



# GRENSOVERSCHRIJDEND WERKEN

*Vakblad over werken en wonen over de grens*

Nummer 56, juli 2023

# Niet opgenomen vakantiedagen bij einde dienstverband

Auteur: **Maud Murrer**

Werkzaam bij RRA N.V. als advocaat arbeidsrecht en pensioenrecht (m.murrer@rra.nl)

**Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft op 27 april 2023 een arrest gewezen over de uitleg van artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG, gelezen in het licht van artikel 31 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: "het Handvest"). Dit betreft een kwestie rondom niet-opgenomen vakantiedagen bij het einde van een dienstverband.**

## Feiten

De werknemer was van 1986 tot en met 30 september 2019 in dienst bij Bayerische Motoren Werke (BMW). Per 1 oktober 2019 is hij met pensioen gegaan. Eind 2012 zijn werkgever en werknemer in het kader van een regeling voor geleidelijke vervroegde uittreding overeengekomen dat de werknemer van 1 februari 2013 tot en met 31 mei 2016 in deeltijd zou werken en van 1 juni 2016 tot en met 30 september 2019 zou worden vrijgesteld van de verplichting om arbeid te verrichten.

De werknemer heeft om de hem resterende vakantiedagen voor 2016 volledig op te maken van 4 tot en met 25 mei 2016 vakantie opgenomen. Wegens ziekte in die periode heeft hij echter niet alle vakantiedagen vóór eind mei 2016 kunnen opnemen.

De werkgever had de werknemer niet eerder uitgenodigd zijn vakantie op te nemen en had hem er evenmin op gewezen dat niet aangevraagde vakantie aan het einde van het kalenderjaar of de overdrachtsperiode zou vervallen.

In 2019 heeft de werknemer een vordering ingesteld tot vergoeding van de niet opgenomen vakantiedagen. Aan deze vordering legde hij ten grondslag dat hij die dagen wegens ziekte niet had kunnen opnemen.

Het Arbeitsgericht (in Duitsland) heeft deze vordering afgewezen op de grond dat - zoals door de werkgever werd aangevoerd - het recht op vakantie over 2016 op 31 maart 2017 om middernacht was vervallen. De rechter achtte het irrelevant dat de werkgever de werknemer niet zou hebben gewaarschuwd zijn vakantie volledig op te nemen, aangezien zij dat onmogelijk kon doen in verband met de arbeidsvrijstelling van de werknemer met ingang van 1 juni 2016 tot de beëindiging van het dienstverband op 30 september 2019.

Werknemer heeft tegen het vonnis van het Arbeitsgericht tevergeefs hoger beroep ingesteld bij het Landesarbeitsgericht.

Vervolgens heeft de werknemer bij het Bundesarbeitsgericht beroep in revision ingesteld. Dit Bundesarbeitsgericht heeft het Hof van Justitie vervolgens twee prejudiciële vragen voorgelegd, waarvan ik de eerste hierna zal weergeven.

## Prejudiciële vraag

*Verzet artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG of artikel 31 lid 2 van het Handvest zich tegen de uitlegging van een nationale regeling als § 7, lid 3 van het Bundesurlaubsgesetz (hierna: "BurlG"), volgens welke het tot dusver niet uitgeoefende recht van een werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, dat in de arbeidsfase van een dienstverband voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers is verworven, in de vrijstellingsfase aan het einde van het vakantiejaar of op een later tijdstip vervalt?*

De tekst van bovengenoemde nationale regeling opgenomen in § 7 lid 3 BurlG luidt als volgt: *De vakantie moet in het lopende kalenderjaar worden toegekend en opgenomen. Zij kan enkel naar het volgende kalenderjaar worden overgedragen indien dringende bedrijfsbelangen of met de werknemer verband houdende redenen dat rechtvaardigen. In geval van overdracht moet de vakantie in de eerste drie maanden van het volgende kalenderjaar worden toegekend en opgenomen. Op verzoek van de werknemer wordt de overeenkomstig § 5 lid 1 onder a) verworven gedeeltelijke vakantie evenwel overgedragen naar het volgende kalenderjaar.*

De vraag was met name of het Unierecht zich tegen het verval van vakantiedagen verzet indien de werkgever aan de werknemer de nog resterende vakantie overeenkomstig de aanvraag heeft toegekend en de werknemer het recht op vakantie alleen niet - volledig - heeft kunnen uitoefenen omdat hij na de toekenning van de vakantie wegens ziekte arbeidsongeschikt is geworden. Het Hof van Justitie oordeelt als volgt:

*"29 Omstandigheden als die van het hoofdgeding kunnen echter geen rechtvaardiging vormen voor een afwijking van het in artikel 7 van richtlijn 2003/88 neergelegde beginsel volgens hetwelk een recht op jaarlijks opgebouwde vakantie met behoud van loon niet kan vervallen bij het verstrijken van de referentieperiode en/of een naar nationaal recht vastgestelde overdrachtsperiode indien de werknemer niet in de gelegenheid is geweest om zijn vakantie op te nemen.*

*30 In dit verband moet, ten eerste, worden opgemerkt dat het in casu niet gaat om een langdurige afwezigheid om gezondheidsredenen of om een dergelijke afwezigheid gedurende meerdere opeenvolgende referentieperiodes, maar om een zeer beperkte periode van twee en twee derde dag, waarvoor FI (lees: werknemer) geen vakantie heeft kunnen opnemen.*

*31 Ten tweede is de onmogelijkheid om de opgebouwde vakantie op te nemen niet het gevolg van een voortdurende afwezigheid van de werknemer wegens ziekte, zoals het geval was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 22 november 2011, KHS (C-214/10, EU:C:2011:761), maar van het feit dat de werkgever de werknemer heeft vrijgesteld van de verrichting van arbeid.*

*32 Ten derde is het inderdaad zo dat de afwezigheid van een werknemer om gezondheidsredenen onvoorspelbaar is*



voor de werkgever, maar dat geldt normaliter niet voor het feit dat die afwezigheid in voorkomend geval die werknemer belet om volledig gebruik te maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie, wanneer het gaat om een arbeidsverhouding binnen de regeling van deeltijdarbeid voor oudere werknemers. De werkgever kan een dergelijk risico immers uitsluiten of beperken door met de werknemer overeen te komen dat deze tijdig zijn vakantie opneemt.

33 Ten vierde maakt het recht op jaarlijkse vakantie, zoals in punt 18 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht en zoals blijkt uit de vaste rechtspraak van het Hof, slechts een van de twee aspecten uit van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon als wezenlijk beginsel van sociaal recht van de Unie, waarbij het andere aspect bestaat in de financiële vergoeding die aan de werknemer is verschuldigd wanneer hij zijn vakantie niet kan opnemen omdat het dienstverband is beëindigd. Indien elk recht op een financiële vergoeding wordt geweigerd aan een werknemer die, in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, ten gevolge van een onvoorziene omstandigheid, zoals ziekte, is verhinderd om zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon uit te oefenen vóór de beëindiging van zijn dienstverband, komt dat neer op een uitholling van het in artikel 7 van richtlijn 2003/88 vervatte recht, gelezen in het licht van artikel 31, lid 2, van het Handvest.

De tweede prejudiciële vraag werd gesteld voor het geval de eerste vraag ontkennend werd beantwoord. Gelet op het antwoord op de eerste vraag, werd de tweede vraag niet beantwoord, zodat ik deze ook niet zal behandelen.

## Oordeel

Het Hof van Justitie oordeelt (in punt 34 van het arrest) dat artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG, gelezen in het licht van artikel 31 lid 2 van het Handvest, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de nationale regeling die bepaalt dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon dat een werknemer uit hoofde van zijn arbeid in het kader van het stelsel van geleidelijke vervroegde uittreding heeft verworven, aan het einde van het referentiejaar voor de vakantie of op een later tijdstip vervalt wanneer de werknemer die vakantie we-

gens ziekte niet heeft kunnen opnemen vóór het begin van de fase van arbeidsvrijstelling, zelfs in het geval dat het niet gaat om een langdurige afwezigheid.

Dat betekent dus dat de werknemer alsnog aanspraak kon maken op het resterend aantal verlofdagen.

Dit arrest lezende, rijst onder andere de vraag hoe het Hof van Justitie aankijkt tegen vaststellingsovereenkomsten waarin in de praktijk vaak wordt opgenomen dat de werknemer wordt vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden (vaak) vanaf het tekenen van de vaststellingsovereenkomst tot de overeengekomen einddatum en waarbij dan tevens tussen partijen overeengekomen wordt dat alle vakantiedagen van de werknemer geacht worden te zijn opgenomen, zodat ter zake geen uitbetaling meer plaatsvindt. Zegt het Hof van Justitie in punt 31 dat het onmogelijk is om vakantie op te nemen als de werkgever de werknemer heeft vrijgesteld van arbeid? Ik wijs daarbij ook nog op de overweging in punt 32, inhoudende dat het Hof van Justitie overweegt dat de werkgever het risico op het moeten uitbetalen van vakantiedagen kan beperken door overeen te komen dat een werknemer tijdig zijn vakantie opneemt.

Ik vermoed dat het Hof van Justitie dit niet zo vérstrekkend heeft bedoeld, nu er in de hiervoor aangehaalde punten 31 en 32 ook gewezen wordt op de specifieke omstandigheden zoals een voortdurende afwezigheid van de werknemer wegens ziekte of vroegpensioen (zoals in deze zaak aan de orde was). Zekerheid hierover bestaat uiteraard eerst pas als het Hof van Justitie zich hierover nader zou uitlaten in een volgend arrest.

## Tip voor de praktijk

Zou het Hof van Justitie bedoeld hebben dat het niet is toegestaan dat een vrijstelling van werkzaamheden samengaat met een bepaling in een vaststellingsovereenkomst dat alle vakantiedagen worden geacht te zijn opgenomen, zouden werkgevers ervoor kunnen kiezen in een dergelijke overeenkomst op te nemen dat de werknemer éérst alle resterende vakantie-rechten opneemt en daarna pas wordt vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden met behoud van loon.