

Het Europese grondrecht van jaarlijkse vakantie: voorwaarden bij ziekte en (horizontale) doorwerking

HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, JAR 2012/19 (KHS/Schulte) en HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, JAR 2012/54 (Dominguez/CICOA)

A.G. Veldman

1 Inleiding

De Grote Kamer van het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) heeft de afgelopen jaren een aantal principiële arresten gewezen over het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon en de daarop al dan niet toegestane beperkingen in geval van ziekte. Aan het bekende arrest Schultz-Hoff/Stringer,¹ dat aanleiding was voor wijziging van de Nederlandse vakantiewetgeving per 1 januari 2012, zijn de recente arresten KHS en Dominguez toegevoegd. Tussendoor heeft het Hof (in kleinere samenstelling) het arrest Pereda gewezen over de samenloop van het vakantieverlof met ziekteverlof.² De arresten KHS en Dominguez worden hier besproken. Nadien is nog op 3 mei 2012 het arrest Neidel gewezen, waarin de hoofdlijnen uit KHS en Dominguez worden bevestigd.³ Tezamen geven de genoemde arresten de Europese grenzen aan van de voorwaarden die aan zowel de opbouw als de opname en het verval van vakantierechten mogen worden gesteld in geval van ziekte. Interessant is dat de laatste twee aspecten blijken samen te hangen, in die zin dat de geldigheidsduur van rechten mede afhankelijk is van de zienswijze op de (on)mogelijkheid tot opname van vakantie tijdens ziekte. In deze bespreking komen al de genoemde aspecten aan bod, waarbij mede wordt gezien hoe deze zich verhouden tot (onderdelen van) de nieuwe vakantiewetgeving in Nederland.

Het tweede thema van deze bijdrage ziet op de ‘grondrechtelijke’ benadering door het Hof van de uitleg van het vakantierecht en de consequenties daarvan. De nationale voorwaarden die aan het vakantierecht mogen worden gesteld, vloeien niet zozeer voort uit de uitleg van materiële richtlijnbevestigingen, maar staan eerder in de sleutel van de vraag in hoeverre beperkingen op een (gegarandeerd)

1 HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 (Schultz-Hoff) en C-520/06 (Stringer e.a.), JAR 2009/58.

2 HvJ EG 10 september 2009, C-277/08 (Pereda), JAR 2009/253.

3 HvJ EU (Vijfde Kamer) 3 mei 2012, C-337/10 (Georg Neidel/Stadt Frankfurt am Main), JAR 2012/154. Het arrest is niet meer integraal meegenomen in deze bijdrage, maar daar waar van belang zal er naar worden verwezen.

grondrecht geoorloofd zijn. Al sinds het BECTU-arrest,⁴ waarin het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt aangemerkt als een 'bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht', is een dergelijke benadering te onderkennen in de rechtspraak van het Hof. Dat hoeft niet te bevreemden. Eerder werd het recht op betaald vakantieverlof dat om redenen van veiligheid en gezondheid dient te worden toegekend, op EU-niveau als grondrecht vastgelegd in het (onverbindende) Gemeenschapshandvest van de sociale rechten van de werkenden⁵ en daarna ook in artikel 31 lid 2 van het (verbindende) Handvest van de grondrechten van de EU. Voorts is het een volkenrechtelijk erkend sociaal grondrecht.⁶ ILO-Verdrag nr. 132 over de jaarlijkse vakantie met behoud van loon⁷ is hier van bijzonder belang omdat de considerans van de Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88 (hierna ook: de richtlijn), waarin het vakantierecht is geregeld, bepaalt dat rekening moet worden gehouden met de beginselen van de International Labour Organisation (ILO) ter zake van de organisatie van arbeidstijd. Het laatste roept de vraag op of het Hof dat ook daadwerkelijk doet bij de uitleg van de richtlijn. Dit speelt met name een rol van betekenis in het arrest KHS en – op een opmerkelijke wijze – in de conclusies van A-G Trstenjak, die sinds 2008 onafgebroken heeft geadviseerd over het vakantierecht.⁸ Dat het Europese vakantierecht een sociaal grondrecht vormt, kan ook van belang zijn voor de vraag naar de directe doorwerking van dit recht op het nationale niveau, en dan vooral in horizontale verhoudingen tussen een particuliere werkgever en werknemer. Staat het karakter van de richtlijn, waarin het vakantierecht is vastgelegd in artikel 7, voorop, en daarmee de richtlijnconforme interpretatieplicht van de nationale rechter? Of valt te denken aan constructies à la Mangold en Küçükdeveci? Daaruit bleek dat een richtlijn een reeds bestaand grondrecht kan verduidelijken, zonder daarvan de eigenlijke bron te zijn. In dat geval is de directe werking van het recht, ook horizontaal, af te dwingen op grond van de oorspronkelijke bron. Dat kan een algemeen beginsel van Unierecht zijn dat het grondrecht vervat, zoals in Mangold en Küçükdeveci, maar misschien kan dat ook, zoals Heerma van Vos en Van

4 HvJ EG 27 juni 2001, C-173/99 (BECTU), Jur. 2001, I-4881.

5 Punt 8 van het Gemeenschapshandvest, vastgesteld op 9 december 1989 te Straatsburg. Hoewel strikt genomen niet verbindend, heeft dit Handvest tot een door de Europese Commissie opgesteld actieprogramma geleid op grond waarvan diverse richtlijnen, waaronder de Arbeidstijdenrichtlijn uit 1993, zijn aangenomen.

6 O.m. artikel 24 VN Universele verklaring van de rechten van de mens, artikel 2 lid 3 Europees Sociaal Handvest en artikel 7 sub d Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

7 ILO C-132 is in werking getreden in 1973 en wijzigt ILO C-52 (in werking getreden in 1939). Nederland heeft deze verdragen overigens, als een van de weinige 'oude' EU-staten, niet geratificeerd.

8 Zo ook in de recente zaak Williams, die voor de volledigheid nog genoemd moet worden (HvJ EU 15 november 2011, C-155/10, JAR 2011/279, TRA 2011/10 m.nt. S. Peters). Williams gaat over het loonbegrip. Behoren specifieke toeslagen tot het normale loon waarop de werknemer recht houdt gedurende het vakantieverlof? Een interessante kwestie, zeker wanneer het vergeleken wordt met het recht op loon en toeslagen bij de vrijstelling van werkzaamheden wegens zwangerschap, maar ook een kwestie die buiten het bestek van dit artikel valt.

Slooten al eens opperden,⁹ het Handvest van de grondrechten van de EU zijn.¹⁰ De doorwerking van het in de Arbeidstijdenrichtlijn vastgelegde grondrecht van jaarlijkse vakantie kwam aan de orde in de zaak Dominguez.

2 De arresten KHS en Dominguez

Omdat twee uitspraken samen worden besproken, zal ik de beide conclusies van A-G Trstenjak niet afzonderlijk en voluit bespreken. Maar omdat de conclusies op de thema's die ik wil aansnijden soms van belang zijn en soms ook opvallende zienswijzen bevatten, zal ik onderdelen ervan behandelen in verwevenheid met het oordeel van het Hof.

2.1 Feiten en procesverloop

2.1.1 KHS

Schulte, sinds lange tijd in dienst van KHS, was sinds januari 2002 als gevolg van een infarct ernstig gehandicapt. De situatie van volledige arbeidsongeschiktheid duurde voort tot de wederzijdse beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 31 augustus 2008. Vanaf medio 2003 ontving Schulte een uitkering wegens volledige arbeidsongeschiktheid en een invaliditeitspensioen. In maart 2009 vorderde Schulte van zijn werkgever een vergoeding voor niet-opgenomen vakantiedagen over de jaren 2006 tot en met 2008. De aanspraken over 2006 waren echter vervallen op grond van een nationale vervaltermijn. De Duitse wet bepaalt dat de gedurende het kalenderjaar (referentieperiode) niet-genoten vakantie onder voorwaarden kan worden overgedragen naar de eerste drie maanden van het volgende jaar, waarna het recht vervalt. In de toepasselijke cao werd deze overdrachtsperiode met twaalf maanden verlengd in het geval geen vakantie kan worden opgenomen wegens ziekte. Totaal bedroeg de overdrachtsperiode dus vijftien maanden, die, voor de rechten opgebouwd in 2006, verliep op 31 maart 2008. De indruk valt moeilijk weg te nemen dat Schulte zijn vordering instelde in maart 2009 vanwege de uitspraak in januari van datzelfde jaar in de zaak Schultz-Hoff/Stringer. Daarin werd immers bepaald dat de (Duitse) overdrachtsperiode niet kan voorzien in het verval van vakantierechten, indien de werknemer niet de mogelijkheid heeft gehad van zijn vakantierecht gebruik te maken. De rechter in eerste aanleg wijst de claim van Schulte toe. KHS stelt hoger beroep in.

De appèlrechter meent dat Schulte geen gebruik heeft kunnen maken van zijn vakantierecht tot het einde van zijn dienstverband omdat hij om gezondheidsredenen niet alleen volledig arbeidsongeschikt, maar ook volledig invalide was. Niettemin twijfelt de verwijzende rechter of hij de nationale bepalingen wegens schending van de Arbeidstijdenrichtlijn buiten toepassing moet laten. Dat laatste

⁹ In NJB 2010, p. 951.

¹⁰ Vergelijk A.G. Veldman, Gelijke behandeling in de arbeid als algemeen beginsel van Unierecht: consequenties, mogelijkheden en beperkingen voor toepassing in de Nederlandse arbeidsrechtspraktijk, in: A.W. van Leeuwen, M. Westerbeek & L. Nekeman (red.), Eenheid in Verscheidenheid (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 40), Deventer: Kluwer 2011, p. 17-32.

is opvallend, want het veronderstelt dat de richtlijn directe, horizontale werking kan hebben. Deze vraag naar de doorwerking van het Europees vakantierecht stelt de Duitse rechter echter niet, maar het vraagstuk komt uitgebreid aan de orde in de hierna te beschrijven zaak Dominguez. In KHS wordt de vraag gesteld of het verval, naar Duits recht, van het minimumvakantierecht na de referentieperiode en/of de overdrachtsperiode ook dan in strijd is met artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn wanneer de werknemer langdurig arbeidsongeschikt is en vakantierechten bij gebrek aan een vervaltermijn over meerdere jaren cumuleren. Wanneer dit niet zo is, wil de rechter weten of de overdrachtsperiode ten minste achttien maanden moet bedragen. Het laatste refereert aan artikel 9 lid 1 ILO-Verdrag nr. 132. Hierin is bepaald dat het ononderbroken deel van de minimale jaarlijkse vakantie moet worden toegekend en opgenomen niet later dan twaalf maanden na het einde van het jaar waarin het is opgebouwd, en het resterende deel niet later dan achttien maanden.

2.1.2 Dominguez

Mevrouw Dominguez is in dienst van het *Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique*, een Frans sociaalzekerheidsorgaan. Op 3 november 2005 kreeg zij een verkeersongeval op de weg tussen haar woonplaats en haar arbeidsplaats. Ten gevolge van dit ongeval was zij tot en met 7 januari 2007 met ziekteverlof. De *Code du travail*, in de versie ten tijde van het hoofdgeding, bepaalt dat de werknemer die in het referentiejaar gedurende een tijdvak van ten minste één maand daadwerkelijke arbeid heeft verricht bij dezelfde werkgever, recht heeft op tweeënhalve werkdag vakantie per gewerkte maand, met een maximum van dertig werkdagen. Voorts is bepaald dat enkele nader aangegeven rustdagen, de vakantieperiodes zelf en een ononderbroken periode van ten hoogste een jaar waarin de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is geschorst wegens een beroepsziekte of arbeidsongeval, als perioden van daadwerkelijke arbeid gelden. Na de terugkeer op het werk vorderde Dominguez van haar werkgever vakantie-dagen over de voorafgaande periode van afwezigheid. In twee instanties werd haar claim door de rechter afgewezen omdat zij ten gevolge van haar ongeval geen daadwerkelijke arbeid heeft verricht. De uitspraken zijn gedaan vóór de uitspraak van het Hof in Schultz-Hoff/Stringer. Bij de cassatierechter stelt Dominguez dat haar periode van afwezigheid als daadwerkelijke arbeidstijd moet gelden, omdat een ongeval tijdens woon-werkverkeer gelijkgesteld moet worden aan een arbeidsongeval, waarmee zij binnen de bestaande regeling valt, dan wel omdat een afwezigheidsperiode als gevolg van een ongeval voor de opbouw van vakantie-rechten sowieso gelijkgesteld moet worden aan een daadwerkelijk gewerkt tijdvak.

De eerste vraag van het *Cour de cassation* aan het Hof is of artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn zich verzet tegen een nationale bepaling volgens welke het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon slechts ontstaat als de werknemer tijdens de referentieperiode ten minste een maand daadwerkelijk heeft gewerkt. Hierbij valt op te merken dat de vraag slechts ziet op de drempelwaarde die de wet opwerpt voordat (enig) vakantierecht is op te bouwen. Uit de redactie van de betreffende bepaling ('tweeënhalve werkdag vakantie per gewerkte maand') blijkt

echter dat nadat deze eerste horde is genomen, ook de verdere opbouw van vakantiedagen afhankelijk blijft van tijdvakken van daadwerkelijk verrichte arbeid. Ziekteverlof valt hier niet onder, tenzij als gevolg van een beroepsziekte of arbeidsongeval.

De volgende prejudiciële vragen zien op de rechtsgevolgen, mocht er strijd met de richtlijn bestaan. Moet de nationale rechter in een geschil tussen particulieren de strijdige, wettelijke bepaling buiten toepassing laten? Geldt dan dat de zieke werknemer recht heeft op een vakantie van een gelijke duur als andere werknemers, ongeacht de oorzaak van zijn afwezigheid wegens gezondheidsredenen? Of verzet artikel 7 lid 1 van de richtlijn zich er niet tegen dat de duur van de vakantie kan verschillen, afhankelijk van de reden waarom de werknemer afwezig is, wanneer de nationaal voorgeschreven duur van de jaarlijkse vakantie langer is dan het in de richtlijn bepaalde minimum van vier weken? Het laatste kan op twee manieren gelezen worden, maar uit de behandeling blijkt dat de verwijzende rechter bedoelt of het is toegestaan onderscheid te maken tussen werknemers met ziekteverlof vanwege een arbeidsongeval en werknemers met ziekteverlof vanwege andere gezondheidsredenen, *voor zover* het de duur van de jaarlijkse vakantie betreft die het door de richtlijn voorgeschreven minimum van vier weken te boven gaat.

2.2 Oordeel Hof van Justitie van de EU

2.2.1 KHS

De vraag die beantwoord moet worden is of de lidstaten een overdrachtsperiode die als vervaltermijn fungeert, mogen verbinden aan wegens ziekte niet-genoten vakantiedagen in het referentiejaar. In *Schultz-Hoff/Stringer*, waar dezelfde vraag voorlag, leek het Hof daar nogal stellig over: artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn geeft de lidstaten de bevoegdheid de voorwaarden voor de uitoefening van het vakantierecht vast te stellen, zelfs met inbegrip van het verlies van dit recht aan het einde van een referentieperiode of een overdrachtsperiode, mits de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van het hem door de richtlijn verleende recht gebruik te maken.¹¹ Het Hof onderbouwt dat in dat arrest door, onder aanhaling van het arrest *BECTU*, duidelijk te maken dat de voorwaarden die de lidstaten stellen aan de uitoefening van het vakantierecht, het recht in zichzelf niet mogen aantasten. Op basis hiervan wordt geconcludeerd dat:

‘indien het aan de werknemer gegarandeerde vakantierecht niet mag worden ondergraven door nationale bepalingen die het ontstaan van dit recht uitsluiten, niet kan worden aanvaard dat dit anders kan zijn met betrekking tot nationale bepalingen op grond waarvan dit recht vervalt in het geval van een werknemer die tijdens de gehele referentieperiode en/of tot na een overdrachtsperiode met ziekteverlof is geweest en niet in staat was van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon gebruik te maken’.¹²

¹¹ *Schultz-Hoff/Stringer*, r.o. 43.

¹² *Schultz-Hoff/Stringer*, r.o. 48.

Gelet op de principiële redenering dat het vakantierecht niet mag worden aangetaast bij (langdurige) ziekte, of dat nu door nationale voorwaarden is die zien op het ontstaan van het recht dan wel door voorwaarden die zien op het verval van het recht, lijkt er weinig ruimte over. A-G Trstenjak meent evenwel in haar conclusie dat het Hof zich nog niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken over de vraag of hiermee een in de tijd onbegrensde cumulatie van vakantie-rechten bij meerjarige arbeidsongeschiktheid dwingend is.¹³ Zij acht het laatste niet wenselijk vanuit zowel de belangen van werknemers als die van werkgevers. Cumulatie van vakantie-rechten kan tot ontslag van de arbeidsongeschikte werknemer leiden. Voor de werkgever kan het leiden tot problemen met de werkplanning of tot substantiële kosten wanneer na afloop van het dienstverband een financiële vergoeding moet worden gegeven. De A-G stelt daarom een teleologische interpretatie voor. Het vakantierecht en ook de financiële vergoeding bij het einde van het dienstverband hebben geen andere functie dan de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemer. Het valt niet in te zien hoe de vakantie haar functie kan vervullen wanneer zij pas wordt opgenomen na een afwezigheid van de werkplek van verschillende jaren.¹⁴

Het Hof volgt deze benadering. De arresten Schultz-Hoff/Stringer en FNV moeten worden genuanceerd, gezien de specifieke omstandigheden zoals die zich in het hoofdgeding voordoen.¹⁵ In het FNV-arrest stelde het Hof dat het positieve effect van de jaarlijkse vakantie op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer zich ten volle doet gevoelen wanneer deze vakantie in het lopende jaar wordt opgenomen, maar deze rusttijd niet aan belang inboet wanneer hij in een volgende periode wordt opgenomen.¹⁶ Een onbeperkte cumulatie van vakantie-rechten beantwoordt echter niet meer aan het doel van vakantie, zo oordeelt het Hof nu in KHS. Het vakantierecht dat door een arbeidsongeschikte werknemer gedurende meerdere, opeenvolgende referentieperioden wordt verworven, beantwoordt enkel aan zijn doel voor zover de overdracht een bepaalde tijdsgrens niet overschrijdt. Voorbij die grens heeft de jaarlijkse vakantie immers geen positief effect meer voor de werknemer als tijd om uit te rusten, en behoudt enkel haar eigenschap als periode van ontspanning en vrije tijd.¹⁷

Dit roept automatisch de volgende vraag op, namelijk waar die tijdsgrens dan getrokken moet worden. De A-G heeft gesuggereerd dat een overdrachtsperiode van meer dan twaalf maanden in ieder geval zou bewerkstelligen dat gedurende het referentiejaar dat hiermee samenvalt, een nieuw tegoed is opgebouwd dat ter beschikking blijft aan de werknemer.¹⁸ De A-G gaat er echter van uit dat het vaststellen van de duur van de overdrachtsperiode een bevoegdheid van de lidstaten is, die immers op grond van artikel 7 lid 1 van de richtlijn de voorwaarden voor de uitoefening van het recht kunnen bepalen. Het Hof kan daarom slechts in het concrete geval toetsen of een bepaalde begrenzing in de tijd in overeenstemming

13 Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak van 7 juli 2011, punt 47.

14 Conclusie, punt 57.

15 KHS, r.o. 28 en 32.

16 HvJ EG 6 april 2006 (FNV), JAR 2006/102.

17 KHS, r.o. 33.

18 Conclusie, punt 77.

is met het Unierecht.¹⁹ Een dergelijke begrenzing is in ieder geval niet in strijd met artikel 9 lid 1 ILO-Verdrag nr. 132, dat immers stelt dat na uiterlijk achttien maanden (het geheel van) de vakantie moet zijn verleend en opgenomen. De norm van achttien maanden zou volgens de A-G zelfs goed voldoen aan de beschermingsgedachte van de werknemer, alsook aan de belangen van de werkgever.²⁰ Er is echter geen juridische plicht tot overname van deze ILO-norm, zo vervolgt zij, hoewel de lidstaten deze norm wel zo veel mogelijk tot uitgangspunt zouden moeten nemen, gezien punt 6 van de considerans van de richtlijn. De relatie tussen de richtlijn en het ILO-recht gaat evenwel niet zo ver dat enkel de maximumgrens van achttien maanden verbindend zou zijn. Veeleer lijkt het juridisch mogelijk af te wijken van die termijn, zo beargumenteert de A-G in haar conclusie, omdat de lidstaten immers gunstiger bepalingen mogen vaststellen op grond van de richtlijn.²¹ De A-G concludeert derhalve dat het vaststellen van een vervaltermijn een uitvoeringsmodaliteit vormt die is voorbehouden aan de lidstaten, mits het doel van het recht op vakantie daarmee gegarandeerd blijft. Dat zal per geval vastgesteld moeten worden, waarbij een overdrachtsperiode van achttien maanden in elk geval voldoet, maar Unierechtelijk niet verplicht is.²²

Het Hof volgt de A-G niet onverkort in haar redenering dat het bepalen van de duur van een overdrachtsperiode/vervaltermijn geheel aan de lidstaten is. Weliswaar gaat het Hof er niet van uit dat de precieze duur van een overdrachtsperiode uit het Unierecht zelf voortvloeit, maar er wordt wel degelijk een ondergrens bepaald op basis van de richtlijn. De eerdere suggestie van de A-G dat bij een overdrachtsperiode van meer dan twaalf maanden altijd een nieuw jaarlijks vakantie-tegoed beschikbaar zal zijn bij terugkeer op het werk na ziekte, lijkt een rol te spelen. Rekening houdend met de beschermingsgedachte van de richtlijn, zo stelt het Hof, moet 'elke overdrachtsperiode de duur van de referentieperiode waarvoor zij wordt toegekend, wezenlijk overschrijden'.²³ Die periode wordt ook geacht de werkgever te beschermen tegen het gevaar van te grote cumulatie.²⁴ In casu is de overdrachtsperiode van vijftien maanden langer dan de referentieperiode van twaalf maanden, zo stelt het Hof vast. Bovendien volgt uit ILO-Verdrag nr. 132 dat een deel van de vakantie moet zijn toegekend en opgenomen na twaalf maanden, en het resterende deel na achttien maanden. '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'.²⁵ Gelet op het feit dat met het doel van het jaarlijkse vakantie-recht, zoals dit voortvloeit uit artikel 9 lid 1 van dat verdrag, rekening moet worden gehouden, kan redelijkerwijs worden overwogen dat een overdrachtsperiode van vijftien maanden niet voorbijgaat aan het doel van dat recht, daar zij verzekert dat dit recht zijn positief effect voor de werknemer als tijd om uit te rusten

19 Conclusie, punt 79.

20 Conclusie, punten 80-81.

21 Conclusie, punten 88-89.

22 Conclusie, punt 92.

23 KHS, r.o. 38.

24 KHS, r.o. 39.

25 KHS, r.o. 41.

behoudt.²⁶ Bijgevolg staat artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn niet in de weg aan nationale bepalingen of cao's die de cumulatie van vakantierechten van een gedurende meerdere, opeenvolgende referentieperioden arbeidsongeschikte werknemer beperken door middel van een overdrachtsperiode van vijftien maanden, bij het verstrijken waarvan het recht op vakantie vervalt.

De ondergrens van meer dan twaalf maanden voor de duur van een nationale overdrachtsperiode of vervaltermijn is nadien door het Hof bevestigd in het arrest Neidel. Het ging hier om de eventuele aanspraak van een gepensioneerde ambtenaar op een financiële vergoeding voor wegens arbeidsongeschiktheid niet-genoten vakantiedagen. Naast het feit dat de Arbeidstijdenrichtlijn ook van toepassing is op ambtenaren, oordeelde het Hof dat verval van de minimumaanspraak op jaarlijkse vakantie na een overdrachtsperiode van, in dit geval, negen maanden in strijd is met de richtlijn omdat het de duur van de referentieperiode van twaalf maanden niet wezenlijk overschrijdt.²⁷

2.2.2 *Dominguez*

Over de eerste en derde prejudiciële vraag is het Hof kort. Of het ontstaan van het jaarlijkse vakantierecht afhankelijk mag worden gesteld van de nationale voorwaarde dat ten minste een maand daadwerkelijk arbeid is verricht, is vragen naar de bekende weg. Zowel uit BECTU als uit Schultz-Hoff/Stringer volgt dat het ontstaan van het Europese vakantierecht zelf niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk mag worden gesteld.²⁸ Bovendien blijkt uit het laatstgenoemde arrest dat de richtlijn geen onderscheid maakt tussen werknemers die wegens ziekteverlof afwezig zijn en werknemers die daadwerkelijk gewerkt hebben. Hieruit volgt dat in het geval van werknemers met ziekteverlof niet de voorwaarde kan worden gesteld dat daadwerkelijk is gewerkt in de vastgestelde referentieperiode.²⁹

De derde prejudiciële vraag, die hierbij eigenlijk aansluit, ziet op de vraag of dit ertoe moet leiden dat werknemers met ziekteverlof als gevolg van een arbeidsongeval dan wel een andere oorzaak, recht hebben op een even lange vakantie-duur wanneer de Franse wetgeving een vakantierecht toekent dat langer is dan de door de richtlijn gegarandeerde minimumduur van vier weken. Het Hof volgt expliciet de adviezen van de A-G en de Europese Commissie, die het minimumkarakter van de richtlijn benadrukken. Dat betekent, aldus het Hof, dat de richtlijn niet in de weg staat aan een nationale bepaling die, afhankelijk van de oorzaak van (de afwezigheid wegens) ziekteverlof, een vakantie-duur bepaalt die langer of even lang is als de door de richtlijn gewaarborgde minimumduur van vier weken.³⁰ Het Hof zegt hier dus in wezen dat het vereiste dat in de opbouw van het vakantierecht geen onderscheid wordt gemaakt tussen werknemers die daadwerkelijk arbeid hebben verricht en werknemers die afwezig zijn wegens ziekte, en dus ook geen onderscheid tussen werknemers die met ziekteverlof zijn na een

26 KHS, r.o. 42-43.

27 HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10, JAR 2012/154, r.o. 41-43.

28 *Dominguez*, r.o. 17-18.

29 *Dominguez*, r.o. 20.

30 *Dominguez*, r.o. 50.

arbeidsongeval en werknemers die met ziekteverlof zijn vanwege een andere reden,³¹ niet ziet op wettelijke vakantierechten die de door de richtlijn gewaarborgde minimumduur te boven gaan.

Het meest belangwekkend is de tweede prejudiciële vraag. Nu de nationale drempel van een maand daadwerkelijk gewerkte arbeidstijd voor de opbouw van vakantierecht in strijd is met de richtlijn, moet de nationale rechter deze bepaling dan buiten toepassing laten? De A-G leidt uit de verwijzingsbeschikking af dat directe werking van de richtlijn afstuit op het feit dat het een geschil tussen particulieren betreft en dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk blijkt zonder het nationale recht *contra legem* uit te leggen. De A-G spitst de discussie daarom toe op de vraag naar de toepasselijkheid van het Küçükdeveci-arrest. Hieruit bleek dat het in Richtlijn 2000/78 neergelegde verbod op leeftijdsdiscriminatie in de arbeid dicteert dat hiermee strijdig nationaal recht ter zijde wordt geschoven, ook in gedingen tussen particulieren, omdat het verbod een algemeen beginsel van Unierecht vormt dat niet in de betreffende richtlijn zelf is verankerd, maar daarin slechts wordt geconcretiseerd. Geldt dit niet ook voor het grondrecht van jaarlijkse vakantie dat mede in het EU-Handvest is vastgelegd?

Gezien de personele werkingssfeer van het Handvest acht de A-G het niet aannemelijk dat het hierin opgenomen vakantierecht zelf verplichtingen aan particulieren kan opleggen.³² Minder argumenten vallen echter in te brengen tegen de stelling dat het recht op jaarlijkse vakantie als een algemeen Unierechtelijk beginsel kan gelden.³³ Op basis van de Europese rechtspraak worden hiertoe onder meer de fundamentele beginselen gerekend die gemeenschappelijk zijn aan de (constitutionele) tradities en rechtsstelsels van de lidstaten. Het vakantierecht is een (inter)nationaal erkend, sociaal grondrecht dat niet pas met de Arbeidstijdenrichtlijn werd vastgelegd.³⁴ Hoewel de A-G het aannemelijk acht dat het om een algemeen beginsel kan gaan, meent zij evenwel dat het geen horizontale directe werking kan hebben omdat het beginsel inhoudelijk niet onvoorwaardelijk en niet voldoende nauwkeurig is bepaald.³⁵ Het grondrecht is afhankelijk van nationale voorwaarden met betrekking tot bijvoorbeeld het aantal toe te kennen dagen, de verdeling van de dagen over het jaar en, met het oog op zijn sociaalrechtelijk karakter, met betrekking tot de bijzondere kenmerken van economische sectoren.³⁶ Ook indien, evenals in Mangold en Küçükdeveci het geval was, het algemene Unierechtelijke beginsel met behulp van een richtlijn wordt geconcretiseerd, is dit nog nauwelijks voldoende concreet, omdat het vakantierecht volgens artikel 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn moet worden toegekend 'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden'.³⁷ Dit zou volgens de A-G een wezenlijk verschil opleveren met de bepaaldheid van het discriminatieverbod in Küçükdeveci, omdat het discriminatiebegrip ook is uit te leggen aan

31 Vergelijk r.o. 46.

32 Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak van 8 september 2011, punt 83.

33 Conclusie, punten 99-114.

34 Conclusie, punten 103 en 111.

35 Conclusie, punt 141.

36 Conclusie, punt 137.

37 Conclusie, punten 160-161.

de hand van de discriminatieverboden uit het primaire EU-recht.³⁸ Uiteindelijk wordt de toepassing van de 'Kücükdeveci-leer' niet mogelijk geacht, waarbij voornamelijk ook algemene bezwaren gelden. Doordat het in feite een omzeiling van de niet-horizontale werking van richtlijnen is, blijft het argument overeind van de hieraan gepaard gaande rechtsonzekerheid voor particulieren die rechtstreeks verplichtingen krijgen opgelegd. Bovendien treedt een discrepantie op met de niet-horizontale werking van de grondrechten uit het Handvest.³⁹

Het Hof houdt zich verre van de vraag of het vakantierecht een algemeen Unierechtelijk beginsel vormt. In plaats daarvan diept het de rol van de richtlijnconforme interpretatie uit. Eerst stelt het Hof vast dat volgens de verwijzende rechter een richtlijnconforme interpretatie van de wettelijke voorwaarde uit de *Code du travail*, op grond waarvan een maand gewerkt moet zijn wil een vakantierecht ontstaan, tot een uitlegging *contra legem* zou leiden. Hierna wordt echter, onder verwijzing naar met name Angelidaki,⁴⁰ in herinnering gebracht dat de richtlijnconforme uitleg vereist dat het gehele interne recht hierbij in acht moet worden genomen.⁴¹ Dat houdt volgens het Hof in dit geval in dat de nationale rechter ook de andere bepaling uit de *Code du travail* in de beschouwing moet betrekken. Het gaat hier om het artikel dat bepaalt dat nader aangeduide afwezigheidsperiodes, waaronder ziekteverlof als gevolg van een arbeidsongeval, als gewerkte tijdvakken van arbeid hebben te gelden. Wanneer deze bepaling aldus wordt uitgelegd dat een afwezigheid vanwege een ongeval op weg naar of van het werk gelijkgesteld moet worden met een afwezigheid vanwege een arbeidsongeval, dan ziet de nationale rechter zich niet gesteld voor het probleem dat hij heeft opgeworpen, zo redeneert het Hof.⁴² Bijgevolg dient de nationale rechter een dergelijke uitleg te onderzoeken. Mocht een dergelijke uitlegging niet mogelijk zijn, dan zal de rechter vervolgens de mogelijkheid van directe, verticale werking van de richtlijn tegenover de verweerder moeten onderzoeken.⁴³ Wanneer ook dat niet mogelijk is, geldt ten slotte dat de benadeelde partij zich op de Francovich-rechtspraak kan beroepen om een vergoeding van de geleden schade van de staat te verkrijgen.⁴⁴ Er volgen op dit punt dus geen verrassingen uit Dominguez. De Kücükdeveci-leer wordt niet doorgetrokken van non-discriminatie naar een ander erkend grondrecht dat tevens in een arbeidsrichtlijn is vervat. Het voornaamste, rechtsdogmatische bezwaar dat de A-G daarvoor zag in haar conclusie, wordt wel ontzenuwd. In het kader van de mogelijke, verticale directe werking van de richtlijn oordeelt het Hof onomwonden dat artikel 7 van de richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om rechtstreekse werking te hebben.⁴⁵ De A-G meende dat het vakantierecht wel als een algemeen beginsel van Unierecht kan worden opgevat, maar dat het beginsel, ook met behulp van de concretisering

38 Conclusie, punt 162.

39 Conclusie, punten 164 en 167.

40 HvJ EU 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07, JAR 2009/148.

41 Dominguez, r.o. 27.

42 Dominguez, r.o. 29.

43 Dominguez, r.o. 40.

44 Dominguez, r.o. 43.

45 Dominguez, r.o. 35.

door de Arbeidstijdenrichtlijn, inhoudelijk te onbepaald is om rechtstreeks te kunnen worden ingeroepen.

3 Commentaar

3.1 Grondrechtelijke aspecten van het recht op jaarlijkse vakantie

3.1.1 Doorwerking in het nationale recht

- Directe werking van algemene beginselen

De suggestie in de literatuur⁴⁶ dat de Küçükdeveci-leer is door te trekken naar alle sociale grondrechten uit het Handvest die in een arbeidsrichtlijn zijn uitgewerkt, wordt door het Hof niet gevolgd in Dominguez. Toekenning van directe horizontale werking aan het vakantierecht op grond van het Handvest zelf leek al niet aannemelijk, omdat dat zou vergen dat de duidelijke aanwijzingen over de werkingssfeer in het Handvest en de toelichtingen daarbij genegeerd worden.⁴⁷ Maar tegen de redenering dat het vakantierecht wel als een algemeen Unierechtelijk beginsel kan gelden, zijn op basis van althans de eigen rechtspraak van het Hof weinig argumenten in te brengen. Tot die beginselen behoren immers de fundamentele rechten die (inter)nationaal erkend zijn door de lidstaten. Wanneer dat voor leeftijdsdiscriminatie in de arbeid geldt, waarom dan niet voor het in internationale verdragen en nationale constituties eerder en breder erkende jaarlijkse vakantierecht met behoud van loon?⁴⁸ Ook de A-G moet dat, naar het schijnt enigszins *contre coeur*, bekennen en zoekt een 'juridische uitweg' in het ontbreken van voldoende nauwkeurigheid en onvoorwaardelijkheid van het recht om directe werking te kunnen hebben. Het laatste is niet overtuigend en het Hof weerspreekt deze opvatting ook, omdat uit de Europese rechtspraak juist blijkt, en in Dominguez weer herhaald wordt, dat de lidstaten het bestaan van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk mogen stellen. Dat wil niet zeggen dat de A-G geen punt heeft. Er zijn uiteraard bezwaren die na het Mangold-arrest al losbarstten, zoals de omzeiling van de niet-horizontale werking van richtlijnen en de daaraan verbonden rechtsonzekerheid, of de discrepantie in de werkingssfeer van Europese grondrechten, afhankelijk of het Handvest dan wel een algemeen beginsel van Unierecht daarvan de bron vormt. Maar met het arrest Küçükdeveci, dat doorging op het ingeslagen pad van het arrest Mangold, heeft het Hof deze bezwaren niet gehonoreerd. Gezien de redenering waarop het Hof de directe horizontale werking van het discriminatieverbod naar leeftijd baseerde in deze arresten, lijkt de toepassing daarvan ook op andere grondrechten vanuit logica en consistentie dwingend.

46 Zie bij noot 8. Ook A-G Bot wees (vooraf) al op deze mogelijke consequentie in zijn conclusie bij Küçükdeveci (punt 90).

47 Zie eerder daarover Veldman 2011, p. 31.

48 Over de erkenning van het vakantierecht in de lidstaten, zie conclusie A-G bij Dominguez, punten 106-109.

Dat het Hof anders lijkt te hebben beslist, is misschien begrijpelijk om andere redenen. Uitbreiding van een omstreden leer zou de kritiek verder hebben doen aanzwellen. Daarnaast zou het ook repercussies voor de toekomst hebben, omdat naast gelijke behandeling of jaarlijkse vakantie méér grondrechten uit het Handvest in richtlijnen zijn geconcretiseerd. Desondanks is de uitkomst onbevredigend. Het Uniebeginsel van gelijke behandeling vormt op deze manier een vreemde eend in de bijt van fundamentele rechten. Het blijkt althans niet op één lijn te zetten met het grondrecht van vakantie met behoud van loon. Ik deel niet de mening van de A-G dat de reden hiervoor zou moeten zijn dat het discriminatieverbod (naar leeftijd) als beginsel inhoudelijk meer bepaald zou zijn dan het recht op jaarlijkse vakantie. Voor onderzoek en uitleg van rechtvaardigingsgronden voor een directe leeftijdsdiscriminatie moest het Hof in *Mangold* en *Kücükdeveci* juist zwaar leunen op de concretisering die Richtlijn 2000/78 biedt, omdat het niet strookt met de algemene discriminatiesystematiek naar nationaliteit op basis van het primaire Unierecht.⁴⁹

Een meer feitelijke verklaring voor het belang dat het beginsel van gelijke behandeling blijkbaar toekomt, is wellicht dat het niet alleen een grondrecht vormt, maar ook een fundamenteel instrument van Europese integratie. Als gevolg hiervan is het beginsel in het verleden (al ver vóór *Mangold*) veelvuldig als zelfstandige (ongeschreven) bron van Unierecht toegepast door het Hof,⁵⁰ terwijl een zelfstandige toepassing van sociale grondrechten tot nu toe ontbreekt.⁵¹ Nieuw in *Mangold* en *Kücükdeveci* was wel de mogelijkheid van horizontale werking van het algemeen beginsel van gelijke behandeling. Het Hof wijdde daaraan geen specifieke argumenten, maar liet de werkingssfeer van het Uniebeginsel als vanzelfsprekend voortvloeien uit het door de lidstaten erkende grondwettelijke karakter van het recht op non-discriminatie. Juist deze legitimatie – en het nieuwe Handvest van de grondrechten – maakt dat het Hof ook in de toekomst ongetwijfeld geconfronteerd zal blijven met vragen naar verduidelijking. Vormen alle binnen de EU erkende fundamentele rechten tevens een algemeen beginsel van Unierecht?⁵² Zo ja, welke van deze algemene beginselen komt dan, evenals het beginsel van gelijke behandeling, directe horizontale werking toe? Is het ten slotte mogelijk dat een grondrecht vervat in een ongeschreven Uniebeginsel directe (horizontale) werking kan hebben, waar deze werking (mogelijk) ontbreekt als het gaat om hetzelfde grondrecht uit het Handvest?

49 Directe discriminatie op grond van nationaliteit in het kader van vrij verkeer is niet te rechtvaardigen om dwingende redenen van algemeen belang, directe leeftijdsdiscriminatie in de arbeid volgens Richtlijn 2000/78 wel.

50 Zie voor een nadere onderbouwing en bronnen, Veldman 2011, p. 23-25.

51 Het vakantierecht bijvoorbeeld, wordt weliswaar aangeduid door het Hof als een 'bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht' (BECTU), maar is nog nooit als zelfstandige bron van Unierecht (dat wil zeggen buiten de Arbeidstijdenrichtlijn om) toegepast.

52 Voor de grondrechten uit het EVRM vloeit dit al voort uit artikel 6 lid 3 VEU. De vraag is in hoeverre dit ook opgaat voor die sociale grondrechten, zoals bijvoorbeeld het vakantierecht, die niet onder het EVRM vallen.

- Richtlijnconforme uitleg

Vooralsnog, zoals blijkt uit Dominguez, richt het Hof zijn pijlen voornamelijk op de richtlijnconforme interpretatie om de volle doorwerking van richtlijnen te verzekeren. Uit het arrest Angelidaki bleek al dat de rechter, anders dan de praktijk lijkt in Nederland,⁵³ niet slechts moet onderzoeken of met een richtlijn strijdige implementatiewetgeving al dan niet conform valt uit te leggen, maar hierbij ook het overige nationale recht moet betrekken, ook als dat geen uitvoering geeft aan de betreffende richtlijn. Dat het Hof in dit geval de nodige inventiviteit vraagt van de nationale rechter en in feite verregaande voorstellen daartoe doet, blijkt al uit de eerdere zaak Lufthansa.⁵⁴ In deze zaak werd de uitsluiting van werknemers van 52 jaar en ouder van het Duitse misbruikverbod bij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als in strijd met Richtlijn 1999/70 beoordeeld. Mangold ging over precies dezelfde Duitse wetsbepaling en daar besliste het Hof dat de bepaling buiten toepassing moest blijven op grond van een algemeen beginsel van Unierecht. In Lufthansa, waar het ging om vijf opeenvolgende, tijdelijke contracten die volgden op een vast contract, stelde het Hof echter vast dat de volle werking van Richtlijn 1999/70 te verzekeren was wanneer de nationale rechter een andere bepaling uit het Duitse recht, die overeenkomsten vertoont met onze Ragetlie-regel, richtlijnconform zou kunnen interpreteren door de maximaal toegestane periode op te rekken die tussen het vaste en het tijdelijke contract mocht liggen.⁵⁵

Interessant genoeg gaat Dominguez hierin nog een stapje verder. De nationale rechter moet volgens het Hof onderzoeken of hij ongevallen tijdens woon-werkverkeer gelijk kan stellen aan arbeidsongevallen. Mocht dat het geval zijn, dan zou het ziekteverlof van Dominguez volgens het Franse recht als daadwerkelijk gewerkte tijd moeten worden aangemerkt, waardoor vakantierechten zijn opgebouwd. Deze interpretatieplicht houdt niet alleen in dat overige bepalingen uit het interne recht hierin betrokken moeten worden, maar ook dat deze plicht doorgezet moet worden als dat het nationale wetgevingsgebrek maar zeer ten dele herstelt. De door het Hof voorgestane uitleg 'helpt' slechts Dominguez en diegenen die een ongeval overkomen tijdens woon-werkverkeer, maar niet de werknemers met ziekteverlof door een andere oorzaak die, zoals het Hof zelf preciseert,⁵⁶ ook ten onrechte uitgesloten worden. Individuele rechtsbescherming staat dus hoog in het vaandel. Of het ook soelaas biedt, is een tweede. Juist omdat het de uitleg van het overige interne recht betreft, zou de door het Europese Hof gewenste uitleg van, in dit geval, het nationale begrip van arbeidsongevallen wellicht weer repercuussies kunnen hebben binnen het Franse rechtssysteem voor bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van de werkgever of (sociale)

53 Zie over de grenzen van richtlijnconforme uitleg in de Nederlandse (arbeids)rechtspraktijk het instructieve artikel van Zef Even naar aanleiding van de Albron-uitspraak, Richtlijnconform of contra legem: that's the question, TAP 2012, nr. 3, p. 100-111.

54 HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-109/09, JAR 2011/113.

55 Vergelijk A.G. Veldman, Misbruik van opeenvolgende tijdelijke contracten na pensioenontslag (Lufthansa), TRA 2011/64.

56 Dominguez, r.o. 30.

ongevallenverzekeringen, en daarmee het *Cour de cassation* tot terughoudendheid manen.

- Staatsaansprakelijkheid

Wanneer richtlijnconforme uitleg niet lukt in het geval van horizontale rechtsrelaties, duidt het Hof opnieuw staatsaansprakelijkheid aan als 'last resort' van rechtsbescherming. In Nederland is hiervan al gebruikgemaakt toen bleek dat de beperkte opbouw van vakantierechten voor zieke werknemers (artikel 7:635 lid 4 BW *oud*) strijdig was met de Arbeidstijdenrichtlijn.⁵⁷ Getuige de recente vonnissen van de Kantonrechter Den Haag waarin schadevergoeding werd toegewezen, lijkt sprake van afdoende individuele rechtsbescherming, wat misschien de angel haalt uit de discussie over de al dan niet directe werking van Europese grondrechten.⁵⁸ Toch vraag ik mij af of de vonnissen in hoger beroep stand (moeten) houden.

De drempels voor staatsaansprakelijkheid bij de schending van Europees recht liggen hoog, waarmee het middel aan effectiviteit inboet. In het geval van een onjuiste uitleg van een richtlijn door de lidstaat moet volgens het Hof sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van Europees recht. Beslissend criterium hiervoor is 'de kennelijke en ernstige miskening door een lidstaat van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven'.⁵⁹ Hiervan is geen sprake wanneer een prejudiciële uitspraak een richtlijn verduidelijkt en de lidstaat onderneemt naar aanleiding daarvan actie. De Kantonrechter Den Haag wees de claim tegen de Nederlandse Staat dan ook niet toe vanwege (alleen) de uitspraak in *Schultz-Hoff/Stringer*, maar omdat 'jarenlang' geen actie was ondernomen, hoewel al sinds de uitspraak in *BECTU* (2001) duidelijk was dat de Nederlandse wetgeving in strijd was met de richtlijn. *BECTU* stelt inderdaad dat geen nationale voorwaarden mogen worden gesteld die de toekenning van het vakantierecht uitsluiten. Het arrest ging echter niet over voorwaarden die aan zieke werknemers werden gesteld, maar over een nationale kwalificatieperiode waarbij werknemers pas vakantiaanspraken kunnen verwerven na een dienstverband van ten minste dertien weken. Heeft de Nederlandse Staat destijds de grenzen van de hem toekomende beoordelingsmarge 'kennelijk en ernstig miskend' door *BECTU* niet op zieke werknemers te betrekken? Daarbij moet bedacht worden dat het interpreteren van een uitspraak buiten de onderliggende feiten om soms een hachelijke zaak is. Zo leken de vakantierechten van langdurig zieke werknemers op grond van *Schultz-Hoff/Stringer* nooit te kunnen vervallen, maar bij zeer langdurig zieke werknemers bleek het op grond van het arrest *KHS* toch te kunnen. Hoewel *BECTU* qua strekking vrij duidelijk was, acht ik het daarmee nog niet zonder meer evident dat een nauwe, tot de feiten beperkte interpretatie van dit

57 Het gaat om schade opgelopen voorafgaand aan de wijziging van de Nederlandse vakantiewetgeving, welke wijziging geen terugwerkende kracht heeft.

58 Ktr. Den Haag 6 februari 2012, JAR 2012/84 m.nt. E. Franssen.

59 HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en 48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), Jur. 1996, I-1029.

arrest destijds ook een *ernstige* miskenning door de Staat van de grenzen van zijn beoordelingsmarge oplevert.⁶⁰

3.1.2 *Het minimumbeschermingsniveau volgens Unie- en ILO-recht*

Het fundamentele karakter van veiligheids- en gezondheidsregels blijkt mede uit het feit dat de Arbeidstijdenrichtlijn in zijn considerans expliciet aangeeft dat met de beginselen van de ILO op dit gebied rekening moet worden gehouden. In Schultz-Hoff/Stringer volgt het Hof de mondiale minimumnorm die uit het ILO-recht voortvloeit.⁶¹ Voor het oordeel dat ten aanzien van zieke werknemers niet de voorwaarde mag worden gesteld dat tijdens de referentieperiode daadwerkelijk is gewerkt, wordt expliciet verwezen naar artikel 5 lid 4 ILO-Verdrag nr. 132.⁶² Dit artikel bepaalt dat bij de opbouw van vakantierechten arbeidsverzuim om redenen die losstaan van de wil van de betrokken werknemer, zoals ziekte, ongeval of zwangerschap, als arbeidstijd moet worden aangemerkt. In KHS stelt het Hof bij de berekening van de minimale duur van de overdrachtsperiode rekening te houden met artikel 9 lid 1 ILO-Verdrag nr. 132.⁶³ Maar is dat zo?

Het Hof herleidt uit de maximale termijnen die het genoemde verdrag stelt voor het verlenen en opnemen van vakantie, dat na het verstrijken hiervan het doel van het recht op vakantie niet meer volledig is te verwezenlijken. Op grond hiervan wordt vervolgens aangenomen dat een overdrachtsperiode van vijftien maanden niet voorbijgaat aan het doel van dat recht (zie paragraaf 2.2.1). Het Hof lijkt hier, met de A-G, te willen zeggen dat een begrenzing in de tijd van het vakantierecht niet in strijd is met artikel 9 lid 1 ILO-Verdrag nr. 132, maar volgt inhoudelijk niet de grens die daar gesteld wordt. Wanneer we de redenering van het Hof volgen dat de ILO-termijnen aangeven wanneer het recuperatiedoel van vakantie niet meer is te verwezenlijken, dan volgt toch uit het ILO-Verdrag dat althans het onderbroken deel van het vakantierecht nog steeds zijn functie kan vervullen bij zestien, zeventien of achttien maanden? Hiermee valt moeilijk te rijmen dat een overdrachtsperiode van vijftien maanden (voor het gehele minimumvakantierecht) hieraan niet voorbijgaat.

Het lijkt voor enige verwarring te zorgen dat een *maximale* termijn voor de daadwerkelijke toekenning van vakantie wordt gekoppeld aan wat de *minimale* termijn voor het verval van dit recht dient te zijn. Dit zou mogelijk kunnen suggereren dat een vervaltermijn van vijftien maanden keurig binnen de maximale ILO-termijn van achttien maanden past. Dat lijkt echter niet juist. De ILO-termijn van achttien maanden ziet op de uiterste mogelijkheid voor opname en geeft dus, in de visie van het Hof, aan hoe lang het vakantierecht zijn nut nog kan behouden.

60 Anders: W. Bouwens in zijn annotatie van de Dominguez-zaak, *Ars Aequi* 2012, p. 385 e.v., op p. 392 en E. Franssen in haar noot bij *Ktr. Den Haag, JAR* 2012/84.

61 Zie P.H. Burger, die erop wijst dat het Hof er daarmee voor zorgt dat de algemene rechtsbeginselen op sociaalrechtelijk terrein ook onderdeel uitmaken van de rechtsorde van de EU, en de bescherming van de richtlijn zich niet beperkt tot het minimum (Vakantie aan het stuwmeer: over het recht van de zieke werknemer op jaarlijkse betaalde vakantie, *ArA* 2009/2, p. 85-97 op p. 91).

62 Schultz-Hoff/Stringer, r.o. 37-38.

63 KHS, r.o. 42.

Bij een maximumperiode van achttien maanden behoudt vakantie uiteraard ook haar nut na vijftien maanden, en dat zal zeker ook het geval zijn na één maand, maar daarmee staat niet gelijk dat het recht dan ook kan vervallen na deze vijftien maanden of na deze ene maand omdat het zijn functie verloren zou hebben. De EU duikt naar mijn mening dan ook onder het mondiaal geldende minimum-niveau met de door het Hof vastgestelde (onder) grens van meer dan twaalf maanden voor de duur van een nationale vervaltermijn.⁶⁴

De opstelling van de A-G, die ook de ILO-grens van achttien maanden niet volgt, heeft misschien een rol gespeeld. De visie van de A-G op de rol van het ILO-recht is echter weinig standvastig te noemen. In haar conclusie bij Schultz-Hof/Springer meende de A-G dat het feit dat artikel 9 ILO-Verdrag nr. 132 een grens stelt aan het verlenen en opnemen van vakantie waar dit in de Arbeidstijdenrichtlijn ontbreekt, 'de slotsom rechtvaardigt dat de bescherming die het gemeenschapsrecht wil garanderen, *verder* [cursivering auteur] gaat dan die van de arbeidsrechtelijke normen van het internationaal verdragenrecht'.⁶⁵ In de conclusie bij KHS komt de A-G, zoals duidelijk mag zijn, terug op de bewering dat de Arbeidstijdenrichtlijn geen tijdsbegrenzing oplegt aan het vakantierecht. Zij sluit daarbij vervolgens echter niet uit – op grond van de formele redenering dat het ILO-recht niet verbindend is voor de EU – dat deze Unierechtelijke grens ook *onder* het minimumniveau kan liggen dat volgt uit het internationale verdragsrecht. Het meegewogen belang van de werkgever bij een beperkte cumulatie van vakantie-rechten lijkt geen verklaring te bieden voor deze gewijzigde visie op de onderlinge verhouding van het door het ILO-recht geboden minimumbeschermingsniveau en dat van het Unierecht. De A-G geeft immers aan dat de ILO-norm van achttien maanden op zichzelf goed zou voldoen aan dat werkgeversbelang (zie paragraaf 2.1.1). Overigens valt met betrekking tot het laatste nog op te merken dat door de eerdergenoemde koppeling tussen de maximale termijn die ten aanzien van alle werknemers geldt voor het verlenen en opnemen van vakantiedagen en de minimale termijn waarna het recht verloren kan gaan, de werkgever niet alleen maar nadeel heeft bij een ruime tijdsnorm vanwege een cumulatie van rechten, maar ook baat indien bedrijfsbelangen zich tegen de (eerdere) volle verlening van het minimumtegoed aan vakantie zouden verzetten.

3.1.3 Kunnen grondrechten vervallen?

Ten slotte is naar aanleiding van KHS af te vragen of het Hof de 'grondrechtelijke' benadering van het vakantierecht, ingezet met BECTU, verlaat, nu het bestaan

64 Bouwens acht een vervaltermijn van één jaar wel toelaatbaar op grond van de termijn uit artikel 9 lid 1 ILO-Verdrag nr. 132 die (alleen) voor het ononderbroken gedeelte van de vakantie geldt; zie Bouwens 2012, p. 387. Omdat deze vervaltermijn dan ook geldt voor de vakantiedagen uit het minimumtegoed die tot het onderbroken deel behoren, lijkt mij dat niet verenigbaar met artikel 9 lid 1 ILO-Verdrag nr. 132. Het Hof stelt daarenboven dat de vervaltermijn de referentieperiode 'wezenlijk' moet overschrijden, dus het moet om méér dan een jaar gaan.

65 Zie punten 53 en 54 van deze conclusie. Ook het feit dat de richtlijn een minimumduur garandeert van vier weken vakantie en ILO-Verdrag nr. 132 een minimumduur van drie weken en het ILO-Verdrag een minimale kwalificatieperiode van maximaal zes maanden dienstverband toelaat en de richtlijn niet (BECTU), wijzen in die richting.

van dit recht in zichzelf niet meer onaantastbaar blijkt door nationale uitvoeringsvoorwaarden. Uit het (latere) arrest Dominguez spreekt dit in ieder geval niet, omdat het Hof de nationaal bepaalde toegangsdrempel nog steeds afwijst op grond van het argument dat de lidstaten het bestaan van het recht op jaarlijkse vakantie niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk mogen stellen. Het lijkt me dat het verval van een recht dat periodiek steeds opnieuw in het leven wordt geroepen, zich ook niet principieel verzet tegen een grondrechtelijk karakter van dat recht. Veiligheids- en gezondheidsrechten, en dan met name rusttijden, onderscheiden zich daarmee wel van andere (sociale) grondrechten. Grondrechten lijken uit hun aard niet aan een beperkte houdbaarheidsdatum gebonden, maar bij de bescherming van de gezondheid valt in te zien dat niet-genoten rusttijden die zijn verworven met betrekking tot een bepaald, voorafgaand tijdvak van arbeid, hun recuperatiefunctie verliezen na verloop van zekere tijd.

Roosendaal stelt vraagtekens bij de doorslaggevende rol van de recuperatiefunctie voor de verwezenlijking van de doelstelling van het minimumvakantierecht.⁶⁶ Door de vrije tijd die vakantie verschaft, stelt het de werknemer ook in staat andere activiteiten te ontplooiën en er een privéleven op na houden. Voor de werknemer lijkt het belang van beschikbare tijd derhalve even groot als dat van recuperatie. Dat mag zo zijn, maar het vooropstellen van recuperatie als doel van het vakantierecht vloeit rechtstreeks voort uit het doel van de richtlijn en ook de rechtsbasis waarop de richtlijn destijds is aangenomen (artikel 118a EEG-Verdrag). Dat is de veiligheid en gezondheid.

Wanneer het recuperatiedoel voorop wordt gesteld vanwege deze doelstelling, waardoor het vakantierecht aan tijd gebonden wordt, valt echter ook te verdedigen dat enig vakantierecht dat de door de richtlijn voorgeschreven, minimale recuperatietijd te boven gaat, niet langer geregardeerd wordt door veiligheids- en gezondheidseisen. Deze vakantierechten krijgen dan meer het karakter van een arbeidsvoorwaarde in plaats van een 'arbeidsomstandigheid'. Verval (in plaats van verjaring) van deze aanvullende rechten om de reden dat ze na verloop van tijd hun gezondheidsdoel verliezen, is dan niet aan de orde en ook zou de vanuit gezondheidsoverwegingen noodzakelijk geachte recuperatie de afkoop van deze rechten tijdens dienstverband niet in de weg kunnen staan.⁶⁷ De arresten Dominguez en Neidel bevestigen dit. Uit de eerste zaak blijkt dat de waarborgen die het minimumvakantierecht vanuit zijn gezondheidsdoelstelling omkleden (geen nationale voorwaarden die werknemers uitsluiten van het vakantierecht; geen onderscheid tussen zieke en andere werknemers), niet van toepassing zijn op dat deel van het wettelijke, Franse vakantierecht dat de minimumduur van vier weken te boven gaat. Dat deel, zou ik menen, kan dan ook niet langer geacht worden voor noodzakelijke recuperatie bedoeld te zijn. Op grond van het Europese recht hoeven aanvullende vakantierechten hun functie dus niet te verliezen na verloop van tijd. Het is echter geheel aan de lidstaat om te voorzien in aanvullende vakantierechten en om de voorwaarden daarvan te bepalen, zo blijkt uit

66 W.L. Roosendaal, Commentaar d.d. 8 juli 2011 bij KHS/Schulte (conclusie A-G), AR-Updates.

67 Over het afkoopverbod tijdens dienstverband van het minimumvakantierecht: HvJ EG 6 april 2006 (FNV), JAR 2006/102.

Neidel. Het niet voorzien in een financiële vergoeding wanneer de ambtenaar die met pensioen gaat zijn aanvullende vakantierechten niet geldend heeft kunnen maken wegens ziekte, is niet in strijd met de Arbeidstijdenrichtlijn.

De conclusie is dat het grondrechtelijke karakter van het vakantierecht ophoudt bij vier weken per jaar. Vóór Dominguez was dit niet zonder meer vanzelfsprekend. De richtlijn stelt dat de lidstaten een jaarlijkse vakantie van *ten minste* vier weken dienen te garanderen. Wanneer de lidstaat ter implementatie van een veiligheids- en gezondheidsrichtlijn voor een hoger wettelijk beschermingsniveau kiest, dan zou dit laatste ook als de, met het oog op de gezondheid, minimaal benodigde recuperatietijd kunnen worden aangemerkt, waarop derhalve de (overige) minimale waarborgen die de richtlijn eveneens met het oog op veiligheid en gezondheid biedt, van toepassing blijven. Dat laatste lijkt het systeem van ILO-Verdrag nr. 132 te zijn.⁶⁸ Het Hof volgt deze weg niet.

3.2 De Europese rechtspraak en de nieuwe Nederlandse vakantiewetgeving

3.2.1 Opname en verval van het minimumvakantierecht bij ziekte

Uit de diverse arresten van het Hof volgen de voorwaarden die aan de opbouw, de opname en het verval van het minimumvakantierecht in het geval van ziekte worden gesteld. Uit Schultz-Hoff/Stringer volgt dat de opbouw van het vakantierecht voor zieke en andere werknemers gelijk dient te zijn. Deze eis geldt alleen, zo blijkt uit Dominguez, ten aanzien van het door de richtlijn gewaarborgde minimumvakantierecht van vier weken, ook als de lidstaat een *wettelijk* vakantierecht van langere duur kent. Met de nieuwe Nederlandse vakantiewetgeving wordt tegemoetgekomen aan het vereiste van een gelijke opbouw voor zieke werknemers. Er kleeft hieraan nog één, naar het schijnt, theoretisch bezwaar, omdat de opbouw van vakantierechten is gekoppeld aan het recht op loon (artikel 7:634 BW). Voor zieke werknemers zou dat betekenen dat na 104 weken ziekte of wanneer niet aan re-integratieverplichtingen zou worden voldaan, geen opbouwrecht bestaat. Dat lijkt strijdig met het Europese recht. Bouwens wijst er echter op dat de zieke werknemer in deze gevallen onder artikel 7:635 lid 1 sub d BW zal vallen, al lijkt dit niet voorzien door de regering.⁶⁹ Het genoemde artikel bepaalt dat over het tijdvak gedurende welke geen recht op loon bestaat, de werknemer toch vakantieaanspraken verwerft wanneer hij tegen zijn wil niet in staat is de overeengekomen arbeid te verrichten. De zinsnede 'anders dan ten gevolge van arbeidsongeschiktheid' is geschrapt uit deze bepaling.

Zwaarwegender bezwaren lijken van toepassing als het gaat om de voorwaarden voor de opname en het verval van het minimumvakantierecht in het geval van

68 Het ILO-Verdrag kent een recht op jaarlijks vakantie toe van een minimale lengte (artikel 3 lid 1). Deze lengte, die niet minder dan drie weken kan zijn, dienen de verdragsstaten te specificeren bij ratificatie (artikel 3 lid 2 en 3). De overige bepalingen, zoals het meetellen van ziekteperiodes als gewerkte arbeidstijd, zijn vervolgens van toepassing op dit jaarlijkse vakantierecht.

69 Bouwens 2012, p. 388.

ziekte.⁷⁰ De twee blijken samen te hangen, omdat volgens Schultz-Hoff/Stringer de lidstaten mogen bepalen dat het minimumvakantierecht vervalt, zelfs al na de referentieperiode, op de voorwaarde dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van het verleende recht gebruik te maken. KHS beperkt het laatste. Het minimumvakantierecht kan ook vervallen zonder dat de werknemer daarvan redelijkerwijs gebruik heeft kunnen maken, indien het zijn doel niet langer kan verwezenlijken. In deze situatie zal de duur van de vervaltermijn de lengte van de referentieperiode (in de regel twaalf maanden) wezenlijk moeten overschrijden, hetgeen in het arrest Neidel wordt bevestigd.

De minimale duur van de vervaltermijn is van belang voor de nieuwe Nederlandse wetgeving, omdat met artikel 7:640a BW een vervaltermijn is geïntroduceerd van zes maanden na het einde van het kalenderjaar waarin het recht is verworven. Uit het vorenstaande volgt dat dit in beginsel niet voldoet aan de Europese ondergrens van meer dan twaalf maanden, maar dat een kortere vervaltermijn desalniettemin mogelijk is op de voorwaarde dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad van het verleende recht gebruik te maken. Artikel 7:640a BW voorziet hierin, doordat het bepaalt dat de vervaltermijn niet geldt indien de werknemer gedurende het referentiejaar of de zes maanden nadien redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. In het laatste geval blijft de verjaringstermijn van vijf jaar van toepassing.

Door het snelle optreden van de wetgever na het arrest Schultz-Hoff/Stringer lijkt ongewild zeer ruime uitvoering te zijn gegeven aan het gegeven dat het minimumvakantierecht in ieder geval na meer dan twaalf maanden na het opbouwjaar mag vervallen. Dat is echter anders indien in het geval van een zieke werknemer de uitleg van de uitzondering op de (korte) vervaltermijn van artikel 7:640a BW ('redelijkerwijs niet in staat om vakantie op te nemen') niet zou overeenstemmen met de uitleg van de richtlijn op dit punt door het Hof. Als immers op basis van de richtlijn moet worden aangenomen dat een zieke werknemer in bepaalde omstandigheden niet in staat was van zijn vakantierecht gebruik te maken, dan is de lange vervaltermijn uit KHS en Neidel van toepassing. Zou in dezelfde omstandigheden volgens Nederlands recht moeten worden aangenomen dat de zieke werknemer wel gebruik kon maken van zijn vakantierecht en de uitzondering van artikel 7:640a BW niet van toepassing is, dan is de korte vervaltermijn van zes maanden hiermee in strijd.

3.2.2 *Samenloop van ziekte en vakantie: de Europese voorwaarden*

De kernvraag is, gezien het voorgaande, in hoeverre ziekte(verlof) het genot van vakantieverlof al dan niet verhindert. Naar aanleiding van Schultz-Hoff/Stringer is wel geopperd dat de typiste met een gebroken vinger arbeidsongeschikt kan zijn voor de bedongen arbeid, maar toch niet te ziek om vakantie op te nemen.

70 Hierover o.m. D.C. Vink, Vakantie en verlofstuwmeren: wijzigingen voor zieke én gezonde werknemers, TRA 2010/99; M. Koster & C.J. Herman de Groot, Vakantieadministratie en stuwmeren vanaf 1 januari 2012: leuker kunnen we het niet maken, wel (onnodig) ingewikkeld, Arbeids-Recht 2011/55; N.P.B. Schmeitz & J.W. Klinckhamers, De nieuwe vakantiewet komt eraan!, TRA 2011/99; M. Ledesma Marin & F.M. Dekker, Vakantie na Schultz en Schulte: use it or lose it!, TAP 2012/1, p. 4-9.

Een vraag die hieraan echter vooraf zou moeten gaan is of de mogelijkheid vakantieverlof op te nemen tijdens ziekteverlof (samenloop) nu in abstracto of in concreto moet worden beoordeeld. Uit de Europese rechtspraak valt hierover het een en ander af te leiden. In *Schultz-Hoff/Stringer* neemt het Hof aan dat de werknemer vanwege langdurig ziekteverlof niet de mogelijkheid had van zijn vakantie-recht gebruik te maken. Dit oordeel hing niet af van de concrete mogelijkheden van deze werknemer gezien de aard van zijn ziekte of het daarvoor benodigde herstel, maar van het feit dat de Duitse wetgeving het opnemen van vakantie tijdens ziekteverlof sowieso uitsluit. Het Hof beoordeelt daarom in hoeverre de richtlijn nationale bepalingen over de samenloop van vakantie en ziekteverlof verbiedt. Het Hof stelt voorop dat het doel van vakantieverlof verschilt van het doel van ziekteverlof dat wordt toegekend om te kunnen herstellen van een ziekte.⁷¹ Eerder heeft het bovendien geoordeeld dat een door het Unierecht gegarandeerd verlof (zoals vakantie) niet kan afdoen aan een ander door dit recht gegarandeerd verlof (zoals zwangerschapsverlof). In deze gevallen is de vraag dus niet aan de orde of een zwangere werkneemster een maand voor de geplande bevalling wel of niet had kunnen genieten van een midweekje Center Parcs. Het Hof vervolgt echter dat ziekteverlof 'thans' niet is geregeld in het Unierecht.⁷² Daarom is het aan de lidstaten om de voorwaarden daarvoor te bepalen. Dit betekent enerzijds dat de richtlijn een verbod op het opnemen van vakantie tijdens ziekteverlof toestaat, mits die werknemer evenwel de mogelijkheid heeft in een andere periode gebruik te maken van het hem door de richtlijn verleende recht.⁷³ Anderzijds staat het ook niet in de weg aan bepalingen op grond waarvan vakantie mag worden opgenomen tijdens ziekteverlof.⁷⁴

In *Pereda* wordt het laatste gepreciseerd. Dit arrest, gewezen tussen *Schultz-Hoff/Stringer* en *KHS* in, is al wel genoemd maar nog niet besproken. Kort gezegd betreft *Pereda* de vraag of een werknemer die met ziekteverlof is gedurende de collectief vastgestelde vakantieperiode, recht heeft op opname van de jaarlijkse minimumvakantie in een andere periode.⁷⁵ Anders dan onder de Duitse wetgeving sluit de Spaanse wetgeving in dit geval samenloop niet uit. Het Hof herhaalt dat de richtlijn zich niet verzet tegen verlies van het vakantierecht, mits de werknemer daadwerkelijk gebruik heeft kunnen maken van zijn recht. 'In het belang van een doeltreffende bescherming van zijn veiligheid en gezondheid moet de werknemer immers in normale omstandigheden daadwerkelijke rust kunnen genieten.'⁷⁶ Daarnaast verschilt het doel van het vakantierecht van dat van het recht op ziekteverlof, zo wordt gesteld.⁷⁷ Hieruit volgt dat een werknemer het recht heeft om op zijn verzoek en teneinde daadwerkelijk van zijn recht op jaarlijkse vakantie gebruik te kunnen maken, deze op te nemen in een andere periode

71 *Schultz-Hoff/Stringer*, r.o. 25.

72 R.o. 27.

73 R.o. 29.

74 R.o. 31.

75 Zie voor een beknopte samenvatting van de belangrijkste overwegingen, H.H. Voogsgaard, SEW januari 2010, p. 41-44.

76 *Pereda*, r.o. 20.

77 R.o. 21.

dan die welke samenvalt met de periode van ziekteverlof.⁷⁸ Hierna wordt uitdrukkelijk gesteld dat dit betekent dat, hoewel de richtlijn zich niet verzet tegen bepalingen op grond waarvan de werknemer zijn jaarlijkse vakantie mag opnemen gedurende ziekteverlof, 'wanneer deze werknemer geen jaarlijkse vakantie wenst op te nemen tijdens deze periode van ziekteverlof, hem de jaarlijkse vakantie moet worden toegekend voor een andere periode'.⁷⁹ Het Hof geeft ten slotte nog aan dat dit, indien nodig vanwege bedrijfsbelangen, ook buiten de referentieperiode kan vallen. KHS, gewezen na dit arrest, verandert het gestelde in Pereda niet. Het voegt slechts toe dat de periode waarin het verlof moet worden opgenomen op straffe van verval, begrensd kan worden in de tijd, waarbij geldt dat ten minste gedurende een periode van meer dan twaalf maanden na de referentieperiode het vakantierecht nog moet kunnen worden opgenomen dan wel bij einde dienstverband vervangen door een financiële vergoeding.

3.2.3 *De gewijzigde vakantiewetgeving: samenloop kan en moet op straffe van verval*

De cruciale rechtsoverweging uit Pereda ziet op het gegeven dat een eventuele samenloop van ziekteverlof met vakantieverlof, wat op zichzelf is toegestaan onder de richtlijn, afhankelijk blijkt van de *wens* van de werknemer daartoe, en niet van de concrete mogelijkheden van de werknemer om tijdens zijn ziekteverlof van het jaarlijks vakantierecht gebruik te maken. Het Hof onderzoekt het laatste dan ook niet. De feiten zijn ook niet zonder meer evident in dit opzicht, want de casus van Pereda verschaft geen details of opname van vakantieverlof in de concrete omstandigheden wel of niet mogelijk zou zijn geweest. De mogelijkheid van samenloop van ziekteverlof met vakantieverlof lijkt derhalve in abstracto te moeten worden beoordeeld. De richtlijn sluit het niet uit, maar alleen op eigen verzoek van de werknemer.

De memorie van toelichting bij de Nederlandse, gewijzigde vakantiewetgeving gaat uit van een ander vertrekpunt. De wetgever wil stimuleren dat (gedeeltelijk) zieke werknemers vakantie opnemen tijdens ziekte, omdat de recuperatiefunctie ook voor zieke werknemers – die in beginsel gehouden zijn tot re-integratie – van belang is.⁸⁰ Artikel 7:638 (oud) BW sloot al niet uit dat tijdens ziekte vakantie wordt opgenomen en dat deze aldus opgenomen vakantiedagen worden afgeboekt van het minimumtegoed, aldus de regering.⁸¹ De verrekening door de werkgever van ziektedagen met vakantiedagen van de artikelen 7:636 (oud) en 7:637 (oud) BW, die beperkt is tot de bovenwettelijke vakantiedagen, moet daarvan onderscheiden worden. Dit gaat erom dat de werknemer niet daadwerkelijk vakantie heeft opgenomen. In de nieuwe wetgeving wordt dit verduidelijkt doordat de verrekening van bovenwettelijke dagen terecht is gekomen in artikel 7:637 BW, en het kunnen laten gelden van ziektedagen tijdens een vastgestelde vakantie als vakantiedagen in artikel 7:638 BW. Het laatste geldt nu ook voor de minimum-

78 R.o. 22

79 R.o. 25.

80 Kamerstukken II 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 4, 5 en 6.

81 Kamerstukken II 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 4. Pauline Burger suggereerde in dit blad al deze mogelijkheid op grond van de oude vakantiewetgeving om cumulatie van rechten als gevolg van het arrest Schultz-Hoff/Stringer te beperken; Burger 2009, p. 93-95.

dagen. Opname van vakantie (tijdens ziekte) blijft echter de verantwoordelijkheid van de werknemer zelf. De echte stimulans tot opname moet daarom komen van de invoering van de vervaltermijn voor de minimumvakantiedagen.

Wat opvalt is dat de vervaltermijn voor zowel gezonde als zieke werknemers geldt. Zou men de uitspraak in KHS beperken tot het dictum en de feiten die aanleiding waren voor de nuancering van Schultz-Hoff/Stringer, dan is de mogelijkheid tot het verval van het minimumvakantierecht alleen van toepassing op langdurig (dat wil zeggen meerdere referentieperioden) arbeidsongeschikte werknemers. Deze uitleg is echter niet waarschijnlijk. Dat de recuperatie bij niet-opname van het recht niet meer valt te verwezenlijken na verloop van zekere tijd, geldt evengoed voor gezonde werknemers en bovendien volgt uit Schultz-Hoff/Stringer dat verlies van het vakantierecht al direct na de referentieperiode mogelijk is, mits de werknemer daadwerkelijk gebruik heeft kunnen van maken van zijn recht.⁸² De uitzonderingen op de vervaltermijn die de regering ziet om deze reden, zijn echter zeer beperkt. Het gaat hierbij om situaties dat de werknemer gedurende het gehele opbouwjaar en de daaropvolgende zes maanden om medische redenen of in verband met andere bijzondere omstandigheden niet in staat is geweest zijn minimumvakantierecht te benutten. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is sprake als het door toedoen van de werkgever niet mogelijk is geweest (voldoende) vakantie op te nemen; van medische redenen is sprake wanneer langdurig zieke werknemers gedurende die periode geheel zijn vrijgesteld van verplichtingen tot re-integratie.⁸³

Het eerste wat hierover gezegd kan worden is dat de eis dat de werknemer gedurende de *gehele* referentieperiode en de zes maanden nadien niet in staat is geweest om zijn minimumvakantierecht te benutten, niet strookt met het Europese recht. Ook in het geval dat de werknemer pas gedurende de referentieperiode ziek wordt en deze ziekte duurt voort tot na de vervaltermijn, kan het niet kunnen benutten van het jaarlijkse vakantierecht vanwege ziekte niet tot het verval van dat recht leiden, aldus het Hof in Schultz-Hoff/Stringer.⁸⁴ Het Hof gaat ervan uit dat de zieke werknemer die nog een gedeelte van de referentieperiode heeft gewerkt en de werknemer die gedurende de gehele referentieperiode ziek was, in dezelfde situatie verkeren omdat het intreden van ziekte onvoorzienbaar is. Dit zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat de gemaakte uitzondering in artikel 7:640a BW (tenzij de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen) als het gaat om ziekte, alleen beoordeeld mag worden vanaf het moment dat de arbeidsongeschiktheid is ingetreden tot het einde van de vervaltermijn. Zou de werknemer redelijkerwijs niet in staat zijn geweest over deze periode gebruik te maken van het jaarlijkse vakantierecht, dan volgt uit KHS dat verval van dat recht eerst mogelijk is nadat meer dan twaalf maanden zijn verstreken na afloop van het referentiejaar.

82 Het KHS-arrest, dat een minimale vervaltermijn stelt van meer dan twaalf maanden na afloop van de referentieperiode, ziet op de situatie dat de (zieke) werknemer *niet* in staat was gebruik te maken van zijn vakantierecht.

83 Kamerstukken II 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 7.

84 Schultz-Hoff/Stringer, r.o. 50. Vergelijk ook Ledesma Marin & Dekker 2012 hierover.

Het tweede wat opgemerkt kan worden is dat de regering ervan uitgaat dat de zieke werknemer die re-integreert daarmee ook de daadwerkelijke mogelijkheid heeft gehad vakantie op te nemen. Dit verschilt van het arrest Pereda, waarin het Hof de werknemer het recht geeft om op zijn wens vakantie op te nemen buiten de periode van het ziekteverlof. Pereda zou mogelijksterwijs alleen kunnen worden gepasseerd wanneer wordt aangenomen, zoals de regering ook lijkt te doen, dat geen *ziekterverlof* wordt genoten gedurende de tijd dat passende werkzaamheden worden verricht.⁸⁵ Of het Hof dit zou volgen is niet zeker, omdat artikel 7:629 BW van een ondeelbaar arbeidsongeschiktheidsbegrip uitgaat en ook de re-integratiefase gericht is op bespoediging van het gezondheidsherstel en daarmee volledige terugkeer naar het (bedongen) werk. Dit doel verschilt nog steeds van dat van het vakantierecht. Maar het argument dat werken ook recuperatie nodig maakt, is alleszins redelijk. Desondanks gaat deze redenering voor zover de werknemer maar gedurende een deel van de overeengekomen arbeidsduur kan re-integreren in eigen of andere werkzaamheden, ook maar voor een evenredig deel van het minimumtegoed op. Voor het deel dat de werknemer is vrijgesteld van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, en dus 'ziekterverlof' geniet in de Europese betekenis, lijkt de uitspraak in Pereda nog volledig van toepassing. De memorie van toelichting stelt echter dat bij het in dit geval opnemen van vakantie, de vakantiedagen voor de gehele arbeidsduur (en niet alleen voor de uren dat er daadwerkelijk arbeid wordt verricht) in mindering kunnen worden gebracht op het minimumtegoed:

“Tegenover een volledige opbouw van vakantiedagen (...) ongeacht het aantal uren dat daadwerkelijk arbeid wordt verricht, staat dat, als vakantie wordt opgenomen, ook over de volledige contractuele arbeidsduur vakantiedagen worden opgenomen.”⁸⁶

Ik zie niet in dat hier van een 'tegenprestatie' sprake kan zijn. Op grond van de richtlijn, en ook het internationaal recht, mag het ontstaan van het jaarlijks vakantierecht om veiligheids- en gezondheidsredenen niet aan zieke werknemers worden ontzegd. Om dezelfde reden kan het vakantierecht niet reeds na een overdrachtsperiode van zes maanden vervallen, indien de werknemer wegens ziekteverlof niet 'in normale omstandigheden daadwerkelijke rust heeft kunnen genieten'. Daaraan valt te twijfelen wanneer het vakantierecht ook vervalt voor het gedeelte dat de werknemer wegens medische redenen verlof genoot (vrijgesteld was van re-integratieverplichtingen) en het niet zijn wens was voor dit deel vakantie op te nemen.

85 Gesteld wordt dat de re-integrerende werknemer andere verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst vervult, Kamerstukken II 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 5.

86 Kamerstukken II 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 5.

4 Conclusies

In relatief korte tijd is een stroom aan arresten van het Europese Hof verschenen over het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Ondanks dat hierdoor vragen worden beantwoord, roepen de arresten ook weer vragen op. Dat geldt zowel voor het grondrechtelijke karakter van vakantie en de implicaties hiervan voor de directe doorwerking in het nationale recht als voor de randvoorwaarden voor het verval van het recht in het geval van ziekte, welke beide aspecten centraal stonden in deze bespreking.

In *Dominguez* grijpt het Hof de kans niet aan om duidelijk te maken in hoeverre EU-grondrechten, waaronder het vakantiegrondrecht, directe horizontale werking kunnen hebben buiten richtlijnen om, op een vergelijkbare wijze als dat voor het algemene beginsel van gelijke behandeling in de arbeid opgaat. Daarmee lijkt het dat het vakantierecht geen directe horizontale werking kan hebben via de weg van een algemeen Uniebeginsel, zoals we dat kennen uit de *Mangold*- en *Kücük-deveci*-arresten. Misschien is deze weg echter nog niet volledig afgesneden. De verwijzende rechter in *Dominguez* baseerde zijn vraag naar directe werking alleen op de richtlijn zelf, zonder te refereren aan een mogelijk algemeen beginsel van jaarlijkse vakantie. Meer rechtstreekse vragen zijn in de toekomst wel te verwachten. Hoe is immers het verschil te verklaren tussen de doorwerkingseffecten van het recht op non-discriminatie en het recht op jaarlijkse vakantie? Volgens vaste Europese rechtspraak moeten de door de lidstaten erkende fundamentele rechten onder de algemene Uniebeginselen geschaard worden. Zowel vakantie als non-discriminatie vormt een dergelijk grondrecht. Ze worden daarnaast beide in het Handvest genoemd, zijn beide geconcretiseerd in een richtlijn en worden beide voldoende concreet en onvoorwaardelijk geacht om (verticale) directe werking te hebben.

Vanuit het grondrechtelijke perspectief valt voorts op dat in *KHS* de relatie met het vakantierecht uit ILO-Verdrag nr. 132 maar losjes wordt aangehouden, dit in tegenstelling tot *Schultz-Hoff/Stringer*. Mijns inziens leidt dit tot een enigszins lager beschermingsniveau binnen de EU als het gaat om de mogelijkheid van het verval van het vakantierecht. Het ILO-Verdrag kent weliswaar geen rechtstreekse bepaling hierover, maar het Europese Hof legt zelf het verband tussen artikel 9 lid 1 ILO-Verdrag (maximale termijn voor toekenning en opname van het vakantierecht) en de minimale termijn waarna vakantie niet langer haar doel kan vervullen en dus mag vervallen. Ook voor wettelijke vakantie-rechten die de in de richtlijn gestelde minimumduur te boven gaan, volgt het Hof althans niet de systematiek van het ILO-Verdrag. In *Dominguez* en *Neidel* worden de eisen die de richtlijn stelt aan het vakantierecht bij een duur van vier weken afgekap. Kiest de lidstaat, zoals toegestaan, voor een hoger wettelijk beschermingsniveau qua duur, dan lijkt de richtlijn op het overstijgend gedeelte van het vakantierecht niet langer van toepassing, waar het ILO-Verdrag dat wel blijft.

Relevant voor specifiek de Nederlandse situatie zijn de conclusies over het verval van vakantie-rechten bij ziekte die uit de trits arresten *Schultz-Hoff/Stringer*, *Pereda* en *KHS* vallen te trekken. Uit *Schultz-Hoff/Stringer* en het nadien gewezen *KHS* volgt een tweeledige norm. Mits de werknemer daadwerkelijk in staat

was vakantie op te nemen, mogen de minimumvakantierechten vervallen vanaf het einde van het referentiejaar (Schultz-Hoff/Stringer). In aanvulling hierop geldt dat het vakantierecht in ieder geval mag vervallen – dus ook als de werknemer niet in staat was van zijn recht gebruik te maken – wanneer meer dan twaalf maanden zijn verstreken na het referentiejaar (KHS).

Met het nieuwe artikel 7:640a BW is een korte vervaltermijn van zes maanden ingevoerd, tenzij de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. In het geval van langdurige ziekte zal de korte vervaltermijn alleen *Europe proof* zijn wanneer de beoordeling of een werknemer wel of niet in staat is van zijn recht gebruik te maken overeenstemt met de uitleg hiervan volgens Europees recht. Hierbij zijn met name op grond van Pereda vraagtekens gezet. Dit arrest acht een samenloop van vakantie met ziekteverlof toegestaan op grond van de richtlijn, maar stelt deze samenloop afhankelijk van de wens van de zieke werknemer en niet van zijn concrete mogelijkheden daartoe. Dit kan ertoe leiden dat de hele systematiek van artikel 7:640a BW zich niet verdraagt met de richtlijn. Zou men evenwel menen dat de ziekteperiode van artikel 7:629 BW niet gelijk is te stellen aan wat het Hof met 'ziekteverlof' voor ogen heeft vanwege de Nederlandse re-integratieverplichtingen, dan zal dit zo'n vaart niet lopen. In grote lijnen volgt artikel 7:640a BW dan Schultz-Hoff/Stringer, al blijft op onderdelen nog twijfel bestaan. Het Hof geeft in het genoemde arrest aan dat het oordeel dat een werknemer geen gebruik heeft kunnen maken van zijn vakantierechten wegens ziekte, niet verandert wanneer de werknemer pas lopende het referentiejaar ziek is geworden omdat dit voor hem onvoorzienbaar was. De Nederlandse regering gaat ervan uit dat ook in deze situatie de mogelijkheid om vakantie op te nemen over de gehele referentieperiode beoordeeld zal moeten worden. Daarnaast wordt door de regering gesteld dat de zieke werknemer die maar voor een deel van de overeengekomen arbeidsduur kan re-integreren, wel voor het volle pond vakantie zal moeten opnemen op straffe van verval. Voor het deel dat de werknemer is vrijgesteld van re-integratieverplichtingen zal deze echter ook daadwerkelijk ziekteverlof genieten. Uit Pereda volgt dan dat de werknemer het recht heeft om (voor dit gedeelte) vakantie op te nemen buiten de periode van ziekteverlof.

Om de eventuele strijd van de Nederlandse wetgeving met het Europese recht met volle zekerheid te kunnen beoordelen is een direct antwoord door het Europese Hof op de volgende vraag nodig: Wanneer de nationale wetgeving de samenloop van vakantie met ziekteverlof niet verbiedt, zoals juist wel het geval was in alle 'Duitse' zaken (Schultz-Hoff/Stringer, KHS en Neidel), is de mogelijkheid om vakantie te genieten gedurende ziekte dan afhankelijk van de concrete omstandigheden of, zoals in Pereda, van de wens van de werknemer? De Nederlandse rechter zou op grond van het Europese recht verplicht zijn om bij de toepassing van artikel 7:640a BW prejudiciële vragen te stellen, gezien de gerede twijfel over de verenigbaarheid van de Nederlandse vervaltermijn met de Arbeidstijdenrichtlijn. Of dit ook binnen afzienbare tijd zal gebeuren, is gezien de terughoudendheid van de Nederlandse rechter in dit opzicht de vraag. Vanuit dit oogpunt zou het wellicht verstandiger zijn voor de Nederlandse wetgever om na KHS enige reparaties te verrichten. Met een vervaltermijn die de twaalf maanden overstijgt

en géén uitzondering kent, kunnen veel rechtszaken worden voorkomen. Vooral bij einde dienstverband staat de werknemer weinig in de weg om beroep te doen op de uitzondering van artikel 7:640a BW, niet alleen vanwege de mogelijke strijd met het Europese recht, maar ook omdat de norm van het wel of niet in staat zijn geweest vakantie op te nemen sowieso tot discussie aanleiding geeft.

Een verlenging van de Nederlandse vervaltermijn tot meer dan twaalf maanden leidt weliswaar tot meer accumulatie van rechten, maar ik ben minder bevreesd dan sommige anderen dat het juist de Europese eisen zijn die tot 'stuwmeren van vakantiedagen' leiden en dito kosten.⁸⁷ Deze stuwmeren lijken toch voornamelijk toe te rekenen aan de cumulatie van de in Nederland gebruikelijke hoeveelheid adv-dagen en bovenwettelijke vakantiedagen. Aan het verval van bovenwettelijke dagen wordt geen enkele Europese eis gesteld, en hoeveel werknemers zijn het die inderdaad minder dan het wettelijk minimum van vier weken vakantie opnemen in een kalenderjaar?⁸⁸ Alleen bij langdurig arbeidsongeschikte werknemers zonder enig uitzicht op herstel staat vast dat dit de werkgever, als gevolg van het Europese vakantiegrondrecht, maximaal iets minder dan twee of drie maandsalarissen (acht of twaalf weken vakantierecht) kost bij de beëindiging van het dienstverband na twee jaar arbeidsongeschiktheid, afhankelijk van wanneer de werknemer ziek is geworden in het kalenderjaar.

87 Bijvoorbeeld D.F. Berkhout, Het Schultz-Hoff-arrest: nooit te ziek voor vakantie, TAP 2009/3, p. 107-1112.

88 Na een overgangperiode zullen vakantiedagen in de nieuwe situatie eerst van het minimum-tegoed afgeboekt moeten worden, omdat deze rechten in de regel ook als eerste zullen vervallen.