
Juridisch up to Date

2021-0167 - Juridisch up to Date 2021-09 d.d. 21-09-2021

Rubriek: Arbeid

Vakantieperikelen

Voor de meesten zit de zomervakantie er alweer op. Ook deze zomer is er rechtspraak verschenen naar aanleiding van discussies tussen werkgever en werknemer over de vakantieregeling. Daarbij heeft de COVID-19 pandemie evenzeer een rol gespeeld. In deze bijdrage wordt de actuele problematiek en recente rechtspraak op het gebied van (het opnemen van) vakantie besproken.

Vaststelling vakantie

De werknemer verwerft over ieder jaar waarin hij gedurende de volledige overeengekomen arbeidsduur recht op loon heeft gehad, aanspraak op vakantie van tenminste viermaal de overeengekomen arbeidsduur per week. Vakantiedagen die dit wettelijk minimum te boven gaan, zijn bovenwettelijke vakantiedagen. Wettelijke vakantiedagen vervallen zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven. Een uitzondering geldt als de werknemer niet in staat is geweest om zijn vakantiedagen op te nemen. Bovenwettelijke vakantiedagen verjaren na vijf jaar.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in 2018 in het *Max Planck/Shimizu*-arrest¹ geoordeeld dat als de werkgever de werknemer niet daadwerkelijk in staat heeft gesteld de vakantiedagen op te nemen met name door hem over het opnemen en over de gevolgen van het niet opnemen te informeren, de aanspraak op vakantiedagen van de werknemer niet kan vervallen. Inmiddels is de e-mail van de werkgever waarin werknemers worden gestimuleerd voor 1 juli hun wettelijke vakantiedagen op te nemen, aardig ingeburgerd geraakt bij de meeste werkgevers.

Desondanks hebben werknemers tijdens de 'lock down' het afgelopen jaar weinig vakantie opgenomen. Meermalen heb ik van werkgevers de vraag gekregen of men werknemers met vakantie kan sturen als zij zelf daartoe niet het initiatief nemen. Dat is in principe niet mogelijk. Artikel 7:638 BW verplicht de werkgever om de werknemer jaarlijks in de gelegenheid te stellen om vakantie op te nemen waarop hij wettelijk recht heeft. Het is echter de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer om daadwerkelijk vakantie op te nemen. De werkgever kan niet eenzijdig bepalen dat de werknemer vakantie moet opnemen. Als het niet-opnemen van vakantie ten koste gaat van de gezondheid van de werknemer, kan de werkgever onder omstandigheden de werknemer aanspreken op zijn goed-werknemerschap of zelfs een beroep doen op het leerstuk van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden.

Tijdens de 'lock down' in 2020 verplichtte een werkgever zijn stafmedewerkers als één van de coronamaatregelen om per week minimaal 20% vakantie op te nemen. De Rotterdamse kantonrechter² vond de enkele verwijzing naar de COVID-19 pandemie geen zwaarwichtig belang en oordeelde dat de werknemers niet konden worden verplicht om vakantie op te nemen. Dit lijkt mij een juiste uitspraak. De pandemie heeft er wel toe geleid dat werkgevers behoefte hebben gekregen aan meer sturing op het opnemen van vakantie door werknemers. Contractueel kan tot zekere hoogte in deze behoefte worden voorzien. Artikel 7:638 lid 2 BW biedt daarvoor ruimte. Ook is daarbij een belangrijke rol weggelegd voor de eventueel aanwezige ondernemingsraad. Daarnaast verwacht ik dat rechters voortaan ruimhartiger zullen kijken naar de bevoegdheid van de werkgever om te sturen op het vaststellen van vakantie.³

Aan de andere kant van het spectrum zien we elk jaar uitspraken over de werknemer die met vakantie gaat zonder dat zijn werkgever het daarmee eens is. Niet zelden mondt deze discussie uit in een ontslag op staande voet. Zo ook in een zaak waarin partijen tot aan de Hoge Raad procedeerden en het Hof Den Bosch recent verwijzingsarrest⁴ wees. De werknemer was in dienst bij de werkgever, een scheepswerf, als kraanmachinist. Voor de periode van 29 september 2016 tot 21 oktober 2016 had hij verlof aangevraagd. De direct leidinggevende heeft de aanvraag voor akkoord getekend, maar de bedrijfsleider heeft de aanvraag afgewezen met een beroep op drukke werkzaamheden op

de werf. De werknemer is toch met vakantie naar Spanje gegaan. Op diezelfde dag heeft de werkgever hem op staande voet ontslagen. De werknemer heeft daarop vernietiging van het ontslag verzocht.

De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. In hoger beroep is de uitspraak bekrachtigd. In cassatie heeft de Hoge Raad de uitspraak van het hof vernietigd, omdat het hof ten onrechte aan het bewijsaanbod van de werknemer voorbij was gegaan. De werknemer had aangeboden om te bewijzen dat partijen mondeling waren overeengekomen (een 'gentlemen's agreement') dat hij in oktober van ieder jaar vakantie mocht opnemen.

Bij eindbeschikking stelt het hof vast dat de werknemer niet is geslaagd in de bewijsopdracht. Het ontslag op staande voet blijft dus overeind.

De vakantie wordt vastgesteld overeenkomstig de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Daarnaast kan de werkgever een reeds vastgestelde vakantie weer wijzigen wegens gewichtige redenen. Hij moet dan wel de schade die de werknemer daardoor lijdt, vergoeden. Dit volgt uit artikel 7:638 lid 5 BW. Van gewichtige redenen is sprake wanneer het inwilligen van het verzoek om vakantie tot een ernstige verstoring van de bedrijfsvoering leidt. In deze casus was daarvan sprake en kwam de werknemer het doorzetten van zijn vakantieplannen duur te staan.

Loon tijdens vakantie

De wet bepaalt dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht behoudt op loon. Het loon dient gelijk te zijn aan het bedrag dat de werknemer had verdiend als hij geen vakantiedag had opgenomen. Uitgangspunt is dus dat ook een vaste bonus en vaste toeslagen moeten worden doorbetaald. De vraag is of betaalde overwerkvergoeding ook een vaste toeslag is. Recent heeft de Rotterdamse Kantonrechter⁵ daarover moeten oordelen.

De werknemer is op 25 februari 2008 bij de werkgever in dienst getreden in de functie van (internationaal) chauffeur. Per 1 juni 2017 is hij uit dienst getreden. Bij brief van 4 november 2017 heeft de werknemer bij zijn (ex)werkgever aanspraak gemaakt op te weinig betaald loon tijdens vakantie. Volgens werknemer had ook de overwerkvergoeding moeten worden uitbetaald. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor het Beroepsgoederenvervoer van toepassing. De kantonrechter overweegt dat in artikel 7 lid 1 van de Richtlijn 2003/88/EG is bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen 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. Deze bepaling is in artikel 7:639 lid 1 BW geïmplementeerd, zodat bij de invulling van het begrip vakantieloon de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (in ieder geval voor de wettelijke vakantiedagen) leidend is. Onder verwijzing naar het arrest-*Hein/Holzmann* overweegt de kantonrechter dat de vergoeding voor overwerk geen deel uitmaakt van het loon dat tijdens vakantie moet worden doorbetaald, tenzij

- de gemaakte overuren voortvloeien uit een verplichting op grond van de arbeidsovereenkomst;
- de werknemer op regelmatige basis overuren maakt; en
- de vergoeding van de overuren een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding die de werknemer voor zijn beroepsactiviteit ontvangt.

Vervolgens beoordeelt de kantonrechter of aan deze drie voorwaarden is voldaan. Overwerken vond plaats op basis van inroostering en was in die zin dus niet vrijwillig maar verplicht. Daarnaast werd regelmatig overgewerkt en vormde de overwerkvergoeding een belangrijk onderdeel van de totale vergoeding. De vordering van de werknemer wordt toegewezen.

Ik kan mij op zich vinden in de overwegingen van de rechter. Om dergelijke discussies voortaan te voorkomen, is het raadzaam om reeds op voorhand in de arbeidsovereenkomst heldere afspraken over de voorwaarden voor overwerk en het al dan niet meenemen van de overwerkvergoeding in het vakantieloon te maken (tenzij een eventueel toepasselijke cao dit al uitputtend regelt).

Afkoop van vakantiedagen tijdens dienstverband

Naar aanleiding van de 'lock down' heb ik ook vaker dan normaal vanuit de praktijk de vraag gekregen of en in hoeverre vakantiedagen tijdens het dienstverband mogen worden afgekocht. Werknemers hebben weinig vakantie opgenomen door de coronamaatregelen, waardoor het ontstaan van vakantiestuwmeren dreigt. Een aantal werkgevers wilde hun vakantie regeling wijzigen in die zin dat in enig jaar opgebouwde bovenwettelijke vakantiedagen worden afgekocht als zij niet voor een bepaalde datum in het volgende jaar alsnog zijn opgenomen.

Op grond van artikel 7:640 lid 1 BW kan de werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst geen afstand doen van zijn aanspraak op vakantie tegen schadevergoeding. Voor bovenwettelijke vakantiedagen geldt hierop echter een uitzondering. Op grond van lid 2 van artikel 7:640 BW mogen opgebouwde bovenwettelijke vakantiedagen wel tijdens de arbeidsovereenkomst worden uitbetaald mits dit schriftelijk is overeengekomen tussen de werkgever en werknemer. De mogelijkheid tot afkoop is bij wet van 30 november 2000 geïntroduceerd om 'het leveren van maatwerk voor op de wensen van de werknemer en de mogelijkheden van het bedrijf afgestemde vakantieafspraken' te bevorderen.⁶ De afkoopmogelijkheid geldt niet voor de uit voorgaande jaren opgespaarde wettelijke minimumdagen. In die zin biedt de afkoopmogelijkheid slechts een beperkte mogelijkheid om verlofstuwmeren weg te werken.

De wet zegt niets over de wijze waarop bij schriftelijke overeenkomst ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen kan worden afgeweken van het afkoopverbod. In elk geval zal daaronder worden verstaan een cao en de arbeidsovereenkomst. Sommige werkgevers hebben de vakantie regeling echter in hun personeelshandboek of een andere algemene regeling neergelegd. Betoogd kan worden dat aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan als de arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding bevat. Toch vraag ik mij af of de afspraak, ook al is aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan, dat in enig jaar opgebouwde bovenwettelijke vakantiedagen worden afgekocht als zij niet voor een bepaalde datum in het volgende jaar zijn opgenomen, geldig is. Op grond van artikel 7:638 BW heeft de werknemer het recht zijn vakantiedagen op te nemen. Daarvoor heeft hij vijf jaar de tijd; daarna zijn ze verjaard. De werknemer die de bovenwettelijke vakantiedagen later wil opnemen dan bepaald door de werkgever, hoeft dus niet in te stemmen met de reeds op voorhand overeengekomen afkoopregeling. Zuiverder is het om in een voorkomend geval de werknemer voor te stellen (een deel van) zijn bovenwettelijke vakantiedagen tijdens dienstverband af te kopen.⁷

Tenslotte is de vraag welk bedrag moet worden uitbetaald ter afkoop van de bovenwettelijke vakantiedagen. Dit bedrag bestaat eigenlijk uit twee componenten, het recht op vrijaf en het recht op loon over die dagen. Strikt genomen moeten beide componenten worden vergoed als vakantiedagen gedurende het dienstverband worden afgekocht. In de praktijk worden vakantiedagen zowel tijdens als bij het einde van de arbeidsovereenkomst vergoed tegen betaling van het loon over die dagen.

Discussie over aantal opgebouwde vakantiedagen

Voorals bij de wat kleinere werkgevers komt het nog wel eens voor dat discussie ontstaat over het aantal opgebouwde en genoten vakantiedagen. Vaak wordt dan uitgegaan van het overzicht zoals de werknemer dat voor zichzelf heeft bijgehouden. De werkgever die meent dat dit overzicht niet klopt, heeft weinig kans dat hij de rechter aan zijn zijde krijgt zo blijkt uit een recente uitspraak van de Alkmaarse Kantonrechter.⁸

De werknemer, chef-kok, vorderde van zijn werkgever betaling voor 72 opgebouwde en niet genoten vakantie uren alsmede 70,65 opgebouwde en niet genoten overwerkuren onder verstrekking van een specificatie. Volgens de werknemer had de werkgever de overwerkuren tijdens de 'lock down' ten onrechte uit het administratiesysteem verwijderd. De werkgever betoogde echter dat de overuren in overleg met de werknemer waren afgeboekt in het planningssysteem van de werkgever, omdat de werknemer ervoor had gekozen tijdens de 'lock down' twee maanden thuis te blijven terwijl er voldoende werk voor hem was.

Partijen zijn het eens over het aantal vakantie uren dat de werknemer in 2020 heeft opgenomen. Zij zijn het echter niet eens over het saldo over 2019. Volgens de werknemer resteerde een positief saldo van 115,43; volgens de werkgever resteerde een negatief saldo van 43,33. De kantonrechter stelt voorop dat de werkgever een administratie moet bijhouden van de door de werknemer genoten en openstaande vakantiedagen. Ten aanzien van een beweerd tegoed aan vakantiedagen liggen de stelplicht en de bewijslast bij de werknemer, maar bij betwisting van het door de werknemer gestelde tegoed zal de werkgever zijn betwisting mede moeten motiveren aan de hand van uit de

administratie blijkende gegevens, die dan ook door de werkgever in het geding gebracht moeten worden. De werkgever heeft geen gegevens uit haar administratie overgelegd waaruit volgt hoeveel vakantie uren de werknemer over 2019 tegoed of opgenomen heeft. Daarbij komt bij dat de werkgever ook nog een e-mail heeft gestuurd die de stelling van de werknemer ondersteunt. De vakantie uren moeten derhalve worden uitbetaald.

Ten aanzien van de overuren zou volgens de werkgever zijn afgesproken dat de werknemer die zou opnemen tijdens de corona 'lock down' periode. Dit blijkt echter niet uit de enige door de werkgever overgelegde e-mail in dit verband. Ook blijkt nergens uit dat dit mondeling zou zijn afgesproken. Daarbij heeft de werknemer aangevoerd dat hij tijdens de 'lock down'-periode ook heeft gewerkt; hij heeft thuis calculaties gemaakt, 'take away' opgezet, overleg gevoerd over 'social media' en vanaf Pasen in het restaurant gewerkt voor 'take away'. Vast staat weliswaar dat de werknemer in de 'lock down'-periode minder heeft gewerkt dan de overeengekomen 40 uur per week, maar daaruit blijkt niet dat partijen zijn overeengekomen dat hij zijn overuren in die periode zou opnemen. Ook heeft de werkgever de werknemer niet verzocht om tijdens de 'lock down'-periode zijn overuren op te nemen. Ook de overuren moeten dus worden uitbetaald.

De les voor werkgevers uit deze uitspraak is dat zij altijd een deugdelijke administratie moeten bijhouden van de opgebouwde en genoten vakantiedagen. Dit volgt ook uit artikel 7:641 lid 2 BW. Daarin staat dat de werkgever verplicht is aan de werknemer een verklaring uit te reiken waaruit blijkt over welk tijdvak de werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst nog aanspraak op vakantie heeft. Onduidelijkheid op dit vlak komt voor rekening en risico van de werkgever.

Tot besluit

De vakantie­regeling zoals neergelegd in het BW geeft een duidelijk kader aan werkgevers en werknemers, vooral waar het gaat om de wettelijke vakantiedagen. Omdat bovenwettelijke vakantiedagen niet onder het Unierecht vallen, kunnen hierover afwijkende afspraken worden gemaakt. Dat biedt werkgevers enige ruimte bij bijvoorbeeld het wegwerken van verlofstuwmeren. Door de COVID-19 pandemie, die nog steeds actueel is, blijkt bij werkgevers behoefte te bestaan aan meer sturing op het opnemen van vakantie. Dit zal ongetwijfeld tot meer rechtspraak over de vakantie­regeling leiden. Ik houd u op de hoogte.

Noten :

1. HvJ EU 6 november 2018, nr. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874.
2. Ktr. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731.
3. Zie ook: J.R. Vos, 'Vakantie in tijden van corona', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, 2020/4.
4. Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2316.
5. Ktr. Rotterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8584.
6. Kamerstukken II 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 7.
7. Over dit specifieke onderwerp is (nog) nauwelijks relevante rechtspraak verschenen.
8. Ktr. Alkmaar 23 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6722.

Auteur(s): Mr. M. (Margot) van Herwerden, Houthoff te Amsterdam