gegroeide welvaart dat mogelijk maakte. Zou gezondheid het enige doel zijn, dan rees onmiddellijk de vraag waarom mensen zonder arbeidsovereenkomst vaak geen recht op betaalde vakantie hebben.[87]

85 In deze zaak had de werkneemster een aantal dagen vakantie opgenomen in de korte periode dat ze wel, zij het enkel arbeidstherapeutisch, kon werken, en die kunnen in aanmerking worden genomen. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat ze in andere perioden ook vakantie had kunnen opnemen.

86 HvJ 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542.

Het Hof beroept zich, nu de doelen van vakantie niet in de wetgeving zijn geformuleerd, alleen op dat van gezondheid. Als alleen dat doel in een uitspraak wordt vermeld, dan is die uitspraak echter niet altijd overtuigend. Neem bijvoorbeeld een werknemer wiens arbeidsverhouding wordt beëindigd na meerdere jaren langdurig ziek te zijn geweest. Stel dat hij zijn werk ook elders niet kan hervatten. Is het recuperatiedoel van vakantie voldoende om te beslissen dat hij de ongebruikte vakantierechten kan claimen? Deze werknemer heeft ook zonder die vakantierechten de gelegenheid om uit te rusten. Als we vakantierechten echter als verworven arbeidsvoorwaarden beschouwen, wordt het duidelijker waarom ze ook in dit geval niet verloren gaan.

Maar als vakantiedagen als arbeidsvoorwaarden worden gezien, verklaart dat ook waarom opbouw daarvan tijdens langjarige ziekte als problematisch wordt gezien; het verwerven van een arbeidsvoorwaarde moet immers in zeker verband met de arbeid blijven staan. Ook de uitkomsten in de King- en QH-arresten zijn beter te begrijpen als we vakantierechten beschouwen als verworven arbeidsvoorwaarden die moeten worden beschermd wanneer de werkgever niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Omdat dit element van vakantierechten als arbeidsvoorwaarde moeilijk in de jurisprudentie tot zijn recht kan komen als het recht niet nader wordt uitgewerkt in de Arbeidstijdenrichtlijn, zal ik hierna voorstellen om die uitwerking wel te geven.

8.2 De jurisprudentie van het Hof en verwerving van vakantiedagen in geval van ziekte

De oorspronkelijke regeling van vakantieopbouw bij ziekte in artikel 7:635 lid 4 BW (oud) was geïnspireerd door IAO-Aanbeveling 98. Het artikel beperkte, conform de in de Aanbeveling 98 en ook in artikel 5 lid 4 Verdrag 132 gegeven mogelijkheid, de opbouw van vakantierechten in tijd.

Het Hof van Justitie baseerde zich in zijn jurisprudentie op artikel 5 lid 4 IAO-Verdrag 132. Het liet echter uit het citaat van dit artikel weg dat lidstaten de mogelijkheid hebben voorwaarden te stellen waaronder tijdens perioden van onderbreking van de arbeid vakantierechten worden opgebouwd. Dat het Hof dat gedeelte weglaat, is wel begrijpelijk, want als het Hof dit wel had overgenomen, dan had het zijn redenering niet kunnen voortzetten; het wilde echter juist de mogelijkheden van lidstaten beperken om de kwestie zelf te regelen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft tot gevolg dat langdurig zieke werknemers over meerdere jaren vakantiedagen kunnen verwerven. Door een beperkte overdrachtstermijn toe te staan bij opbouw tijdens opeenvolgende ziektejaren (KHS-Schulte), verschuiven de perioden op basis waarvan vakantiedagen kunnen worden geclaimd. Vakantierechten verworven vóór een periode van langjarige ziekte kunnen daardoor als gevolg hiervan verloren gaan. Ook de rechten verworven tijdens ziekte in eerdere jaren kunnen verloren gaan als de overdrachtsperiode verstreken is. Er kan wel een beroep worden gedaan op de vakantierechten die de werknemer heeft verworven over de meer recente ziekteperioden.

Deze benadering kan soms dezelfde uitkomst hebben als de IAO-systematiek, maar dat is dan toeval. Ze kan ook leiden tot verschillende uitkomsten, afhankelijk van de volgorde en soort van achtereenvolgende tijdvakken. Het maakt immers uit of, hoelang en in welke volgorde de werknemer perioden van werken, ziekte of ander verlof (zoals zwangerschapsverlof)

87 Het is interessant dat het Belgische stelsel zo opgezet is dat via een socialezekerheidsconstructie een bredere groep werkenden vakantiedagen betaald kan krijgen.

heeft vervuld. De in de Schulte-KHS-zaak toegestane beperking aan de vervaltermijn bij ziekte bestaat bovendien alleen in de situatie van opeenvolgende ziekteperioden. Er is dus geen algemene vrijheid voor lidstaten om vervalperioden bij ziekte te regelen. Dit kan rechtsonzekerheid creëren en soms moeilijk te rechtvaardigen verschillen opleveren tussen situaties die in veel opzichten op elkaar lijken.

8.3 Werk voor de EU-wetgever

Hoofdoorzaak voor de knelpunten die we in het EU-vakantierecht hebben gezien is dat de Arbeidstijdenrichtlijn zeer beknopt is over dit recht. De Arbeidstijdenrichtlijn en het Handvest geven een recht op minimaal vier weken, maar verder is alleen vastgelegd dat de lidstaten de bevoegdheid hebben behouden de voorwaarden voor het recht vast te stellen. Hierdoor moest de inhoud van het recht in de jurisprudentie worden ontwikkeld, waarbij het Hof weinig aanknopingspunten had. De noodzaak om te verantwoorden waarom de bevoegdheden van de lidstaten bij het regelen van het recht op vakantie beperkingen kennen, leidde het Hof ertoe zich consequent te baseren op het doel van het recht van vakantie dat sterk genoeg was voor deze beperking: de recuperatiefunctie. Het ontbreken van aanknopingspunten in de Arbeidstijdenrichtlijn voor het vakantierecht is waarschijnlijk ook de verklaring waarom het Hof de IAO-beginselen niet systematisch heeft toegepast, maar er ad hoc naar verwijst ter ondersteuning van een bepaalde interpretatie die het toch al voorstond. Waarschijnlijk heeft het Hof ook om deze reden alleen gekeken naar Verdrag 132. De aangehaalde normen moeten immers sterk genoeg zijn om beperkingen te stellen aan de bevoegdheden van de lidstaten, en dat is bij Aanbeveling 98 minder het geval. Met andere woorden, de benadering van het Hof gaf niet echt een basis om ook IAO-beginselen toe te passen die niet direct passen bij het recuperatiedoel van het recht op vakantie.

Door de uiterst summiere wijze waarop de Arbeidstijdenrichtlijn het recht op vakantie heeft geregeld, is het vakantierecht in feite jurisprudentierecht geworden. Eigenlijk leent dit rechtsgebied zich daar niet zo goed voor, juist omdat het recht op vakantie tevens het recht op ontspanning en vrije tijd omvat. Als dit laatste element echter niet geregeld is, zoals in de Arbeidstijdenrichtlijn, dan heeft de rechter weinig houvast om hierover uitspraken te doen.

Het recht op vakantie zou daarom preciezer en uitgebreider geregeld moeten worden door de EU-wetgever door aanpassing van de Arbeidstijdenrichtlijn of in een nieuwe richtlijn. De EU-wetgever zou zich daarbij kunnen laten leiden door de IAO-beginselen, maar dan niet op basis van een greep daaruit, maar door ze systematisch te overdenken. Het maken van een nieuwe EU-regeling lijkt op het eerste gezicht een hoge drempel. Toch zouden de lidstaten hier wel eens open voor kunnen staan. Het is immers niet overdreven kritisch om te stellen dat de Commissie en de EU-wetgever niet veel aandacht hebben besteed aan het regelen van het recht op vakantie in de richtlijnen.

Inmiddels is het recht op vakantie in het Handvest erkend als een fundamenteel sociaal recht. Dat rechtvaardigt een uitwerking ervan. Ook is er veel jurisprudentie over het recht op vakantie gekomen, waardoor de contouren ervan duidelijker zijn geworden. Lidstaten zullen niet met alle jurisprudentie en de gevolgen ervan even gelukkig zijn. Dit zou hen kunnen aanmoedigen om het recht op vakantie opnieuw op EU-niveau te regelen.

Ook kan dan de vergoeding van niet-opgenomen vakantiedagen nader worden geregeld. Het Hof sluit nu hiervoor, bij gebrek aan uitwerking hiervan in de Arbeidstijdenrichtlijn, aan

bij de beloning van vakantiedagen. De mogelijkheid om de vergoeding specifieker te regelen zou verleidelijk kunnen zijn voor lidstaten om een nieuwe regeling te overwegen. Ik zou de nieuwe regeling de systematiek zoals met name neergelegd in Aanbeveling 98 willen aanbevelen. De lidstaten hebben volgens deze systematiek de bevoegdheid en plicht om de opbouw van vakantiedagen tijdens ziekteperioden, en ook andere onderbrekingen, te regelen. Daarbij dient uiteraard voorkomen te worden dat zij de essentie van het recht op vakantie kunnen frustreren. Er moeten daarom in ieder geval minimumeisen aan de opbouw worden vastgelegd in de Richtlijn, en dat kan per omstandigheid verschillen.

Dit werkt beter dan het formuleren van algemene criteria die het Hof in de loop van achtereenvolgende uitspraken heeft geprobeerd te ontwikkelen. Artikel 5 lid 4 Verdrag 132 geeft hier ook amper aanknopingspunten voor, hetgeen al werd vastgesteld in de ontwerpfase van dit verdrag.[88] Of een zieke of zwangere werknemer 'buiten haar wil' of 'buiten haar macht' niet kan werken en of dat dit niet-kunnen werken voorzienbaar is, staat immers lang niet altijd objectief vast. Uiteindelijk spelen hierbij maatschappelijke normen, zoals bescherming van de gezondheid van betrokkenen (zoals moeder en kind), een grote, soms doorslaggevende rol. Dergelijke maatschappelijke normen kunnen ook bij andere onderbrekingen, zoals ouderschapsverlof, bestaan. Het is daarom beter om deze expliciet per omstandigheid te regelen.

Indien de opbouw van vakantierechten tijdens perioden van inactiviteit beperkt wordt, zijn overdrachts- en vervalregelingen veel minder noodzakelijk om het daadwerkelijk opnemen van vakanties af te dwingen. Ook zou nagegaan kunnen worden of aan artikel 10 IAO-Verdrag 132, dat ervan uitgaat dat de werkgever vakantieperioden kan en moet aanwijzen (in overleg met de werknemer uiteraard),[89] een moderne toepassing kan worden gegeven waar dat nodig is om niet-opnemen van vakantie te voorkomen. Dergelijk direct beleid is zinvoller voor het doel van gezondheid, in deze tijden van toenemende berichten over stress, dan vervaltermijnen.

8.4 Er is ook werk te doen door de Nederlandse wetgever

Een structurele aanpassing van het Nederlands vakantierecht is afhankelijk van de vraag of het EU-recht inderdaad gewijzigd wordt, zoals in de vorige paragraaf voorgesteld. Maar op de kortere termijn zijn wel aanpassingen mogelijk, waardoor sommige knelpunten die nu bestaan ondervangen kunnen worden.

Het Burgerlijk Wetboek volstaat nu met artikel 7:634 voor regeling van de vakantiedagenopbouw bij ziekte. Een stelsel, zoals het Nederlandse, waarin het verwerven van vakantiedagen is gekoppeld aan het ontvangen van loon, is geoorloofd, want lidstaten mogen zelf de voorwaarden voor het verwerven van vakantie regelen. Een dergelijke koppeling kan immers ook gunstig zijn voor werknemers, in die zin dat meer perioden meetellen dan die gebaseerd

88 A. Stöhr, The Purpose of Annual Leave and its Relevance for Legislation and Interpreting the Law, IJCLLIR 2024, p. 171, stelt voor om als criterium te hanteren of de reden van niet-uitvoering van het werk binnen de risicosfeer van de werkgever valt. Het is echter niet duidelijk waarom hij tot de conclusie komt dat dit criterium nuttig is en de jurisprudentie van het Hof beter kan verklaren. Behoort ziekte van de werknemer tot de risicosfeer van de werkgever, en behoren bijvoorbeeld perioden van quarantaine en arbeidstijdverkorting dat niet?

89 Ook te vinden in artikel 7:638 BW, zij het dat het initiatief hier bij de werknemer ligt, tenzij individuele overeenkomst of cao anders bepalen.

op arbeid. De perioden die op basis van arbeid en op basis van gelijkgestelde perioden, zoals ziekte, worden verworven, zijn echter wel minimumperioden die moeten meetellen. Als alléén loonperioden in beschouwing worden genomen, en dit minder dan de minimumperioden oplevert, ontstaat strijd met de jurisprudentie van het Hof.

Het maakt het echter voor werkgevers en werknemers moeilijk als het toepasselijke recht niet te lezen is in Nederlandse wetgeving. Het is daarom wenselijk dat de wetgever zo goed mogelijk de jurisprudentie van het Hof verwerkt in het Burgerlijk Wetboek. Bij het voorbeeld van de opbouw tijdens ziekte kan dat eenvoudig door het oude artikel 7:635 lid 4 over vakantieopbouw bij ziekte weer op te nemen, maar dan zonder beperking in tijd.

Ook de bepaling van de vervaltermijn van de minimumvakantiedagen dient te worden aangepast. Dit heeft als voordeel dat ongewenste effecten van de huidige regeling ondervangen kunnen worden. Momenteel geldt de korte vervaltermijn van zes maanden niet als de werknemer tijdens ziekte redelijkerwijs geen vakantie kan opnemen. De regering ontwikkelde echter een interpretatie van deze uitzondering die niet spoort met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Indien de regeling van KHS-Schulte wordt overgenomen, geldt een eenvoudiger regeling die meer rechtszekerheid biedt.[90]

8.5 Tot slot

Het recht op vakantie heeft in de jurisprudentie van het Hof een bijzondere betekenis gekregen, nog versterkt door de codificatie in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Nu de jurisprudentie van het Hof niet volledig is geïmplementeerd in het Nederlandse vakantierecht, is dit onderwerp een schoolvoorbeeld om de mogelijkheden van handhaving van Europees arbeidsrecht te illustreren. Voorbeelden zijn de richtlijnconforme interpretatie en de horizontale werking die het Handvest geeft aan richtlijnen. Het onderwerp toont echter ook de patstelling die kan ontstaan als nationale actoren het niet eens zijn met dat Europese recht en de jurisprudentie. Ook vraagt het nogal wat van de nationale rechter als deze het nationale recht richtlijnconform moet interpreteren of zelfs *contra legem*. Vandaar dat de beste handhaving geschiedt door een wetgever die het EU-recht nauwkeurig volgt. Daarbij zijn er ook, binnen een juiste implementatie, mogelijkheden om ongewenste uitkomsten te proberen aan te pakken. Zo'n nauwgezette implementatie komt de rechtszekerheid ten goede en is soms zelfs gunstiger voor werkgevers en werknemers.

90 In die aanpassing van het Burgerlijk Wetboek kan ook nagegaan worden of ook andere problemen kunnen worden opgelost, zoals de beloning van bovenwettelijke vakantiedagen; zie bijvoorbeeld F. Pennings, Het doel van het recht op vakantie: is herbezinning nodig?, TRA 2024, p. 11-18.