

het fonds eerder had kunnen aandringen op aanpassing van de omschrijving.

mr. F. Hoppers-Rademaker
advocaat bij Dirkzwager

47

Geen verjaring vakantiedagen als werknemer deze niet heeft kunnen opnemen

Gerechtshof Den Haag
16 november 2021, nr. 200.291.706/01,
ECLI:NL:GHDHA:2021:2386
(mr. Van Kooten, mr. Ruizeveld, mr. Sick)
Noot mr. I. Arts

Werknemer redelijkerwijs niet in staat gesteld tot opnemen vakantiedagen. Vakantiedagen niet vervallen en ook niet verjaard. Max Planck-arrest.

[BW art. 3:317 lid 1, 7:634, 7:640a, 7:641, 7:642, 7:671b; Richtlijn 2003/88/EG art. 7; Handvest grondrechten EU art. 31 lid 2]

De werknemer is op 7 november 2005 bij de werkgever in dienst getreden als advocaat. De werknemer had recht op 25 vakantiedagen per jaar. Sinds begin 2018 hebben partijen een geschil over het aantal door de werknemer niet-genoten vakantiedagen. Dit geschil is ernstig geëscaleerd. Uiteindelijk heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2021 ontbonden. Daarbij heeft de kantonrechter geoordeeld dat de werknemer recht heeft op een vergoeding voor 22 niet-genoten vakantiedagen in plaats van de door hem gevraagde 256,5 dagen. In hoger beroep verzoekt de werknemer vergoeding van 222,25 (resterende) dagen.

Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat niet kan worden vastgesteld of één der partijen ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, zodat de werknemer geen recht heeft op een billijke vergoeding, maar wel op de transitievergoeding. Het is voldoende komen vast te staan dat de werknemer tijdens zijn dienstverband in totaal 251,25 niet-genoten vakantiedagen heeft opgebouwd. De wettelijke vakantiedagen zijn niet komen te vervallen op grond van art. 7:640a BW, nu de

werkgever onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat hijogens de werknemer aan zijn zorg- en informatieverplichting heeft voldaan. Niet duidelijk is hoe concreet en actief de werkgever in de periode 2012-2019 ervoor heeft gezorgd dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid had zijn vakantiedagen op te nemen, of hij de werknemer zo nodig daartoe formeel heeft aangezet, en of hij de werknemer tijdig over het verval van zijn vakantiedagen heeft geïnformeerd. De wettelijke vakantiedagen zijn evenmin verjaard uit hoofde van art. 7:642 BW. Art. 7:642 BW laat, in strijd met art. 7 Richtlijn 2003/88/EG en de uitleg daarvan door het Hof van Justitie, geen ruimte voor het geval waarin een vordering tot toekenning van vakantiedagen niet verjaart doordat de werknemer niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Het artikel moet daarom buiten toepassing blijven. De bovenwettelijke vakantiedagen zijn ook niet verjaard, omdat de werknemer de verjaring daarvan tijdig heeft gestuit. De 222,25 nog resterende vakantiedagen (na betaling van de 22 dagen) moeten dus ook worden uitbetaald.

NB. In «JAR» 2018/17 (King) overwoog het HvJ EU dat King, nadat was vastgesteld dat hij werknemer was in plaats van zelfstandige, nog recht had op vergoeding van niet-genoten vakantiedagen over de duur van zijn dienstverband, nu hij niet in staat was geweest om deze op te nemen. Annotator Funke schreef reeds toen dat dit arrest zou moeten leiden tot aanpassing of buiten toepassing laten van art. 7:642 BW in gevallen waarin een werknemer niet in staat was geweest om vakantie op te nemen. Wanneer dit het geval is, is nader uitgewerkt in het Max Planck-arrest: HvJ EU, «JAR» 2018/318, m.nt. Funke.

[Appellant] te [woonplaats], verzoeker in het principaal hoger beroep, verweerder in het incidenteel hoger beroep, hierna te noemen: [appellant], advocaat: mr. J.C.A. Ettema te Wassenaar, tegen [geïntimeerde], handelend onder de naam [naam] advocaten en belastingadviseurs, te Voorschoten en kantoorhoudende te Den Haag, verweerder in het principaal hoger beroep, verzoeker in het incidenteel hoger beroep, hierna te noemen: [geïntimeerde], advocaat: mr. E.V.H. van Tricht te Middelharnis.

Waar deze zaak over gaat

(...)

Het procesverloop in hoger beroep

(...)

De feiten

2.1. De kantonrechter heeft in rov. 2 van de bestreden beschikking een aantal feiten vastgesteld. Tegen een deel van deze feitenvaststelling maakt [appellant] in zijn beroepschrift bezwaar (beroepsgronden I-III). Het hof zal bij de beoordeling deels van andere feiten uitgaan dan de kantonrechter. In zoverre heeft [appellant] bij zijn bezwaar geen belang. Voor het overige zal het hof zijn bezwaar bij de beoordeling in aanmerking nemen.

2.2. Samengevat gaat het in deze zaak om het volgende.

(a) [appellant], geboren [geboortedatum], is op 7 november 2005 in dienst getreden bij [geïntimeerde]. De laatste functie die [appellant] vervulde, is die van advocaat, met een salaris van € 6.300,- bruto per maand, exclusief 8% vakantietoeslag, en met een dertiende maand. In de arbeidsovereenkomst tussen partijen is opgenomen dat de arbeidstijd 40 uur per week bedraagt en dat [appellant] recht heeft op 25 vakantiedagen per kalenderjaar, uitgaande van een werkweek van 40 uur.

(b) Sinds begin 2018 hebben partijen een geschil over het aantal door [appellant] niet-genoten vakantiedagen (hierna ook: het vakantiedagenconflict).

(c) Het vakantiedagenconflict heeft bijgedragen aan de verslechtering van de arbeidsverhouding tussen partijen.

(d) Op 18 maart 2019 heeft [geïntimeerde] [appellant] op non-actief gesteld. Nadien heeft [appellant] zijn werkzaamheden hervat.

(e) Bemiddeling door de deken van advocaten en (een poging tot) mediation hebben niet tot een oplossing van het geschil of verbetering van de arbeidsverhouding van partijen geleid.

(f) Op 22 september 2020 heeft [geïntimeerde] [appellant] opnieuw op non-actief gesteld. [appellant] heeft zijn werkzaamheden daarna niet meer hervat.

(g) Op 26 februari 2020 heeft [appellant] [geïntimeerde] gedagvaard voor de kantonrechter in de rechtbank Den Haag en een vordering met betrekking tot niet-genoten vakantiedagen inge-

steld. [geïntimeerde] is op 19 juni 2020 bij dezelfde kantonrechter een verzoekschriftprocedure tot onder ontbinding van de arbeidsovereenkomst begonnen. Bij vonnis van 25 november 2020 van de kantonrechter is [appellant] niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering. Deze vordering heeft [appellant] als tegenverzoek ingediend in de door [geïntimeerde] ingeleide procedure.

De procedure bij de kantonrechter

3.1. In de procedure bij de kantonrechter heeft [geïntimeerde] verzocht de arbeidsovereenkomst met [appellant] zonder toekenning van een vergoeding te ontbinden op grond van art. 7:671b lid 1, aanhef en sub a, BW, gelezen in verbinding met art. 7:669 lid 3, aanhef en sub e, g en i, BW. Aan dit verzoek heeft [geïntimeerde] onder andere ten grondslag gelegd, kort weergegeven, dat aan de zijde van [appellant] sprake is van werkweigering, weigering om uren te verantwoorden, weigering aan acquisitie te doen, het opnemen van interne gesprekken op kantoor en het uitschelden van kantoorgenoten. [appellant] heeft hiertegen verweer gevoerd en zich op het standpunt gesteld dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen dan wel toegewezen onder toekenning van een billijke vergoeding van € 175.896,- bruto en een transitievergoeding. Hij heeft daartoe aangevoerd, samengevat, dat toen hij begin 2018 de nog openstaande vakantiedagen ter sprake bracht [geïntimeerde] reageerde met de meest extreme beschuldigingen, treiterijen, aanpassing van de werktijden, het opleggen van onhaalbare verplichtingen, het fysiek bedreigen van [appellant] en het uitmaken van [appellant] voor 'maagd'.

3.2. Bij wijze van tegenverzoek heeft [appellant] verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:671c BW, onder toekenning van een billijke vergoeding van € 175.896,- bruto en een transitievergoeding. Daarnaast heeft [appellant] verzocht om uitbetaling van € 86.101,09 bruto voor 256,5 opgebouwde maar niet-genoten vakantiedagen tot en met 31 december 2019 en een eindafrekening. [geïntimeerde] heeft hiertegen verweer gevoerd.

3.3. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek van [geïntimeerde] wegens een verstoorde arbeidsverhouding toegewezen en de arbeidsovereenkomst tussen partijen met toepassing van art. 7:671b lid 9, aanhef en onder a, BW ontbonden met ingang van 1 januari 2021. Dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is

van ernstig verwijtbaar handelen van (overwegend) [appellant] of [geïntimeerde], heeft de kantonrechter niet kunnen vaststellen. Daarom is het verzoek van [appellant] om een billijke vergoeding afgewezen; zijn verzoek om een transitievergoeding is toegewezen voor een bedrag van € 37.015,91 bruto. Verder heeft de kantonrechter geoordeeld dat [geïntimeerde] voldoende aanneemelijk heeft gemaakt dat per 10 september 2020 nog 22 vakantiedagen openstaan en hem veroordeeld tot uitbetaling van het netto equivalent van een brutobedrag daarvan en tot het verstrekken van een eindafrekening. De proceskosten heeft de kantonrechter gecompenseerd.

Het hoger beroep

4.1. In hoger beroep verzoekt [appellant] (naar het hof begrijpt:) gedeeltelijke vernietiging van de beschikking van de kantonrechter. Daartoe voert [appellant] zeven bezwaren (beroepsgronden) aan. [appellant] wil dat het hof [geïntimeerde] zal veroordelen tot betaling van

i) een bedrag van € 74.604,88 bruto als vergoeding voor 222,25 opgebouwde maar niet-genoten vakantiedagen op de voet van art. 7:641 lid 1 BW, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van art. 7:625 BW, en te vermeerderen met de wettelijke rente over zowel de vergoeding als de wettelijke verhoging vanaf 1 januari 2021, en

ii) een billijke vergoeding van € 195.000,-- bruto, met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten van de procedure bij de kantonrechter en in hoger beroep.

4.2. [geïntimeerde] komt tot de conclusie (naar het hof begrijpt:) dat de beschikking, voor zover door [appellant] bestreden, moet worden bekrachtigd, althans dat de aanspraak op de wettelijke verhoging wordt gematigd en zo mogelijk op nihil wordt gesteld, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten van beide instanties.

4.3. Onder aanvoering van één beroepsgrond komt ook [geïntimeerde] in hoger beroep van de beschikking voor zover de kantonrechter hem heeft veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding en de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2021 heeft ontbonden. Zijn incidenteel hoger beroep strekt ertoe, samengevat, dat het hof de beschikking in zoverre zal vernietigen en vervolgens [appellant] zal veroordelen tot terugbetaling van de transitievergoeding en op grond van art. 7:671b lid 9, aanhef en onder b, BW de arbeidsovereenkomst tegen een eerdere datum zal ont-

binden, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten van beide instanties.

4.4. [appellant] concludeert in het incidenteel hoger beroep tot bekrachtiging van de bestreden beschikking en veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten daarvan.

De beoordeling van het hoger beroep

Eiswijziging

5.1. [appellant] heeft bij beroepschrift zijn eis gewijzigd. Zijn verzoek ziet nu op 222,25 opgebouwde maar niet-genoten vakantiedagen en houdt een vermeerdering met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente in. Daarnaast heeft hij zijn eis vermeerderd door als billijke vergoeding een bedrag van € 195.000,-- bruto te verzoeken. [geïntimeerde] heeft hiertegen geen bezwaar gemaakt. Naar het oordeel van het hof is deze eiswijziging niet in strijd met de eisen van een goede procesorde. Het hof zal daarom recht doen op de gewijzigde eis.

Ernstig verwijtbaar handelen

5.2. Het hof ziet aanleiding eerst beroepsgrond VII van het principaal hoger beroep en het incidenteel hoger beroep te beoordelen. Hiermee stellen partijen de vraag aan de orde of [geïntimeerde] dan wel [appellant] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld in de zin van art. 7:671b lid 2, aanhef en onder b, BW (billijke vergoeding) respectievelijk art. 7:673 lid 7, aanhef en onder c, BW (transitievergoeding) en art. 7:671b lid 9, aanhef en onder b, BW (tijdstipbepaling einde arbeidsovereenkomst). Bij de beantwoording van deze vraag neemt het hof in ogenschouw dat deze bepalingen met terughoudendheid moeten worden toegepast. Zij zijn alleen van toepassing in uitzonderlijke gevallen, waarin evident is dat het tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidende handelen van de werkgever of de werknemer niet slechts als verwijtbaar, maar als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt.

5.3. De kantonrechter heeft vastgesteld dat partijen elkaar betichten van ernstig verwijtbaar handelen en heeft daarover in rov. 5.1 het volgende overwogen:

‘Op basis van de vele overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting, kan de kantonrechter vaststellen dat de arbeidsverhouding tussen partijen duurzaam en ernstig is verstoord, maar zij kan niet vaststellen wie daarvan overwegend een

verwijft treft. Enerzijds valt uit door de werknemer overgelegde verklaringen van oud medewerkers over de jaren 2003 tot medio 2007 en een verweerschrift in een ontbindingszaak van een oud medewerkster van de werkgever uit 2012 te lezen dat geen prettige, explosieve sfeer op kantoor heerste met woedeaanvallen en stemmingswisselingen van de werkgever waardoor de sfeer plots kon omslaan. Anderzijds valt uit door de werkgever overgelegde verklaringen van secretaresses onder meer te lezen dat de werknemer wordt omschreven als een tiran die secretaresses uitscheldt en bedreigt. Partijen hebben hier over en weer een andere visie op die lijnrecht tegenover elkaar staat. Uit de vele overgelegde stukken, en dan met name de e-mails tussen partijen, en het verhandelde ter zitting komt naar het oordeel van de kantonrechter een beeld naar voren waarin partijen elkaar – al dan niet naar aanleiding van het vakantiedagenconflict – beschuldigen en zwartmaken en waarin zij over en weer elkaars aantijgingen ontkennen. Daar komt bij dat uit het dossier naar voren komt dat de werknemer op 23 november 2019 een e-mail heeft gestuurd aan zijn werkgever dat hij die maandag vakantiedagen op zou gaan nemen als er geen duidelijke afspraken over de vakantiedagen zouden komen hetgeen heeft geresulteerd in een hoog oplopend conflict tussen partijen waarbij de deken om bemiddeling is gevraagd waarna de werknemer alsnog al zijn werkzaamheden voor de werkgever heeft afgerond. Het conflict over de vakantiedagen was echter nog niet opgelost. Partijen hebben tevergeefs mediation geprobeerd en verwijten elkaar het mislukken hiervan. De werknemer heeft de werkgever vervolgens bij dagvaarding van 26 februari 2020 gedagvaard in verband met het vakantiedagenconflict. Tot [appellant] komt uit de stukken naar voren dat de werknemer twee tuchtklachten tegen zowel de werkgever als tegen zijn gemachtigde bij de Orde van Advocaten heeft ingediend. (...) De kantonrechter ziet geen aanleiding om (...) de arbeidsovereenkomst eerder te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 9 sub b BW nu niet vastgesteld kan worden dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer’,

en in rov. 5.2:

‘Gelet op artikel 7:671b lid 9 sub c BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsover-

eenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. (...) Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor nu, zoals hiervoor reeds overwogen, de kantonrechter op basis van de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting niet kan vaststellen wie overwegend een (ernstig) verwijft treft van de verstoorde arbeidsverhouding.’

5.4. Het hof verenigt zich met deze overwegingen en oordelen en maakt deze tot de zijne. Het beeld waarin partijen – al dan niet naar aanleiding van het vakantiedagenconflict – elkaars beschuldigen en zwartmaken en waarin zij over en weer elkaars aantijgingen ontkennen, vindt verdere bevestiging in de in hoger beroep overgelegde stukken en wat tijdens de zitting in hoger beroep door partijen naar voren is gebracht. Illustratief hiervoor zijn de ten opzichte van de procedure bij de kantonrechter nieuwe verwijten van [geïntimeerde] dat [appellant] de e-mailbox van zijn collega [collega] heeft gemanipuleerd, dat [appellant] (‘hoogstwaarschijnlijk’) bij al zijn collega’s en in ieder geval bij [geïntimeerde] een automatische doorstuurregel heeft geïnstalleerd (‘in 2016 maar waarschijnlijk al veel eerder’) en dat ([geïntimeerde] ‘van mening [is] dat het aannemelijk is dat’) [appellant] bestanden heeft gemanipuleerd en uit de e-mailbox van [geïntimeerde] heeft verwijderd (verweerschrift in hoger beroep, nrs. 17-25, onder het kopje ‘Manipulaties door mr. [appellant]’), en de reactie hierop van [appellant] (verweerschrift in incidenteel appel, nrs. 27-39, onder het kopje ‘Manipulaties van de heer [appellant]?: neen’). [appellant] leest hierin opnieuw een voorbeeld van de wijze van procederen door [geïntimeerde] waarbij deze met nieuwe, ongefundeerde, onbewezen en aantoonbaar onjuiste beschuldigingen de discussie van de inhoud naar de persoon van [appellant] verlegt. Op zijn beurt ontkent [geïntimeerde] dat de discussie met [appellant] over diens vakantiedagen de aanleiding heeft gevormd voor de duurzame verstoring van hun arbeidsrelatie, en stelt hij zich op het standpunt dat die verstoring het rechtstreekse gevolg is geweest van [appellant] werkweigeringen en van de houding en opstelling van [appellant] toen hem bleek dat hij in de vakantiedagenkwestie zijn zin niet kreeg. [geïntimeerde] stelt in hoger beroep verder vast dat [appellant] met het verspreiden van privégegevens van [geïntimeerde], scheldpartijen in persoon en op schrift onder andere tegen [geïntimeerde], zijn overleden vader, zijn zoon en zijn

vrouw, hem zo veel als mogelijk probeert te beschadigen, en dat [appellant] er plezier in lijkt te hebben dat hij niet kan worden tegengehouden.

5.5. Uit het voorgaande volgt niet alleen dat sprake is van een ernstig verstoorde arbeidsverhouding en dat herplaatsing (binnen een redelijke termijn) niet in de rede ligt – zoals ook de kantonrechter heeft overwogen (rov. 5.1) en in hoger beroep niet is bestreden –, maar ook dat in dit woud van beschuldigingen en ontkenningen over en weer, waar bovendien de ene beschuldiging niet zelden de andere lijkt te hebben uitgelokt en partijen bij elkaar (zeker voor advocaten) bepaald ongepast gedrag hebben losgemaakt, niet kan worden geoordeeld dat [geïntimeerde] dan wel [appellant] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Zo begrijpt het hof ook het oordeel van de kantonrechter dat zij niet kan vaststellen wie van beide partijen de verstoorde arbeidsverhouding overwegend valt te verwijten. Dat het tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidende handelen van [geïntimeerde] of [appellant] evident niet slechts als verwijtbaar, maar als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt, laat zich in de gegeven omstandigheden niet vaststellen.

5.6. Beroepsgrond VII van het principaal hoger beroep en het incidenteel hoger beroep stuiten hierop af.

5.7. Met beroepsgronden IV, V en VI komt [appellant] op tegen de oordelen van de kantonrechter in rov. 5.9 van de bestreden beschikking dat op basis van de door [appellant] overgelegde Excel-sheets over de jaren 2016 en 2017 het aantal openstaande vakantiedagen niet kan worden vastgesteld, dat (ware dit anders) de vervaltermijn van art. 7:640a BW is gaan gelden voor de wettelijke vakantiedagen die zijn ontstaan na 1 januari 2012, en dat [geïntimeerde] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat – met toepassing van de wettelijke verval- en verjaringstermijnen – per 10 september 2020 nog 22 vakantiedagen openstaan. Deze beroepsgronden lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het hof overweegt hierover het volgende.

Aantal niet-opgenomen vakantiedagen

5.8. Op grond van zijn arbeidsovereenkomst met [geïntimeerde] heeft [appellant] recht op 25 vakantiedagen per kalenderjaar, uitgaande van een werkweek van veertig uur. [appellant] stelt dat hij sinds de aanvang van zijn dienstverband tot en met het einde daarvan op 31 december 2020 in

totaal 251,25 niet-genoten vakantiedagen heeft opgebouwd (waarvan – na uitbetaling door [geïntimeerde] van 22 vakantiedagen op grond van de beslissing van de kantonrechter en 7 vakantiedagen over de periode van 10 september 2020 tot en met 31 december 2020 – 222,25 vakantiedagen voor vergoeding resterend). [appellant] zal het door hem gestelde tegood aan vakantiedagen moeten bewijzen indien [geïntimeerde] voldoende gemotiveerd heeft betwist dat aan [appellant] nog vakantiedagen toekomen. In verband met het bepaalde in art. 7:641 lid 2 BW, waarin ervan wordt uitgegaan dat de werkgever verplicht is administratie bij te houden van de door de werknemer genoten vakantiedagen, zal [geïntimeerde] in beginsel zijn betwisting mede moeten motiveren aan de hand van de uit deze administratie blijken- de gegevens die dan ook door [geïntimeerde] in het geding moeten worden gebracht.¹

5.9. [appellant] heeft het tegood van 251,25 openstaande vakantiedagen gebaseerd op op hem betrekking hebbende vakantiedagenoverzichten die hij in de vorm van Excel-bestanden van [geïntimeerde] heeft ontvangen. Het ene overzicht – de door de kantonrechter bedoelde Excel sheets over de jaren 2016 en 2017, (nogmaals) overgelegd als productie 4 bij beroepschrift – vermeldt:

‘Vakantiedagen voor 2017: 25 + 239,5 (over van 2016) = 264,5’

Het saldo aan tot en met 2016 niet-opgenomen vakantiedagen van 239,5 (‘over van 2016’) komt nagenoeg (op 0,25 vakantiedag na) overeen met het opgetelde aantal gecumuleerde niet-genoten vakantiedagen die in het andere – als productie 5 bij beroepschrift overgelegde – overzicht zijn opgenomen. In dit tot en met 17 mei 2019 bijgewerkte overzicht zijn per jaar de niet-opgenomen (en opgenomen) vakantiedagen sinds 2005 verwerkt. Het eindsaldo van 251,25 openstaande vakantiedagen heeft [appellant] verder berekend – en weergegeven in een tabel in nr. 101 van zijn beroepschrift – aan de hand van de over 2017 tot en met 2020 per jaar gecumuleerde niet-opgenomen vakantiedagen, de opbouw van 25 vakantiedagen en de opgenomen vakantiedagen. Daarbij is hij uitgegaan van hetzelfde aantal opgenomen vakantiedagen als [geïntimeerde] in het door hem ([geïntimeerde]) ter zitting van 11 september 2020 (als productie 26) overgelegde over-

¹ Vgl. HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8560.

zicht – een volgens [geïntimeerde] geactualiseerde versie van het overzicht van 17 mei 2019 – en een door [geïntimeerde] in hoger beroep (als productie 76) in geding gebrachte vakantiedagenregistratie van 1 januari 2017 tot en met 22 september 2020.

5.10. Met dit op gegevens van [geïntimeerde] zelf gebaseerde betoog, heeft [appellant] voldoende gemotiveerd gesteld dat hij gedurende zijn dienstverband in totaal 251,25 niet-genoten vakantiedagen heeft opgebouwd. Wat [geïntimeerde] ter betwisting daarvan heeft aangevoerd, kan niet tot een ander oordeel leiden. Ten aanzien van het overzicht van 17 mei 2019 heeft [geïntimeerde] opgemerkt dat dit een reconstructie betreft en dat in dit overzicht geen erkenning moet worden gelezen van het feit dat [appellant] tot en met 2012 of tot en met 2016 daadwerkelijk geen vakantiedagen heeft opgenomen. De bedoelde erkenning heeft [appellant] in het overzicht niet gelezen, en dat doet het hof evenmin. [geïntimeerde] miskent dat het overzicht van 2019 moet worden gezien in samenhang met het overzicht over 2016 en 2017 en dat het daarin genoemde saldo nagenoeg gelijk is aan het opgetelde aantal gecumuleerde niet-genoten vakantiedagen in het overzicht van 2019. Dat het overzicht van 2019 in dit opzicht onjuist is (gereconstrueerd), heeft [geïntimeerde] niet aangevoerd. Wel heeft [geïntimeerde] erop gewezen – kort weergegeven – dat uitgaande van het overzicht over 2016 en 2017 [appellant] in de periode van 7 november 2005 tot en met 31 december 2015 in totaal slechts 36,75 vakantiedagen zou hebben opgenomen en in 2016 slechts 2,5 vakantiedagen. In het licht van het opnamepatroon van [appellant] over 2011 en over 2017 tot en met 2020, zoals daarvan blijkt uit een door [appellant] in 2011 ingediende verlofaanvraag (van 8 tot en met 19 augustus) en de vakantiedagenregistratie van 1 januari 2017 tot en met 22 september 2020, is dat volgens [geïntimeerde] onaannemelijk en is ook onaannemelijk dat [appellant] per 1 januari 2017 239,5 vakantiedagen niet opgenomen zou hebben. Om hoeveel opgenomen en niet-opgenomen vakantiedagen (in totaal) het volgens [geïntimeerde] dan wel gaat, maakt hij niet duidelijk. Bovendien vallen deze onaannemelijkheden moeilijk te rijmen met de eigen stelling van [geïntimeerde] dat [appellant] ‘in de beginperiode van zijn dienstverband’ pertinent weigerde met vakantie te gaan en geen vakantiedagen wilde opnemen; desondanks is ‘mr. [geïntimeerde] van me-

ning dat mr. [appellant] van de in de jaren 2005 tot en met 2016 toegekende (...) vakantiedagen veel meer heeft opgenomen dan (...) 39,25 vakantiedagen, zoals mr. [appellant] nu stelt’ (verweerschrift in hoger beroep, nrs. 40, 44 en 56). De verklaring voor de vermelding van de extreem lage hoeveelheden opgenomen vakantiedagen in de vakantiedagenoverzichten is volgens [geïntimeerde] gelegen in het feit dat [appellant] ‘gedurende vrijwel zijn gehele dienstverband toegang had tot de digitale administratie van het kantoor waardoor hij de (...) vakantiedagenadministratie zelf aanpaste en kon manipuleren’ (verweerschrift in hoger beroep, nr. 57). De enkele omstandigheid dat [appellant] toegang had tot de vakantiedagenadministratie, brengt naar het oordeel van het hof echter niet mee dat hij die manipuleerde en daarin aanpassingen aanbracht. Ter onderbouwing van zijn stelling dat [appellant] wijzigingen in de vakantieadministratie aanbracht, verwijst [geïntimeerde] naar de schriftelijke verklaring van [betrokkene 1] van 8 september 2020 waarin zij haar door [appellant] in het geding gebrachte e-mailbericht van 24 januari 2013 als volgt toelicht:

‘De enige reden dat ik hem dit bericht heb gestuurd met het verzoek om de Excel sheet niet te verwijderen of te wijzigen is omdat [appellant] zelfstandig dit soort bestanden (urenstaten, km vergoeding, vrije dagen) ging aanpassen of verwijderen’ (productie 24 bij brief van 11 september 2020 van mr. Van Tricht aan de rechtbank, nr. 6). Deze verklaring heeft niet specifiek betrekking op de vakantiedagenadministratie of het overzicht over 2016 en 2017 maar op [appellant] omgang met ‘dit soort bestanden’ in een periode tot begin 2013. De aanvang van die periode en hoe [betrokkene 1] kennis heeft van het aanpassen door [appellant], blijkt daaruit niet. Wel blijkt daar uit dat zij in juli 2011 bij het kantoor van [geïntimeerde] in dienst is getreden, dat in de laatste maanden van 2012 ‘de terreur van [appellant] jegens mij’ zo groot was dat zij met veel tegenzin naar kantoor ging, en dat zij (ter vermijding van de door [appellant] veroorzaakte stress tegenwoordig vanuit huis) nog steeds voor het kantoor werkt. Gelet op deze omstandigheden, en gelet ook op het feit dat [betrokkene 1] met [geïntimeerde] is gehuwd en haar verklaring van na het vakantiedagenconflict dateert, kan deze verklaring niet dienen als een voldoende onderbouwing van de stelling van [geïntimeerde] dat [appellant] wijzigingen heeft

aangebracht in de vakantieadministratie en/of het vakantiedagenoverzicht over 2016 en 2017. Deze door [appellant] weersproken stelling is daarom niet aannemelijk geworden. Voor zover [geïntimeerde] in dit verband een beroep doet op het verloren gaan van oude vakantiedagenoverzichten door een computervirus in 2014, kan dit hem evenmin baten omdat deze omstandigheid voor zijn rekening en risico komt.

5.11. Met het voorgaande is komen vast te staan dat [appellant] sinds de aanvang van zijn dienstverband tot en met het einde daarvan op 31 december 2020 in totaal 251,25 niet-genoten vakantiedagen heeft opgebouwd. Rijst vervolgens de vraag of sprake is van verval of verjaring. Het hof beantwoordt deze vraag als volgt. Daarbij moet worden onderscheiden tussen wettelijke en bovewettelijke vakantiedagen.

Wettelijke vakantiedagen: vervallen of verjaard?

5.12. Uit hoofde van art. 7:634 lid 1 BW verwerft een werknemer over ieder jaar waarin hij gedurende de volledige overeengekomen arbeidsduur recht op loon heeft gehad, aanspraak op vakantie van ten minste vier maal de overeengekomen arbeidsduur per week. Dit minimum levert de wettelijke vakantiedagen op. Art. 7:640a BW bepaalt dat de aanspraak op dit minimum vervalt zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Vervolgens bepaalt art. 7:642 BW dat onverminderd art. 7:640a BW een rechtsvordering tot toekenning van vakantie verjaart door verloop van vijf jaren na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. Art. 7:640a en art. 7:642 BW zijn op 1 januari 2012 in werking getreden. Met deze bepalingen is beoogd te voldoen aan art. 7 van de Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (hierna: de richtlijn). Het eerste lid van dit art. 7 verplicht EU-lidstaten de nodige maatregelen te treffen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie. In het tweede lid van art. 7 van de richtlijn is bepaald dat de minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet door een financiële vergoeding kan wor-

den vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU; hierna ook: het Hof van Justitie) is het recht van de werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie.² Het is ook met zoveel woorden verankerd in art. 31 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest).

5.13. Vanuit de gedachte dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet verloren mag gaan zonder dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van dat recht gebruik te maken, en dat de werknemer als de zwakere partij binnen het dienstverband moet worden beschouwd, heeft het Hof van Justitie in zijn Max Planck-arrest overwogen dat uit art. 7 van de richtlijn voor de werkgever de verplichting voortvloeit de werknemer in staat te stellen om dat recht uit te oefenen.³ Meer in het bijzonder heeft het Hof van Justitie over deze verplichting het volgende geoordeeld:

‘45. (...) de werkgever [is], gelet op het verplichte karakter van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon en teneinde de nuttige werking van artikel 7 van richtlijn 2003/88 te verzekeren, met name gehouden om er concreet en in alle transparantie voor te zorgen dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen, en hem er zo nodig formeel toe aan te zetten dat te doen. Daarbij dient hij de werknemer erover te informeren – op precieze wijze en tijdig, zodat die vakantie de betrokkene nog de rust en ontspanning kan bieden waaraan zij wordt geacht bij te dragen – dat hij de vakantie die aan het einde van de referentieperiode of van een toegestane overdrachtsperiode niet is opgenomen, verliest.

46. De bewijslast dienaangaande rust op de werkgever (...). Als hij niet kan bewijzen alle zorgvuldigheid te hebben betracht die nodig is om de werknemer daadwerkelijk in staat te stellen de jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te ne-

2 O.a. HvJEU 12 juni 2014, zaak C-118/13, ECLI:EU:C:2014:1755 (Bollacke), punt 15.

3 HvJEU 6 november 2018, zaak C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (Max-Planck-Gesellschaft), punten 35, 40, 41 en 44. Vgl. HvJEU 6 november 2018, zaak C-619/16, ECLI:EU:C:2018:872 (Kreuziger).

men waarop hij recht had, moet worden geoordeeld dat het verval van het recht op die vakantie aan het einde van de referentieperiode of van de toegestane overdrachtsperiode en, ingeval het dienstverband wordt beëindigd, de overeenkomstige niet-betaling van een financiële vergoeding voor de niet-opgenomen jaarlijkse vakantie, respectievelijk artikel 7, lid 1, en artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88 schenden.

47. Als de werkgever het bewijs dienaangaande wél kan leveren, zodat de werknemer kennelijk welbewust en met volledige kennis van de eraan verbonden gevolgen zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet heeft opgenomen nadat hij in de gelegenheid was gesteld om zijn recht daarop daadwerkelijk uit te oefenen, staat artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 2003/88 er daarentegen niet aan in de weg dat dat recht verloren gaat, noch dat de daarmee samenhangende financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie met behoud van loon in geval van beëindiging van het dienstverband niet wordt betaald.

5.14. Op de werkgever rust jegens de werknemer dus een vergaande zorg- en daarmee samenhangende informatieverplichting, opdat de werknemer daadwerkelijk gebruik kan maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. De werkgever moet ervoor zorgen dat de werknemer daadwerkelijk in staat is zijn vakantie op te nemen en hem tijdig informeren dat hij niet-opgenomen vakantiedagen dreigt te verliezen. Met het oog op de tijdigheid zal in aanmerking moeten worden genomen dat de zes-maandentermijn van art. 7:640a BW meebrengt dat in beginsel de aanspraak op in het voorafgaande kalenderjaar niet-genoten wettelijke vakantiedagen op 1 juli verval.

5.15. Naar het oordeel van het hof faalt het beroep van [geïntimeerde] op verval van de door [appellant] over 2012 tot en met 2019 opgebouwde wettelijke vakantiedagen omdat [geïntimeerde] (in het licht van de betwisting daarvan door [appellant]) onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat hij jegens [appellant] aan zijn zorg- en informatieverplichting heeft voldaan. [geïntimeerde] doet een beroep op de schriftelijke verklaring van [betrokkene 2]. Zij heeft verklaard dat [geïntimeerde] (en zijzelf) [appellant] in de periode van 2014 tot en met 2015 vaker erop heeft (hebben) gewezen dat zijn vakantiedagen zouden vervallen als hij geen vakantie zou nemen, dat [appellant] het verval

van zijn vakantiedagen geen probleem vond omdat hij er toch niets mee deed, en dat [geïntimeerde] [appellant] heeft aangespoord om met enige regelmaat vakantie te nemen maar dat [appellant] dat simpelweg niet wilde (productie 23 bij brief van 11 september 2020 van mr. Van Tricht aan de rechtbank). Uit deze verklaring, die op een beperkte periode van twee jaar ziet, valt niet af te leiden hoe vaak, op welk moment en op welke wijze [geïntimeerde] [appellant] op het verval van zijn vakantiedagen heeft gewezen. De verklaring geeft dus geen uitsluitel over hoe concreet en actief [geïntimeerde] in de periode 2012-2019 ervoor heeft gezorgd dat [appellant] daadwerkelijk de mogelijkheid had zijn vakantiedagen op te nemen, of hij [appellant] zo nodig daartoe formeel heeft aangezet, en of hij [appellant] tijdig over het verval van zijn vakantiedagen heeft geïnformeerd. Dit geldt ook voor de (hierboven al aangehaalde) verklaring van [betrokkene 1] dat [appellant] per se niet op vakantie wilde en dat het voor kwam dat [geïntimeerde] [appellant] gedwongen een week vrij gaf maar vaak na twee of drie dagen al terug op kantoor was omdat hij zich naar eigen zeggen verveelde thuis. En hetzelfde geldt voor het e-mailbericht van 16 juli 2019 waarin [geïntimeerde] aan [appellant] schreef:

‘Zou je je vakantie willen opgeven? Het liefst een aangesloten periode van twee of drie weken. Het is niet de bedoeling dat je je vakantiedagen opspaat’ (productie 37 bij verzoekschrift van 19 juni 2020 van [geïntimeerde]).

Dit bericht houdt niet meer in dan een (na het ontstaan van het vakantiedagenconflict gedaan) verzoek aan [appellant] om – kennelijk met het oog op de zomervakantie van 2019 – vakantiedagen op te geven, ter voorkoming van een stuwmeer aan vakantiedagen. De door [geïntimeerde] aangehaalde verklaring van [betrokkene 3] (productie 25 bij brief van 11 september 2020 van mr. Van Tricht aan de rechtbank) is in dit verband evenmin relevant.

5.16. [geïntimeerde] heeft nog aangevoerd – kort weergegeven – dat [appellant] pertinent weigerde met vakantie te gaan, dat hij [appellant] aanspoorde om vakantie op te nemen en hem nooit daarvan heeft weerhouden, dat zij de niet-genoten vakantiedagen van [appellant] en de (verjaars- en) vervalregeling meerdere malen hebben besproken, dat [appellant] ervan op de hoogte was dat zijn vakantieaanspraak verviel (en verjaarde), en dat [appellant] gedurende zijn hele

dienstverband arbeidszaken over niet-opgenomen vakantiedagen behandelde (en in het bijzonder in 2016 daarover een cliënt adviseerde) en dus volledig op de hoogte was van het bestaan, de inhoud en de gevolgen van de vervalregeling, zodat [appellant] kennelijk welbewust en met volledige kennis van de daaraan verbonden gevolgen zijn jaarlijkse vakantie niet heeft opgenomen. Dit betoog gaat echter niet op. Het miskent dat op [geïntimeerde] als werkgever van [appellant] de in de Max Planck-uitspraak bedoelde zorg- en informatieverplichting rust, dat die verplichting niet van minder vergaande aard is omdat [appellant] (als advocaat) bekend is met de regeling van verval van vakantiedagen, en dat pas nadat [geïntimeerde] voldoende heeft gesteld en bewezen aan die verplichting te hebben voldaan, zou kunnen worden geoordeeld dat [appellant] kennelijk welbewust en met volledige kennis van de daaraan verbonden gevolgen zijn jaarlijkse vakantie niet heeft opgenomen (en art. 7 van de richtlijn niet in de weg staat aan het verval van het recht van [appellant] op vakantie of op een financiële vergoeding voor niet-opgenomen vakantiedagen).

5.17. [appellant] aanspraak op niet-genoten wettelijke vakantiedagen is dus niet vervallen.

5.18. [geïntimeerde] heeft zich verder op het standpunt gesteld dat de wettelijke vakantiedagen van [appellant] zijn verjaard uit hoofde van art. 7:642 BW. Tijdens de behandeling in de procedure bij de kantonrechter op 22 september 2020 heeft hij betoogd dat de vijfjarige verjaringstermijn van art. 7:642 BW voor zowel de wettelijke als de bovenwettelijke vakantiedagen geldt en dat dat betekent 'dat de beweerdelijke, openstaande vakantiedagen van vóór 22 september 2015 verjaard zijn en dus niet meer voor uitbetaling in aanmerking komen' (pleitaantekeningen mr. Van Tricht d.d. 22 september 2020, nr. 15). Ook [appellant] gaat ervan uit dat de verjaringstermijn van art. 7:642 BW van toepassing is op (niet-vervallen) wettelijke vakantiedagen en op bovenwettelijke vakantiedagen, maar betoogt dat de verjaring door zijn inleidende dagvaarding van 26 februari 2020 en zijn e-mailbericht van 19 mei 2019 dan wel door erkenning is gestuit en dat bovendien de 'verjaringstermijnen verbonden aan de wettelijke vakantiedagen' (beroepschrift, nr. 94) c.q. art. 7:642 BW buiten toepassing dienen c.q. dient te blijven vanwege de directe werking van art. 31 lid 2 Handvest en het Max Planck-arrest. Dat [appellant] en [geïntimeerde] hebben

afgesproken dat de verjaringstermijnen tussen hen niet zouden worden toegepast, is naar het oordeel van het hof niet aannemelijk geworden. Anders dan [appellant] aanvoert, valt een dergelijke afspraak – waarvan het bestaan door [geïntimeerde] is weersproken – niet (zonder meer) af te leiden uit het gegeven dat in de vakantiedagenoverzichten het saldo aan niet-genoten vakantiedagen jaar in jaar uit bij het nieuwe saldo is opgeteld.

5.19. Het meest verstrekkende betoog van [appellant] ten aanzien van de wettelijke vakantiedagen is dat art. 7:642 BW buiten toepassing moet blijven. Het hof is van oordeel dat dit betoog juist is. Immers, anders dan art. 7:640a BW, laat art. 7:642 BW geen ruimte voor het (uitzonderings)geval waarin de vordering tot toekenning van vakantiedagen niet verjaart doordat de werknemer gedurende de vijfjaarstermijn niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Ook in dat geval, met andere woorden, brengt het bepaalde in art. 7:642 BW mee dat de vordering verjaart door verloop van vijf jaar na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. Dit valt niet te rijmen met

'het beginsel dat is neergelegd in artikel 7 van richtlijn 2003/88 en in artikel 31, lid 2, van het Handvest, op grond waarvan een verworven recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon aan het einde van de referentieperiode en/of van een naar nationaal recht vastgestelde overdrachtsperiode niet kan vervallen, indien de werknemer zijn vakantie niet heeft kunnen opnemen.'⁴

Art. 7:642 BW levert daarom een 'nationale regeling' op die niet zodanig kan worden uitgelegd dat zij verenigbaar is met art. 7 van de richtlijn en art. 31 lid 2 Handvest, zodat ingevolge laatstgenoemde bepaling

'de nationale rechter die kennisneemt van een geschil tussen een werknemer en zijn vroegere particuliere werkgever, die nationale regeling buiten toepassing moet laten en erop moet toezien dat de werknemer, als de werkgever niet kan aantonen alle zorgvuldigheid te hebben betracht die nodig is om hem daadwerkelijk in staat te stellen de hem krachtens het Unierecht toekomende jaarlijkse

4 HvJEU 29 november 2017, zaak C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914, punt 56 (King). Vgl. HvJEU 6 november 2018, zaak C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (Max-Planck-Gesellschaft), punt 54.

vakantie met behoud van loon op te nemen, zijn verworven rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet kan verliezen, net zomin als – bij beëindiging van het dienstverband – de daarmee verbonden financiële vergoeding voor niet-opgenomen vakantie, die in dat geval rechtstreeks door de betrokken werkgever moet worden betaald.⁵

5.20. Aangezien [geïntimeerde] onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat hij jegens [appellant] aan zijn zorg- en informatieverplichting heeft voldaan, moet het hof art. 7:642 BW hier (wat de wettelijke vakantiedagen betreft) buiten toepassing laten. [appellant] aanspraak op niet-genoten wettelijke vakantiedagen is dus niet verjaard.

Bovenwettelijke vakantiedagen: verjaard?

5.21. Op grond van zijn arbeidsovereenkomst met [geïntimeerde] heeft [appellant] recht op vijf bovenwettelijke vakantiedagen per kalenderjaar, uitgaande van een werkweek van veertig uur. Partijen gaan terecht ervan uit dat art. 7:640a BW niet op een aanspraak op bovenwettelijke vakantiedagen ziet, en dat de verjaring van een vordering tot toekenning van (zowel wettelijke als) bovenwettelijke vakantiedagen door art. 7:642 BW wordt beheerst. Zoals hierboven is overwogen, is niet aannemelijk geworden dat [appellant] en [geïntimeerde] hebben afgesproken dat de verjaringstermijnen tussen hen niet zouden worden toegepast. Van stuiting door erkenning als bedoeld in art. 3:318 BW is naar het oordeel van het hof evenmin sprake. Anders dan [appellant] stelt (maar [geïntimeerde] betwist) ligt een dergelijke erkenning niet besloten in de tekstpassages ‘+ 239,5 (over van 2016)’ en ‘+ 217 (over van 2015)’ in de kopjes van de overzichten over 2016 en 2017. Uit deze passages volgt niet zonder meer dat [geïntimeerde] [appellant] recht op (bovenwettelijke) vakantiedagen heeft erkend. Volgens [appellant] heeft hij deze (kilometer/vakantiedagen) overzichten begin 2016 en begin 2017 van [geïntimeerde] ontvangen. [appellant] stelt niet dat hij vervolgens stuitingshandelingen (voorlopig) achterwege heeft gelaten omdat hij, gelet op deze tekstpassages, erop vertrouwde of erop mocht

vertrouwen dat [geïntimeerde] zich van [appellant] aanspraak bewust was en het bestaan daarvan niet ter discussie stelde. Daarbij moet tevens in aanmerking worden genomen dat blijkens het e-mailbericht van 15 april 2016 het overzicht over 2016 aan [appellant] is verstuurd met de vraag of de daarin voor die maand vermelde kilometers klopten, en niet met het oog op (de controle van de juistheid van) de daarin vermelde openstaande vakantiedagen.

5.22. In zijn e-mailbericht van 19 mei 2019 aan [geïntimeerde] heeft [appellant] het volgende geschreven:

‘Naar aanleiding van het overzicht dat je afgelopen vrijdag hebt toegestuurd het volgende. Volgens mij bedraagt het aantal openstaande vakantiedagen op dit moment 274,5. (...)

Jij wilt achteraf en in strijd met de afspraken de vervelregeling toepassen en je laat vakantiedagen ook opeens verjaren. Ik begrijp uit het overzicht dat je me hebt toegestuurd dat het restant van de vakantiedagen volgens jou 48,5 dag bedraagt.

Het verschil is 226 vakantiedag. (...) Voor zover nodig stuit ik hierbij in ieder geval lopende verjaringstermijnen’ (productie 3 bij beroepschrift).

5.23. Gelet op de formulering en in het licht van het vakantiedagenconflict zoals dat sinds begin 2018 tussen partijen bestond, vormt dit bericht een schriftelijke mededeling die een voldoende duidelijke waarschuwing aan [geïntimeerde] inhoudt dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwijs alsnog door [appellant] ingestelde vordering behoorlijk kan verweren. Met dit e-mailbericht heeft [appellant] zich dus ondubbelzinnig zijn aanspraak op (nakoming van toe te kennen) vakantiedagen voorbehouden en de lopende verjaringstermijn van art. 7:642 BW gestuit in de zin van art. 3:317 lid 1 BW. De door de stuiting op 19 mei 2019 afgebroken verjaringstermijn liep sinds vijf jaar na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak van [appellant] is ontstaan, dat wil zeggen sinds 1 januari 2014. Dit betekent dat [appellant] verzoek (vordering) ten aanzien van zijn tot en met 31 december 2013 opgebouwde maar niet-genoten bovenwettelijke vakantiedagen op de voet van art. 7:642 BW is verjaard. Zijn aanspraak op sinds 1 januari 2014 opgebouwde maar niet-genoten bovenwettelijke

5 HvJEU 6 november 2018, zaak C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (Max-Planck-Gesellschaft), punt 81.

vakantiedagen kan [appellant] daarentegen geldend maken.

5.24. Voor zover [geïntimeerde] beoogt te betogen dat het beroep op stuiting van de verjaring 'van de vakantieaanspraak, dan wel van de daaruit voortvloeiende vordering tot een vergoeding voor de niet-genoten vakantiedagen' (verweerschrift in hoger beroep, nr. 73, en nrs. 67-68) door het e-mailbericht van 19 mei 2019 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en/of in strijd met de bedoeling van de wetgever, kan dit hem niet baten. Daarvoor heeft hij onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd en kan hij niet volstaan met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis over het invoeren van de vervaltermijn (verweerschrift in hoger beroep, voetnoot 20).

Tussenconclusie

5.25. Uit het voorgaande volgt dat de beroepsgronden IV, V en VI slagen en het principaal hoger beroep in zoverre doel treft. Rijst de vraag hoeveel dagen in dit licht voor vergoeding in aanmerking komen, tegen welk loonbedrag en of daarover de wettelijke verhoging en wettelijke rente is verschuldigd. Daarover overweegt het hof het volgende.

Vergoeding: aantal openstaande vakantiedagen, loonbedrag, wettelijke verhoging en wettelijke rente

5.26. Partijen hebben over het aantal te vergoeden openstaande vakantiedagen (verschillende) standpunten ingenomen. Daarbij hebben zij niet ieder in aanmerking genomen dat

a) [appellant] aanspraak op niet-genoten wettelijke vakantiedagen niet is vervallen en ook niet is verjaard, en dat

b) [appellant] aanspraak heeft op vergoeding van sinds 1 januari 2014 niet-genoten bovenwettelijke vakantiedagen.

Het hof wenst hierover door partijen te worden geïnformeerd en zal hen in de gelegenheid stellen zich hierover bij akte uit te laten door het opstellen van een nieuwe berekening van het aantal te vergoeden niet-genoten vakantiedagen, rekening houdend met a) en b).

5.27. In hun nieuwe berekening dienen partijen ook te betrekken het (bruto) bedrag in geld waarop [appellant] aanspraak heeft als vergoeding voor niet-genoten (wettelijke en bovenwettelijke) vakantiedagen. Daarbij is uitgangspunt dat ingevolge art. 7:641 lid 1 BW een werknemer die bij

het einde van de arbeidsovereenkomst nog aanspraak op vakantie heeft, recht heeft op een uitkering in geld tot een bedrag van het loon over een tijdvak overeenkomend met de aanspraak. Onder het begrip loon in deze bepaling moet worden verstaan het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon, en dus inclusief overeengekomen emolumenten en vergoedingen.⁶ Deze uitleg strookt met de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin (ten aanzien van wettelijke vakantiedagen) is overwogen en geoordeeld dat de financiële vergoeding van een werknemer die niet in staat is geweest om vóór het einde van zijn arbeidsverhouding gebruik te maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, aldus moet worden berekend dat die werknemer in een situatie wordt gebracht die vergelijkbaar is met die waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij tijdens zijn arbeidsverhouding van dit recht gebruik had gemaakt, en dat dus het normale salaris van de werknemer, te weten het salaris dat moet worden doorbetaald tijdens de rustperiode overeenkomend met de jaarlijkse vakantie met behoud van loon, bepalend is voor de berekening van de financiële vergoeding van aan het einde van de arbeidsverhouding niet opgenomen jaarlijkse vakantie.⁷ Verder moet bij deze berekening worden uitgegaan van het laatstverdiende (uur) loon. Een werknemer mag bij uitbetaling van zijn vakantiedagen immers niet in een (financieel) nadeliger positie komen te verkeren dan bij in dienst blijven en het opnemen van vakantiedagen.⁸ Dit alles brengt mee dat bij de berekening van het aan [appellant] uit te keren bedrag moet worden uitgegaan van het door hem gestelde en als zodanig door [geïntimeerde] niet weersproken jaarsalaris (inclusief dertiende maand en 8% vakantiegeld) van € 87.948,- bruto (= (13 x € 6.300,- bruto) + (0,08 x € 6.300,- bruto)). Het niet nader onderbouwde beroep op de redelijkheid en billijkheid in dit verband van [geïntimeerde] faalt dus.

5.28. Over de vergoeding voor zijn niet-genoten vakantiedagen heeft [appellant] aanspraak op de

⁶ Vgl. HR 26 januari 1990, NJ 1990, 499, rov. 3.3.

⁷ HvJEU 20 januari 2009, zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (Schultz-Hoff en Stringer), punten 61-62.

⁸ Vgl. o.a. Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:72, rov. 6.4.

wettelijke verhoging van art. 7:625 lid 1 BW.⁹ Weliswaar heeft [geïntimeerde] aangevoerd dat hij niet onwillig is geweest de vakantiedagen uit te betalen en dat hij het juiste aantal vakantiedagen al heeft uitbetaald (het hof begrijpt: na de veroordeling daartoe bij de bestreden beschikking), maar [appellant] heeft betoogd dat het conflict tussen partijen over de vakantiedagen getuigt van [geïntimeerde]'s onwelwillendheid, dat [geïntimeerde] slechts een fractie van de niet-genoten vakantiedagen heeft uitbetaald en dat een werkgever de wettelijke verhoging (reeds) is verschuldigd als de niet-betaling daarvan in zijn risicosfeer ligt. Het hof overweegt dat de niet tijdige betaling van de vergoeding in beginsel is toe te rekenen aan [geïntimeerde] (als krachtens in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komend). In de omstandigheden van het geval en de hoogte van de aan [appellant] te betalen vergoeding voor de niet genoten vakantiedagen en wettelijke rente (zie hieronder) ziet het hof evenwel aanleiding om [appellant] aanspraak op de verhoging te beperken tot 10%.

5.29. De door [appellant] verzochte vermeerdering met de wettelijke rente met ingang van 1 januari 2021 over zowel de hoofdsom van het uit te keren geldbedrag als de verschuldigde wettelijke verhoging is door [geïntimeerde] niet weersproken en dus toewijsbaar.

5.30. Het voorgaande leidt ertoe dat het hof [appellant] in de gelegenheid zal stellen de in rov. 5.26 bedoelde akte in te dienen en vervolgens [geïntimeerde] de bedoelde antwoordakte. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5.31. Ter besparing van verdere tijd en kosten geeft het hof partijen in overweging om te bezien of zij (in het licht van wat hiervoor is overwogen) onderling overeenstemming kunnen bereiken over een aan [appellant] door [geïntimeerde] te betalen geldbedrag, waarmee deze procedure zou worden beëindigd. In dat geval dienen partijen het hof daarvan uiterlijk 28 december 2021 in kennis te stellen.

Beslissing

Het hof stelt [appellant] in de gelegenheid uiterlijk 28 december 2021 een akte als bedoeld in rov. 5.26 in te dienen;

stelt [geïntimeerde] in de gelegenheid uiterlijk 1 februari 2022 een antwoordakte in te dienen; houdt iedere verder beslissing aan.

NOOT

In deze uitspraak hebben partijen (een advocaat-medewerker en diens werkgever) een langlopend geschil over het aantal door werknemer niet-genoten vakantiedagen. Het hof oordeelt dat de werknemer aanspraak maakt op vergoeding in geld voor een groot aantal vakantiedagen, nu geen sprake is van verval of verjaring van deze vakantiedagen. De vordering van de werknemer betrof 251,25 dagen.

Wettelijk kader

– Verval wettelijke vakantiedagen

Art. 7:640a BW bepaalt dat de aanspraak op het minimum vakantiedagen (uit art. 7:634 lid 1 BW) vervalt zes maanden na de eerste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Dit laatste zal met name aan de orde zijn bij volledige arbeidsongeschiktheid, zonder dat re-integratiemogelijkheden bestaan.

– Verjaring vakantiedagen

Art. 7:642 BW bepaalt dat onverminderd art. 7:640a BW een rechtsvordering tot toekenning van vakantie verjaart door verloop van vijf jaren na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. Deze bepaling is van toepassing op zowel de bovenwettelijke vakantiedagen als de wettelijke vakantiedagen die de werknemer niet in redelijkheid binnen de termijn van 7:640a BW heeft kunnen opnemen. Het is een dwingendrechtelijke bepaling waarvan niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken.

– Administratieplicht werkgever

In 7:641 lid 2 BW is de administratieplicht van de werkgever opgenomen. Deze houdt in dat de werkgever verplicht is om een administratie bij te houden van de door de werknemer genoten vakantiedagen. Dit maakt dat gebrek aan een (deugdelijke) verlofadministratie een omstandigheid is die in beginsel voor risico van de werkge-

⁹ Vgl. HR 6 maart 1998, NJ 1998/527.

ver komt. Wanneer een werknemer stelt dat dat het door de werkgever genoemde verlofsaldo niet klopt, is de werkgever verplicht om gemotiveerd aan te geven hoe (de berekening van) het verlofsaldo tot stand is gekomen. Hierbij zullen gegevens uit de administratie van de werkgever moeten worden ingebracht door de werkgever («JAR» 2003/243 en ECLI:NL:RBNHO:2020:2216). In casu heeft de werknemer excel bestanden, verschaft door de werkgever, ingebracht waaruit zijn vakantie-aanspraak zou blijken. De werkgever slaagt er naar oordeel van het hof onvoldoende in om aannemelijk te maken dat de overzichten onjuist zijn en kan ook niet aantonen wat dan wél het juiste saldo zou moeten zijn.

Buiten toepassing laten van 7:642 BW

Op grond van art. 7:638 BW is het opnemen van vakantiedagen in principe de verantwoordelijkheid van de werknemer. Het HvJ EU heeft overwogen dat de werkgever de werknemer daadwerkelijk in staat dient te stellen om de vakantiedagen op te nemen («JAR» 2018/318). Dit betreft een zeer vergaande zorg- en informatieplicht; de werkgever moet kunnen aantonen alle zorgvuldigheid te hebben betracht die nodig is om de werknemer als de zwakkere partij binnen de arbeidsverhouding daadwerkelijk in staat te stellen deze vakantie op te nemen («JAR» 2018/317). De werkgever zal voldoende feiten en omstandigheden moeten stellen waaruit blijkt dat de werknemer op precieze wijze en tijdig geïnformeerd is over een eventueel verlies van vakantie-rechten die niet tijdig worden opgenomen. Ik ben het in dit opzicht eens met Koster ('Opname en vervallen vakantiedagen; pro activiteit werkgever vereist', *ArbeidsRecht* 2019/9) dat niet kan worden volstaan met een enkele verwijzing naar een HR-systeem waarin de werknemer zelf diens vakantie-aanspraak kan nagaan. Het actief periodiek (bijvoorbeeld minimaal eens per jaar), schriftelijk en individueel informeren van werknemers over de openstaande vakantiedagen, de verval- of verjaringstermijn hiervan en het dringende advies over te gaan tot tijdige opname van vakantiedagen ligt voor de hand. De werknemer stelt zich in casu op het standpunt dat art. 7:642 BW buiten toepassing moet blijven in verband met de directe werking van art. 31 lid 2 Handvest en het *Max Planck*-arrest van het HvJ EU. Het hof gaat hier voor wat betreft de wettelijke vakantiedagen in mee en stelt dat art. 7:642

BW geen ruimte laat voor het geval waarin de vordering tot toekenning van vakantiedagen niet verjaart doordat de werknemer gedurende de vijfjaarstermijn niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Het hof acht de wet op dit punt onjuist c.q. niet te rijmen met het *Max Planck*- («JAR» 2018/318, m.nt. Funke) en het *King*-arrest («JAR» 2018/17, m.nt. Funke). Ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen heeft de werknemer de verjaringstermijn van 7:642 BW per e-mail van 19 mei 2019 gestuit.

Er wordt door het hof onderscheid gemaakt tussen wettelijke (buiten toepassing laten 7:642 BW) en bovenwettelijke vakantiedagen (verjaringstermijn 7:642 BW gestuit per e-mail van 19 mei 2019), nu de jurisprudentie van het HvJ EU niet ziet op de bovenwettelijke vakantiedagen. Het arrest *TSN* («JAR» 2020/16, m.nt. Funke) maakte reeds duidelijk dat lidstaten bovenwettelijke vakantieaanspraken anders kunnen behandelen dan wettelijke. Dit lijkt vreemd, nu de Nederlandse vakantiewetgeving volledig van toepassing is op bovenwettelijke vakantiedagen (waaronder ook de verjaringstermijn) en juist strikter is wanneer het gaat om de wettelijke vakantiedagen. Zo is het niet mogelijk om de bovenwettelijke vakantiedagen te laten vallen onder de vervaltermijn van 7:640a BW (N.M. Cuppen & M. van den Eeckhout, 'De (on)mogelijkheid tot het laten vervallen van bovenwettelijke vakantiedagen, oplossingen gezocht!', *TAP* 2020/132). Het lijkt niet zuiver om striktere voorwaarden te stellen aan bovenwettelijke vakantiedagen dan wettelijke vakantiedagen; deze zouden gelijk moeten worden behandeld om rechtsonzekerheid te voorkomen.

Conclusie

De vervaltermijn van art. 7:640a BW geldt enkel indien de werknemer redelijkerwijs in staat is geweest vakantie op te nemen. Wanneer een werkgever stelselmatig niet heeft voldaan aan zijn vergaande zorg- en informatieplicht om erop toe te zien dat de werknemer vakantieverlof opneemt, is de verjaringstermijn van wettelijke vakantiedagen van vijf jaar uit art. 7:642 BW in strijd met Europees recht. Dit artikel kan (moet!) dan voor de wettelijke vakantiedagen buiten toepassing worden gelaten in verband met rechtstreekse horizontale werking van art. 31 lid 2 Handvest («JAR» 2018/316 (*Bauer*) en «JAR» 2018/318 (*Max Planck*)). Als gevolg hiervan heeft het bepaalde in art. 7 van de richtlijn en de juris-

prudentie hierover van het HvJ EU rechtstreekse werking in relaties tussen particulieren (J.R. Vos, 'Vakantie in tijden van corona', TAP 2020/131). Mijns inziens zou hetzelfde moeten gelden voor de bovenwettelijke vakantiedagen.

Werkgevers doen er verstandig aan om werknemers expliciet te wijzen op de individuele vakantieaanspraak van werknemers en hen er schriftelijk, uitdrukkelijk en tijdig op te wijzen dat zij deze dagen tijdig dienen op te nemen, de termijn waarbinnen dit dient te gebeuren en wat de gevolgen zijn indien dit niet tijdig gebeurt. Het is de verantwoordelijkheid van de werkgever om aan te kunnen tonen wat het correcte verlofsaldo van werknemers bedraagt.

mr. I. Arts

advocaat L&A advocaten te Amsterdam

48

Cao verplicht niet tot het aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Gerechtshof Den Haag
23 november 2021, nr. 200.296.643/01,
ECLI:NL:GHDHA:2021:2381
(mr. Nijhuis, mr. Van der Hoeven-Oud,
mr. Swelheim)

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Objectieve uitleg cao. Schriftelijkheidsvereiste bij verlenging arbeidsovereenkomst.

[BW art. 6:248, 7:667, 7:668a]

De werknemer treedt begin 2018 bij de werkgever in dienst voor de duur van één jaar. In de toepasselijke cao staat dat de arbeidsovereenkomst schriftelijk wordt aangegaan en in tweevoud wordt opgemaakt. Ook staat in de cao dat een overeenkomst voor bepaalde tijd bij normaal/goed functioneren in principe wordt opgevolgd door een overeenkomst voor onbepaalde tijd. De werkgever verlengt de arbeidsovereenkomst twee keer via een mondelinge mededeling en een digitale verlengingsbrief. Eind 2019 stelt de werknemer een digitale vraag aan een HRM-adviseur over zijn vorige en nieuw aangeboden jaarcontracten. Eind 2020 schrijft de werkgever aan de

werknemer dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op 8 januari 2021. De werknemer stelt dat de werkgever op grond van de cao verplicht was een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden en dat de verlengingen van de eerste overeenkomsten schriftelijk gedaan hadden moeten worden. Volgens hem is er sinds 8 januari 2019 sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De kantonrechter wijst dit standpunt van de hand.

Op het hoger beroep van de werknemer overweegt het hof dat de cao geen vormvereiste bevat met de strekking dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen schriftelijk kan worden voortgezet. Schriftelijkheid is volgens de cao de gewenste situatie, maar er is niet bepaald dat niet-schriftelijke afspraken niet geldig zijn. Er is ook geen sanctie gesteld op de niet-naleving van het uitgangspunt van schriftelijkheid. De werkgever was ook niet verplicht de werknemer bij de verlenging mee te delen welke reden hij had voor een verlenging voor bepaalde tijd. In de cao is immers bepaald dat bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de reden of de tijdsduur moet worden vermeld. Het vermelden van de tijdsduur van de arbeidsovereenkomst volstaat dus. Dat de werknemer wist dat hij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd had, blijkt in ieder geval uit zijn contact met de HRM-adviseur. Dat in de cao staat dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij normaal/goed functioneren in principe wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, levert een uitgangspunt en geen zekerheid op. De bestreden beschikking wordt bekrachtigd.

NB. Zie «JAR» 2021/147 voor de uitspraak in eerste aanleg. Bepalingen in een cao over het recht op een vaste arbeidsovereenkomst en over het schriftelijk moeten verlengen van een arbeidsovereenkomst hebben, afgaand op deze uitspraak, weinig tot geen betekenis als ze niet zeer concreet zijn geformuleerd en zijn voorzien van een sanctie (in geval van het schriftelijkheidsvereiste). In feite kunnen ze dus uit de cao geschrapt worden.

[Appellant] te [woonplaats],
verzoeker in hoger beroep,
hierna te noemen: [appellant],
advocaat: mr. M. de Kip te Den Haag,
tegen