

## Tijdschrift Recht en Arbeid, De nieuwe vakantiewet komt eraan!

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

<b>Vindplaats:</b>	TRA 2011/99	<b>Bijgewerkt tot:</b>	20-12-2011
<b>Auteur:</b>	Mr. N.P.B. Schmeitz & mr. J.W. Klinckhamers <a href="#">[1]</a>		-

## De nieuwe vakantiewet komt eraan!

### Samenvatting

De nieuwe vakantiewetgeving treedt op 1 januari 2012 in werking. In dit artikel staan de auteurs stil bij de aanleiding voor de wetwijziging en geven zij een overzicht van de inhoud van de wijzigingen en de gevolgen daarvan voor de praktijk, met name de introductie van de vervaltermijn. Denkbaar is dat de thans in Luxemburg aanhangige zaak *KHS/Schulte* hierop nog een nieuw licht werpt. Vooralsnog adviseren zij om deze vervaltermijn contractueel te verlengen.

### Inleiding

De nieuwe vakantiewetgeving treedt op 1 januari 2012 in werking. Werkgevers en werknemers worden dan geconfronteerd met een nieuw fenomeen: de vervaltermijn. Eerder schreef Vink [\[2\]](#) in dit tijdschrift over de aanstaande wetwijziging, die met de introductie van de vervaltermijn verder gaat dan in haar visie nodig is, met name voor de niet zieke werknemers. Dit artikel geeft een overzicht van de inhoud van de wijzigingen en de gevolgen daarvan voor de praktijk, met name door invoering van de vervaltermijn. De thans in Luxemburg aanhangige zaak *KHS/Schulte* werpt wellicht nog een nieuw licht hierop. Voorafgaande aan de bespreking van de nieuwe wet is het onvermijdelijk kort stil te staan bij de inmiddels al veel besproken aanleiding voor de wetwijziging: de Europese arresten *Schultz-Hoff* en *Pereda*.

### Aanleiding nieuwe vakantiewetgeving

Op 20 januari 2009 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitspraak gedaan in de gevoegde zaken *Schultz-Hoff* en *Stringer*.[\[3\]](#) Het Hof werd gevraagd art. 7 Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (Arbeidstijdenrichtlijn) uit te leggen met betrekking tot vakantierechten bij ziekte. De richtlijn bevat minimumvoorschriften waaraan de lidstaten ten minste dienen te voldoen. Op grond van art. 7 Arbeidstijdenrichtlijn dienen de lidstaten de nodige maatregelen te treffen zodat alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend.

In de gevoegde zaken *Schultz-Hoff/Stringer* ging het om een respectievelijk Duitse zaak en een Britse zaak die vanwege hun verknochtheid door het Hof gevoegd zijn behandeld. In de Duitse zaak deed zich de vraag voor of een werknemer wiens verzoek om vakantie op te nemen tijdens ziekte was afgewezen en die gedurende de gehele referteperiode wegens ziekte afwezig is geweest, bij beëindiging van het dienstverband recht heeft op een financiële vergoeding voor de niet opgenomen minimumvakantiedagen. In de Britse zaak was de vraag of een wegens ziekteverlof afwezige werknemer recht heeft om tijdens dat ziekteverlof de jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen.

Het Hof oordeelde dat het recht op vakantie een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht is, dat niet afhankelijk mag worden gesteld van de voorwaarde dat daadwerkelijk arbeid is verricht. Alle werknemers, ziek of niet ziek, hebben recht op een jaarlijkse betaalde vakantie van minimaal vier weken ten behoeve van hun veiligheid en gezondheid. Het uitsluiten of beperken van de minimumvakantierechten is niet toegestaan. Nationale regelingen die voorwaarden bevatten over de wijze van uitoefening en tenuitvoerlegging van de minimumvakantierechten zijn toegestaan. Indien een werknemer tijdens een periode van ziekteverlof geen recht heeft gehad om zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen, is dit alleen toegestaan indien volgens die nationale bepalingen de werknemer de mogelijkheid heeft in een andere periode gebruik te

maken van het recht op vakantie. Indien een dienstverband van een zieke werknemer eindigt, heeft hij recht op financiële compensatie wanneer het opnemen van de jaarlijkse vakantie niet meer mogelijk is.

In het arrest *Pereda*<sup>[4]</sup> ging het om de samenloop van een kortdurende periode van arbeidsongeschiktheid van een werknemer met de in de onderneming collectief vastgestelde vakantieperiode. Het Hof oordeelde dat de werknemer het recht heeft op zijn verzoek deze dagen op te nemen in een andere periode wanneer die samenvalt met de periode van ziekteverlof, om de werknemer daadwerkelijk van diens recht op de jaarlijkse vakantie gebruik te kunnen laten maken. Als de bedrijfsbelangen zich verzetten tegen toekenning van de door de werknemer voorgestelde nieuwe vakantieperiode, moet de werkgever de werknemer een andere door die werknemer voorgestelde periode van jaarlijkse vakantie toekennen zonder bij voorbaat uit te sluiten dat die periode buiten de referteperiode valt.

Naar aanleiding van deze arresten rees de vraag of de Nederlandse vakantiewetgeving in overeenstemming is met art. 7 Arbeidstijdenrichtlijn. Art. 7:635 lid 4 BW beperkt immers de opbouw van minimumvakantiedagen bij volledige arbeidsongeschiktheid tot de laatste zes maanden van de arbeidsongeschiktheid. Indien de ziekte is veroorzaakt door opzet van de werknemer of het gevolg is van een gebrek waarover de werknemer in het kader van een aanstellingskeuring opzettelijke valse informatie heeft verstrekt, vindt helemaal geen opbouw van vakantiedagen plaats tijdens arbeidsongeschiktheid. Bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid bouwt de werknemer alleen vakantiedagen op over de tijd waarin hij daadwerkelijk arbeid verricht. De beperking van de vakantieopbouw voor (langdurig) arbeidsongeschikte werknemers is destijds in het leven geroepen om te voorkomen dat tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid een opeenstapeling plaatsvindt van vakantiedagen,<sup>[5]</sup> de verlofstuwmeren. Uit het oordeel van het Hof in de *Schultz-Hoff*-zaak volgt dat het lidstaten niet is toegestaan voorwaarden te stellen aan het ontstaan van minimumvakantierechten. Aanpassing van art. 7:635 lid 4 BW is daarom noodzakelijk. De noodzaak de vakantiewetgeving in lijn te brengen met de Europese rechtspraak wordt aangegrepen om een nieuw evenwicht te creëren tussen opbouw en opname van de minimumvakantiedagen.

## Wetswijziging

De wijzigingen hebben betrekking op opbouw, opname, verrekening en verval van de minimumvakantiedagen. Het wettelijk minimum is geregeld in art. 7:634 lid 1 BW, dat bepaalt dat de werknemer recht heeft op vakantie van ten minste vier maal de overeengekomen arbeidsduur in uren per week of per jaar. De nieuwe vakantiewetgeving omvat dus niet de bovenwettelijke vakantiedagen. Werkgevers en werknemers kunnen over opbouw, opname en verval daarvan op collectief of individueel niveau (ten nadele van de werknemer) afwijkende afspraken maken. Bijvoorbeeld een vervaltermijn voor bovenwettelijke vakantiedagen, om verlofstuwmeren te voorkomen.

Het huidige art. 7:635 lid 4 BW, dat betrekking heeft op de beperkte opbouw van vakantieaanspraken van geheel en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers, wordt als gevolg van het arrest *Schultz-Hoff* volledig geschrapt. Dat betekent dat gezonde en zieke werknemers dezelfde minimumvakantieaanspraken van vier maal de overeengekomen arbeidsduur per week hebben. Tegenover de volledige opbouw van vakantiedagen voor zieke en niet zieke werknemers staat de volledige opname van vakantiedagen. Dit is met name relevant voor gedeeltelijke arbeidsongeschikte werknemers die re-integreren.

De volledige opbouw van vakantiedagen voor de langdurig zieke werknemer leidt tot een aanzienlijke extra kostenpost voor werkgevers. Om dit nadeel enigszins te compenseren en te voorkomen dat langdurig zieke werknemers verlofstuwmeren opbouwen, wordt in het nieuwe art. 7:640a BW een vervaltermijn voor de minimumvakantiedagen geïntroduceerd. De vervaltermijn houdt in dat iedere werknemer de in een kalenderjaar opgebouwde minimumvakantiedagen moet opnemen binnen zes maanden na het jaar waarin de vakantiedagen zijn verworven. Deze vervaltermijn geldt voor alle werknemers, dus ook voor de gezonde werknemers. De vervaltermijn kent echter ook een uitzondering: de vervaltermijn is niet van toepassing als de (zieke) werknemer in de periode van achttien maanden, te weten het jaar van opbouw alsmede de zes maanden daarop, in redelijkheid niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Als deze uitzondering van toepassing is, betekent dit dat de in dat jaar opgebouwde minimumvakantiedagen niet vervallen op het moment dat zes maanden na het opbouwjaar verstreken zijn. De verjaringstermijn voor niet vervallen minimumvakantiedagen en bovenwettelijke vakantiedagen blijft onder de nieuwe wet vijf jaar. Bestaande contractuele afspraken, bijvoorbeeld over verjaring (mits niet ten nadele van de werknemer van de gewijzigde regelgeving wordt afgeweken), blijven geldig omdat het overgangsrecht van art. 225 Overgangsrecht nieuw BW

alleen betrekking heeft op de vervaltermijn.

Naast de invoering van de vervaltermijn wordt opname van de minimumvakantiedagen in de nieuwe regeling gestimuleerd door wijziging van art. 7:638 BW, dat over de vakantieopname gaat. In art. 7:638 BW lid 3, dat bepaalt dat de werknemer in elk geval twee weken achtereenvolgende vakantie kan opnemen, is de negatieve formulering dat hij dan in ieder geval 'geen arbeid hoeft te verrichten' omgezet in een positieve: de werknemer kan vakantie opnemen. Daarmee wordt ook beoogd te stimuleren dat zieke werknemers ook met vakantie gaan. Aan art. 7:638 BW wordt voorts een nieuw artikellid toegevoegd. Op grond van het nieuwe art. 7:638 lid 8 BW wordt het mogelijk om een vakantiedag ook van het minimumvakantietegoed af te boeken, indien de werknemer die tijdens vakantie ziek wordt daarmee in een voorkomend geval instemt. Voor die instemming geldt geen vormvereiste. Thans is deze verrekeningsmogelijkheid geregeld in art. 7:637 lid 2 BW en geldt hij alleen voor de bovenwettelijke vakantiedagen. In de nieuwe wet verhuist die bepaling naar art. 7:638 lid 8 BW en wordt het dus mogelijk om een dergelijke afspraak ook te maken ten koste van de minimumvakantiedagen. De hoofdregel blijft echter ongewijzigd: ziek worden tijdens vakantie gaat niet ten koste van het vakantiedagentegoed.

Samenloop van ziekteverlof met vakantie is nu verspreid geregeld in art. 7:636 en 7:637 BW. Dat wordt in de nieuwe wet overzichtelijker door die twee artikelen samen te voegen tot een. Het gewijzigde art. 7:637 BW zal uitsluitend betrekking hebben op verrekening van ziektedagen met bovenwettelijke vakantiedagen. Art. 7:636 BW wordt in dat verband ook aangepast en heeft in de nieuwe wet geen betrekking meer op de situatie van samenloop van ziekte met vakantie.

### **Inwerkingtreding**

De wetswijziging wordt 1 januari 2012 van kracht <sup>[6]</sup> en heeft onmiddellijke werking. Van terugwerkende kracht is geen sprake. De minister houdt hieraan vast, ook na een uitspraak van de Haagse ambtenarenrechter begin dit jaar waarin terugwerkende kracht is aangenomen. <sup>[7]</sup> Desgevraagd heeft de minister aan de voorzitter van de Eerste Kamer geantwoord dat deze uitspraak geen aanleiding is terug te komen op zijn standpunt. <sup>[8]</sup> Invoering met terugwerkende kracht zou afbreuk doen aan de rechtszekerheid van werkgevers: zij gingen uit van een wettelijke verplichting en hebben geen rekening hoeven houden met de achteraf volledige opbouw van vakantiedagen bij langdurige zieke werknemers. Ook het bepalen van een datum terug in de tijd is volgens de minister problematisch. Behalve juridische bezwaren ziet de minister ook praktische bezwaren om terugwerkende kracht te verlenen. Dossiers van langdurig zieke werknemers zijn lang niet altijd meer beschikbaar, waardoor informatie zou moeten worden gereconstrueerd. De minister vindt dat voor de werkgevers een te zware belasting.

Het overgangsrecht is opgenomen in art. 225 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (OBW) en bepaalt dat de vervaltermijn uitsluitend van toepassing is op de minimaanspraken ontstaan na inwerkingtreding van de wet. Hiermee blijven voorlopig twee regimes naast elkaar bestaan: een verjaringstermijn van vijf jaar voor de minimaanspraken opgebouwd vóór 1 januari 2012 en een vervaltermijn van zes maanden na afloop van het opbouwjaar voor de vanaf 1 januari 2012 opgebouwde minimaanspraken.

### **Gevolgen en handreiking voor de praktijk**

De nieuwe vakantieregeling vloeit voort uit het arrest *Schultz-Hoff* dat aanpassing van art. 7:635 lid 4 BW noodzakelijk maakt. Tegelijkertijd wordt de noodzaak om de vakantieregeling aan te passen aangegrepen om een nieuw evenwicht te creëren tussen enerzijds de (volledige) opbouw van minimumvakantiedagen en anderzijds de opname daarvan in verband met de verlofstuwmeren door de invoering van een vervaltermijn. Is het resultaat inderdaad een evenwichtige vakantieregeling?

Op het eerste gezicht luidt het antwoord op die vraag bevestigend. Iedereen heeft recht op een volledige opbouw van minimumvakantiedagen en zowel de gezonde werknemer als de zieke werknemer wordt gestimuleerd toch vooral tijdig en regelmatig op vakantie te gaan, gelet op de recuperatiefunctie. De vervaltermijn is een effectief middel om die vakantieopname te stimuleren en om verlofstuwmeren, met name bij langdurig zieke werknemers, tegen te gaan. Bovendien voorziet de nieuwe regeling in de mogelijkheid afwijkende afspraken te maken over verlenging van de vervaltermijn ten gunste van de werknemer. Toch zijn bij de vervaltermijn en de daarop geformuleerde uitzondering een aantal kanttekeningen te plaatsen.

De minimumvakantiedagen vervallen niet en de verjaringstermijn van vijf jaar blijft gelden, indien de

werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest om de minimumvakantie op te nemen. Behalve bij duurzaam arbeidsongeschikte werknemers die zijn vrijgesteld van de re-integratieverplichting of voor wie vakantieopname aan re-integratie in de weg staat, zal slechts in zeer bijzondere omstandigheden géén sprake kunnen zijn van verval van minimumvakantierechten omdat de werknemer geen vakantie kon opnemen. <sup>[9]</sup> De vervaltermijn lijkt daarmee voor de zieke werknemer minder problematisch dan voor een niet zieke werknemer. Als de zieke werknemer zich niet in staat acht te re-integreren (en dus ook vindt dat hij nog niet in staat is vakantie op te nemen), kan hij advies vragen aan de bedrijfsarts en daarna nog een deskundigenoordeel bij het UWV. De werkgever doet er overigens verstandig aan om ter vermindering van misverstanden bij de start van een re-integratietraject vast te leggen dat een vervaltermijn geldt. Voor de gezonde werknemer zal het veel lastiger zijn een beroep te doen op de zeer bijzondere omstandigheden die aan opname van de minimumvakantie binnen anderhalf jaar in de weg staan. Met de vervaltermijn van zes maanden is er al rekening mee gehouden dat een werknemer in het opbouwjaar zelf niet alle minimumvakantiedagen kan opnemen om privéredenen of redenen die primair de werkgever betreffen, zoals een tijdelijk personeelstekort of een werkpiek. In zijn antwoord aan de Eerste Kamer volstaat de minister met de uitleg dat de uitzondering 'redelijkerwijs niet in staat zijn' een open formulering is, die naast ziekte ook op andere situaties toepasselijk kan zijn, te beoordelen naar de omstandigheden van het geval. Dat blijft vaag. De praktijk zal die zeer bijzondere omstandigheden voor de niet zieke werknemer dus zelf moeten invullen.

Verder wordt de bewijslast van het niet kunnen opnemen van de minimumvakantie bij de werknemer gelegd. De vraag is of dat in alle omstandigheden redelijk is. Het kan in ieder geval niet, zoals de minister doet, worden afgeleid uit het *Pereda*-arrest.<sup>[10]</sup> Daarin is bepaald dat de werknemer in de gelegenheid moet worden gesteld in een andere vakantieperiode zijn vakantie op te nemen. Met name in de situatie waarin een werknemer door toedoen van de werkgever geen vakantie kan opnemen, ligt het voor de hand dat de werkgever moet bewijzen dat de werknemer wel vakantie heeft kunnen opnemen. Het is immers de taak van de werkgever niet alleen om de vakantie conform de wensen van de werknemer vast te stellen en een administratie daarvan bij te houden, maar ook om als goed werkgever erop toe te zien dat de (gezonde en zieke) werknemer zijn minimumvakantie opneemt met het oog op de recuperatiefunctie. Verzuimt een werkgever dat, dan komt een claim van niet opgenomen vakantiedagen voor zijn risico. <sup>[11]</sup> Niettemin is het aan te raden dat de (zieke en niet zieke) werknemer zijn verzoek om vakantieopname, of dat nu wettelijke of bovenwettelijke dagen zijn, schriftelijk aan zijn werkgever kenbaar maakt. Dat is ook van belang voor een correcte administratie van opgenomen vakantiedagen. Na invoering van de gewijzigde vakantiewetgeving zullen de oudste dagen niet meer als eerste vervallen, zoals nu het geval is. De werknemer wordt vanaf 1 januari 2012 geacht de minimumvakantiedagen als eerste op te nemen. De werkgever zal een gescheiden administratie moeten voeren voor de minimumdagen en de bovenwettelijke vakantiedagen. Het is de vraag hoe dit in de praktijk voor werkgevers uitpakt, of het praktisch gezien haalbaar is om twee vakantieadministraties bij te houden. Zelfs op grond van de huidige vakantiewetgeving blijkt vaak dat werkgevers slechts een beperkte of soms zelfs geen vakantieadministratie bijhouden. Dat zal als gevolg van de nieuwe wetgeving echt moeten veranderen.

Hoewel zes maanden voldoende wordt gevonden om de werknemer de ruimte te geven de minimumvakantie op een door hem gewenst moment op te nemen, is dat twijfelachtig in het licht van de zaak *KHS/Schulte* die aanhangig is bij het Hof en waarin op 7 juli 2011 de conclusie is genomen van A-G Trstenjak. <sup>[12]</sup> De aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen zijn of het recht op vakantie cumuleert als sprake is van langdurig ziekteverlof waardoor van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon geen gebruik kan worden gemaakt, en of lidstaten in een beperking daarvan in de tijd mogen voorzien. Volgens de A-G wordt met een periode van achttien maanden na het opbouwjaar het doel van het primaire recht op vakantie gegarandeerd, daarbij verwijzend naar art. 9 lid 1 Verdrag 132 van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO). Dat bepaalt dat de jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet later dan achttien maanden na het opbouwjaar moet worden toegekend en opgenomen. Deze regeling moet volgens de A-G als een maximumgrens worden beschouwd en wordt niet door het Unierecht vereist: lidstaten hebben de bevoegdheid een andere regeling binnen de grenzen van de Arbeidstijdenrichtlijn vast te stellen. Moet hieruit worden geconcludeerd dat de vervaltermijn van zes maanden per definitie te kort is? Dat is de vraag. De voorgelegde vragen hebben betrekking op de (minimum)vakantierechten in de context van langdurig ziekteverlof en de periode van achttien maanden na het opbouwjaar wordt nadrukkelijk genoemd als een maximumgrens. Dat neemt niet weg dat art. 9 IAO Verdrag 132 in algemene zin is geformuleerd en bepalend wordt gevonden voor de uitleg van art. 7 Arbeidstijdenrichtlijn. Vooralsnog is het advies voor de praktijk om de vervaltermijn contractueel te verlengen, waarbij rekening

wordt gehouden met het belang van de zieke en niet zieke werknemer om tijdig en regelmatig vakantie op te nemen. Dat is, gelet op de jurisprudentie van het Hof, bij voorkeur in het lopende jaar en anders in de volgende periode. <sup>[13]</sup> Een contractuele vervaltermijn van achttien maanden na het opbouwjaar is in ieder geval dan het maximum.

### Tot slot

De nieuwe vakantiewetgeving is overzichtelijk. De praktijk zal met name moeten wennen aan de vervaltermijn en de invulling van de uitzondering op het verval van de minimumvakantiedagen. We kunnen hierover nog nadere instructies vanuit Luxemburg verwachten.

---

### Voetnoten

## Voetnoten

- [1] Mr. N.P.B. Schmeitz en mr. J.W. Klinckhamers zijn advocaat te Amsterdam.
- [2] Mr. D.C. Vink, 'Vakantie en verlofstuwmeren: wijzigingen voor zieke werknemers noodzakelijk?', ; zie ook 'Reactie', en 'Naschrift', .
- [3] HvJ EG 20 januari 2009, nr. C-350/06 ( *Schultz-Hoff*) en nr. C-520/06 ( *Stringer*), .
- [4] HvJ EG 10 september 2009, nr. C-277/08, ( *Pereda*).
- [5] *Kamerstukken II* 1985/86, 19 575, nr. 3, p. 7.
- [6] *Kamerstukken I* 2010/11, 32 465, nr. C, p 7.
- [7] Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2011, nr. AWB 10/2160 AW, *LJN* BP1649.
- [8] *Kamerstukken I* 2010/11, 32 465, nr. E.
- [9] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 465, nr. 3, p. 8.
- [10] HvJ EG 10 september 2009, nr. C-277/08, .
- [11] Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *LJN* BN4215, .
- [12] Conclusie A-G HvJ EU in nr. C-214/10.
- [13] HvJ EG 6 april 2006, nr. C-124/05, ( *FNV*); *Pereda*.