Holiday Blues

Elke werknemer in Nederland heeft recht op vakantie. Uitzonderingen daargelaten, verwerft iedere werknemer ingevolge art. 7:634 BW vier maal de overeengekomen wekelijkse arbeidsduur aan vakantiedagen. Voor de voltijder betekent dat, dat hij jaarlijkse recht heeft op twintig vakantiedagen. Zoals bekend, worden aan de meeste werknemers in de praktijk meer vakantiedagen toegekend. Het aantal vakantiedagen kan, afhankelijk van functie en/of leeftijd, variëren van de wettelijke twintig voor jonge werknemers die niet onder een CAO vallen, tot in de dertig voor oudere werknemers met hoge functies en dito salarissen.

Niet altijd worden deze dagen elk kalenderjaar verbruikt. De vraag die dan opkomt, en voor welke vraag de meeste personeelsfunctionarissen in bedrijven een al dan niet juridisch verantwoord antwoord hebben geformuleerd, is wat met deze dagen mag geschieden. Werkgevers hebben er belang bij te voorkomen dat 'vakantiestuwmeren' ontstaan; een risico dat zich verwezenlijkt wanneer werknemers jaar na jaar te weinig vakantiedagen opnemen, waardoor op een zeker moment een overvloed aan dagen kan ontstaan. Deze overvloed kan om bedrijfsorganisatorische redenen zelden in één keer worden opgenomen, hetgeen ertoe kan leiden dat de werkgever jarenlang moet blijven bijhouden hoeveel vakantiedagen elke werknemer nog uit voorgaande jaren tegoed heeft. Hoewel het nog voorkomt, menen veel werkgevers (gelukkig) dat het wat al te cru is te bepalen dat vakantiedagen op enig moment – bijvoorbeeld een half jaar na het verstrijken van het jaar waarin de vakantiedagen zijn opgebouwd – zullen zijn vervallen. Om de werkgever enerzijds tegemoet te komen in zijn wens het aantal openstaande vakantiedagen binnen de perken te houden, maar anderzijds de werknemer te compenseren voor niet-opgenomen dagen, maakt de wet het mogelijk een dergelijke overvloed tussentijds af te kopen. Het moet wel gaan om de bovenwettelijke dagen, daar aan de recuperatiefunctie van vakantie niet mag worden getornd. Om die redenen bepaalt art. 7:640 lid 2 BW dat de afkoop van vakantiedagen vóór het einde van de arbeidsovereenkomst slechts is toegestaan indien en voor zover het gaat om dagen die het wettelijke minimum (voor de voltijder: twintig dagen) te boven gaan. Afwijking is niet mogelijk, zie art. 7:645 BW.

Deze introductie leidt mij tot het onderwerp van deze bijdrage: het geschil tussen de FNV en de Staat over de afkoop van vakantiedagen, welk geschil leidde tot een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 3 maart 2005 (JAR 2005/83). Dat ik dit geschil nu oprakel, komt omdat het Haagse Hof het Hof van Justitie een prejudiciële vraag heeft gesteld over de uitleg van art. 7 van Richtlijn 93/104/EG, het artikel waarop het hiervoor genoemde art. 7:640 BW over afkoop is gebaseerd. De inhoud van beide bepalingen is nagenoeg gelijk. Advocaat-Generaal Kokott heeft op 12 januari jl. in de zaak geconcludeerd. Volgt het Europese Hof deze conclusie, dan zal de FNV uiteindelijk in het gelijk worden gesteld en zal de door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgebrachte folder "Nieuwe vakantiewetgeving: meer ruimte voor maatwerk" moeten worden herschreven. In deze folder is onder meer het volgende te lezen: "Het huis moet nodig opgeknapt. Kan een werknemer in ruil voor zijn opgespaarde vakantiedagen geld krijgen? Ja, maar… Extra vakantiedagen mogen voortaan worden afgekocht. Het gaat dan om vakantiedagen boven het verplichte minimum aantal dagen per jaar of om dagen die zijn gespaard in voorgaande jaren. Voorbeeld: Een werknemer met een volledige baan heeft 50 opgespaarde vakantiedagen en wil die verkopen aan zijn werkgever. Hij heeft nog geen vakantie opgenomen dat jaar. Hij kan dan maximaal 50-20 (wettelijk minimum) = 30 dagen verkopen."

De FNV viel over deze tekst, omdat hieruit niet duidelijk naar voren zou komen dat afkoop niet is toegestaan indien het gaat om de afkoop van het minimumaantal wettelijke vakantiedagen dat in *voorafgaande* jaren is opgebouwd. Volgens de FNV is een dergelijke afkoop niet mogelijk: de wettekst maakt duidelijk dat slechts vakantiedagen boven het wettelijke minimum voor afkoop in aanmerking komen. Vakantiedagen die binnen het wettelijke minimum vallen kunnen alleen bij het einde van de arbeidsovereenkomst worden afgekocht (art. 7:641 BW). Het doet er daarbij niet toe of het wettelijke minimum in enig jaar niet is opgenomen; die dagen moeten dan maar in een ander jaar alsnog worden opgenomen. De FNV vreest dat een andere uitleg werknemers blootstelt aan het gevaar dat zij door de werkgever onder druk worden gezet de minimumvakantie niet op te nemen. Denkbaar is dat de werknemer telkens zijn minimumvakantie niet opneemt en deze dagen het volgende jaar laat afkopen. Een werkgever zou zo in feite kunnen voorkomen dat een werknemer vakantie opneemt.

Uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 1999-2000, 27 079, nr. 3, p. 5 en 6) blijkt de visie van de regering, zoals die ook in de gewraakte folder tot uitdrukking komt: "Ook kon de regering instemmen met het standpunt van de raad dat voor afkoop van vakantieaanspraken tijdens dienstbetrekking alle op dat moment verworven vakantieaanspraken, voorzover zij het minimum van artikel 7:634 te boven gaan, in aanmerking komen. De regering is van mening dat artikel 7 lid 2 van de EU-Richtlijn 93/104/EG zich daartegen niet verzet. Artikel 7 lid 1 van deze richtlijn legt de lidstaten de verplichting op om de nodige maatregelen te nemen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van minimaal vier weken wordt toegekend. Artikel 7:634 garandeert een wettelijke minimumvakantie van vier weken per jaar. De interpretatie, dat overgebleven minimumvakantiedagen in een bepaald jaar, die dus onder het afkoopverbod vallen in dát jaar, het daarop volgend jaar wel voor afkoop in aanmerking komen, wordt niet in strijd geacht met artikel 7 lid 2 van genoemde richtlijn. Het nieuwe tweede lid van artikel 7:640 BW van wetsvoorstel 26 079 maakt immers afkoop van de vakantieaanspraken mogelijk, die het wettelijk minimum in een jaar te boven gaan. Ieder jaar opnieuw wordt een minimumvakantie verworven, die in dat jaar blijft uitgesloten van de in lid 2 gecreëerde mogelijkheid van afkoop." Het opmerken waard is dat een regeling om de afkoop van minimumvakantiedagen te voorkomen tijdens de parlementaire behandeling is afgewezen.

A-G Kokott volgt het standpunt van de FNV. Zij wijst erop dat het woord "minimumvakantie" niet anders kan worden uitgelegd dan als de minimumperiode die elk jaar daadwerkelijk als vakantie moet worden opgenomen om een passende jaarlijkse rusttijd in de zin van de vijfde overweging van de considerans van de Arbeidstijdrichtlijn te waarborgen. Daarbij trekt zij een parallel met art. 137 van het EG-Verdrag: de richtlijn is erop gericht de levensomstandigheden, arbeidsvoorwaarden, de veiligheid op het werk en de bescherming van de gezondheid van de werknemers te verbeteren. Uit haar grammaticale uitleg van de richtlijn volgt voorts tevens dat, anders dan de Nederlandse regering meent, de minimumvakantie niet na verloop van tijd als extra vakantiedagen kan worden gezien, waarvoor een financiële vergoeding kan worden betaald. Het door de FNV gevreesde misbruikgevaar acht ook zij aanwezig.

Hoewel de gedachten die tot de conclusie leiden mij bevredigen, heb ik enkele vraagpunten. Laat ik hiertoe advocaat van de duivel spelen; het navolgende betekent niet dat ik zou menen dat de FNV geen gelijk zou moeten krijgen (integendeel). Het is maar de vraag of "de levensomstandigheden, arbeidsvoorwaarden, de veiligheid op het werk en de bescherming van de gezondheid van de werknemers" schade lijden indien de in het verleden opgebouwde minimumvakantie niet wordt opgenomen. Is het goed voor een werknemer die

in voltijd werkt wanneer hij in 2006 zijn twintig dagen uit 2005 (eventueel vermeerderd met de extra dagen die hij niet had opgenomen) alsnog kan opnemen? Alleen al uitgaande van het wettelijke minimum zou een werknemer wiens dagen in enig jaar niet zijn opgenomen, het jaar erop, indien hij alle dagen opneemt, twee maanden van het werk weg zijn. Dat lijkt mij in sommige gevallen erg storend voor de normale bedrijfsvoering. Daar heeft ook de werknemer, afgezien van de enkeling die een 'sabbatical' heeft gepland, geen belang bij. De werkgever zou zo veel vakantie in één jaar waarschijnlijk veelal op basis van art. 7:638 lid 2 BW kunnen tegenhouden. Ik stel mij voor dat veel werknemers het juist prettig vinden hun - om welke reden dan ook – niet-opgenomen vakantiedagen te laten afkopen, ook indien het niet gaat om de verbouwing van hun huis. Een lange vakantie kan zelfs leiden tot de holiday blues: een niet alleen bij workaholics opkomend gevoel van eenzaamheid en droefenis dat een werknemer tijdens de vakantie kan overvallen, in weerwil van de gedachte dat vakantie een periode van vrolijkheid en optimisme zou moeten zijn. De A-G zegt hier weinig over, en wat zij zegt, overtuigt mij niet: "Weliswaar kan de nodige minimumvakantie na afloop van het jaar als zodanig niet meer worden ingehaald, maar het opnemen van overgedragen vakantiedagen bovenop de minimumvakantie van het daaropvolgende jaar zou de gezondheid en de veiligheid op het werk eveneens positief beïnvloeden. Dit is niet het geval wanneer de werknemer tegen vergoeding afstand doet van de overgedragen delen van de jaarlijkse minimumvakantie."

Weliswaar bepaalt de wet duidelijk dat de werkgever verplicht is de werknemer zijn minimumvakantie te laten opnemen (zie art. 7:638 lid 1 BW, dat mijns inziens vóór het zojuist besproken tweede lid gaat), maar deze bepaling, noch enige andere bepaling, geeft antwoord op de vraag wie het risico draagt indien dat om wat voor reden dan ook niet is gelukt. De A-G zegt hier ook niets over. Dat brengt mij op het volgende: de Europese Commissie had tevens de vraag gesteld in hoeverre het overdragen van delen van de jaarlijkse minimumvakantie überhaupt verenigbaar is met de Arbeidstijdenrichtlijn. De A-G meent dat deze vraag onbeantwoord kan blijven, al geeft zij niettemin een antwoord: "De Commissie is (…) van mening dat overgedragen vakantierechten geldig blijven, zelfs indien de overdracht onverenigbaar is met de Arbeidstijdenrichtlijn. Hiermee moet in zoverre worden ingestemd, dat de Arbeidstijdenrichtlijn duidelijk niet aldus kan worden uitgelegd dat zij in *elk* denkbaar geval in de weg staat aan de effectieve overdracht van de jaarlijkse minimumvakantie." (r.o. 25). In een voetnoot voegt de A-G hieraan toe dat, indien het Hof de vraag niettemin zou beantwoorden, aansluiting bij Verdrag nr. 132 van de IAO betreffende de jaarlijkse vakantie met behoud van loon in de rede ligt. Ingevolge art. 9 van dat verdrag is overdragen in beginsel mogelijk, maar moet ten minste een deel van de minimumvakantie kort na het einde van het jaar waarin het recht is ontstaan, worden opgenomen.

Dat roept een interessante vraag op, en ik hoop daarom dat het Hof de vraag van de Commissie toch wil beantwoorden. Niet alleen is het interessant te vernemen wat nog als "kort" kan worden beschouwd, tevens en vooral zou ik willen weten wat de rechtsgevolgen zijn indien deze dagen – let wel: het gaat nog steeds over minimumvakantiedagen – níét kort na het einde van het jaar worden opgenomen. Verval van deze dagen lijkt mij in strijd met de beschermingsgedachte van de richtlijn. Het is immers niet per se de schuld van de werknemer dat de vakantie niet is opgenomen. De sanctie zou ook kunnen zijn dat de werkgever een schadevergoeding moet betalen, al is de wettelijke basis hiervoor niet eenvoudig te vinden. Een dergelijke schadevergoeding heeft echter slechts zin, indien hiermee niet de dagen zelf vervallen. Anders zou de schadevergoeding in effect hetzelfde zijn als het uitbetalen van de dagen – iets waartegen de FNV en de A-G zich juist keren. Zou niettemin langs die lijn moeten worden gedacht – en ik acht dat zeker niet onwaarschijnlijk -

dan is te begrijpen dat de vraag van de Commissie wel degelijk van direct belang is voor de hoofdvraag. Dan zou immers kunnen worden aangenomen dat uitbetaling/vergoeding van het minimumaantal vakantiedagen mogelijk is, als dat maar niet geschiedt "kort" na het einde van het jaar waarin deze dagen zijn opgebouwd. Zou het Hof aldus beslissen, dan gaat een deel van de recuperatiefunctie verloren, waarbij ik, anders dan de A-G, aanteken dat het maar de vraag is of van die functie in de voorliggende casus veel moet worden verwacht. Net zoals men maar in zeer beperkte mate vooruit kan eten, drinken en slapen, kan een extra lange vakantie de in het vorige jaar gedane 'recuperatieschade' niet of in zeer beperkte mate repareren.