

# Vakantiewetgeving m.i.v. 1 januari 2012

Wet houdende het afschaffen van de beperkte opbouw van minimum vakantierechten tijdens ziekte, de invoering van een vervaltermijn voor de minimum vakantiedagen en de aanpassing van enige andere artikelen in de regeling voor vakantie en verlof in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. (32465)

## Doel van het wetsvoorstel

De wijziging van het Burgerlijk Wetboek (BW) betreffende de opbouw van minimum vakantiedagen bij langdurige ziekte leidt ertoe dat de beperking in de opbouw van deze vakantiedagen van langdurig zieke werknemers wordt afgeschaft. Langdurig zieke werknemers zullen volledig minimum vakantiedagen gaan opbouwen en daardoor over een periode van 2 jaar maximaal 30 minimum vakantiedagen meer opbouwen dan momenteel het geval is. Nu de vakantierechten van langdurig zieke werknemers fors worden uitgebreid, is de vraag naar voren gekomen of het in zijn algemeenheid niet wenselijk is dat werknemers gestimuleerd worden om regelmatig hun minimum vakantiedagen op te nemen. Een regelmatige opname van deze vakantiedagen bevordert de recuperatiefunctie van de minimum vakantie en draagt daarmee bij aan de veiligheid en gezondheid van werknemers. Met het oog hierop is besloten een vervaltermijn voor de minimum vakantiedagen in te voeren om werknemers te stimuleren regelmatig vakantiedagen op te nemen.

## Gezonde / (langdurig) zieke werknemers

De vervaltermijn geldt zowel voor gezonde als voor (langdurig) zieke werknemers, voor zover zij redelijkerwijs in staat zijn om minimum vakantiedagen op te nemen. Ook voor langdurig zieke werknemers geldt dat opname van minimum vakantiedagen een recuperatiefunctie heeft, namelijk herstellen of uitrusten van de activiteiten die hun re-integratieplicht met zich meebrengt. Nu van gezonde werknemers wordt verlangd dat zij minimum vakantiedagen opnemen om te kunnen recupereren, valt niet in te zien waarom dat van langdurig zieke werknemers (met re-integratieverplichtingen) niet zou mogen worden verlangd.

## Medische redenen

Er zijn echter situaties denkbaar dat de werknemer niet in staat is geweest om de minimumvakantie op te nemen. In dat geval, zo is de uitleg van artikel 7 van de richtlijn 2003/88/EG door het HvJEU, mogen de minimum vakantieaanspraken niet vervallen. In verband daarmee wordt een uitzondering voorgesteld voor de situatie dat de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest om zijn minimumvakantie op te nemen. Het gaat hierbij om situaties dat de werknemer gedurende het opbouwjaar en de daaropvolgende 6 maanden om medische redenen of in verband met andere bijzondere omstandigheden redelijkerwijs niet in staat is geweest om zijn minimum vakantierecht te benutten.

## Opnemen van vakantie bij ziekte en re-integratie

Op de werkgever rust de verplichting de inschakeling van de zieke werknemer in het arbeidsproces te bevorderen (artikel 7:658a BW). Hiertoe dient de werkgever in overeenstemming met de werknemer een plan van aanpak op te stellen en dat regelmatig met medewerking van de werknemer te evalueren en zo nodig bij te stellen. De werknemer is verplicht mee te werken aan de in het re-integratieplan opgenomen

maatregelen die zijn gericht op zijn re-integratie en passende arbeid te aanvaarden waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt (artikel 7:660a BW). Slechts in uitzonderlijke gevallen zal de werkgever niet gehouden zijn om de werknemer te begeleiden naar een terugkeer naar arbeid, omdat daartoe om medische redenen geen mogelijkheden bestaan. Daarvan zal in ieder geval sprake zijn in situaties zoals omschreven in artikel 2, vijfde lid, van het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten waarin het evident is dat vanwege zeer beperkte zelfredzaamheid re-integratie niet aan de orde kan zijn.

### **Meewerken aan opstellen / uitvoeren re-integratieplan**

Voor de werknemer zal het werken aan zijn herstel en een zo spoedig mogelijke terugkeer in het arbeidsproces voorop moeten staan. Hij zal dan ook mee moeten werken aan het opstellen en uitvoeren van het re-integratieplan. Dat is nu ook het geval. Daarbij ga ik ervan uit, dat geen re-integratieverplichtingen worden opgelegd aan werknemers die daartoe niet in staat zijn.

### **Re-integratieactiviteiten**

Voor het verval van het minimum aan vakantierechten is bepalend, of een werknemer zijn vakantierechten heeft kunnen benutten binnen de opbouwperiode plus 6 maanden. Hiermee wordt het volgende bedoeld. Als een werknemer niet alle minimum vakantiedagen heeft opgenomen, komen deze een half jaar na afloop van het opbouwjaar te vervallen, tenzij hij tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat was deze dagen op te nemen. Daarbij dient te worden beoordeeld of hij gedurende de totale periode redelijkerwijs niet in staat is geweest om zijn minimum vakantiedagen op te nemen. De werknemer wordt bijvoorbeeld in staat geacht om minimum vakantiedagen op te nemen als het re-integratie traject is gestart. Zoals uit het voorgaande blijkt is ook voor re-integrerende werknemers het opnemen van vakantie van belang om te kunnen recupereren van de inspanningen die volgen uit verplichtingen die aan de arbeidsovereenkomst (i.c. de re-integratie) zijn verbonden. Dat die verplichtingen anders zijn dan het verrichten van de bedongen arbeid en in aard en omvang zijn afgestemd op de gezondheidssituatie, maakt het belang van de recuperatiefunctie van de minimum vakantiedagen niet minder groot. In het algemeen geldt dan ook dat het opnemen van minimum vakantie niet ten koste zal gaan van het re-integratietraject, maar er juist aan zal bijdragen. In die gevallen waar het opnemen van minimum vakantie het re-integreren in de weg staat, waardoor de minimum vakantie niet tijdig (voor het einde van de vervaltermijn) kan of mag worden opgenomen, zullen deze vakantiedagen niet komen te vervallen. In deze situatie is de werknemer redelijkerwijs niet in staat geweest (tijdig) minimum vakantie op te nemen.

### **Re-integratieverplichtingen**

De vervaltermijn vangt in beginsel aan op de eerste dag na het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven en eindigt 6 maanden daarna. Voor werknemers die tijdens de vervaltermijn voldoende hersteld raken om te kunnen re-integreren, zal gelden dat zij gedurende het restant van de vervaltermijn hun minimum vakantiedagen op moeten maken om verval te voorkomen. Om misverstanden te voorkomen is het verstandig als de werkgever de re-integrerende werknemer bij de aanvang van de re-integratie daarop wijst of dat opneemt in het re-integratieplan. In de voorlichting over de gewijzigde vakantiewetgeving zal hier dan ook uitdrukkelijk aandacht aan worden besteed.

De werknemer die het niet eens is met de aan hem opgelegde re-integratieverplichtingen of aangeboden passende arbeid kan een deskundigenoordeel vragen aan UWV (artikel 32, Wet Suwi). Dit deskundigenoordeel is niet bindend, maar wel zwaarwegend en wordt veelal door de werkgever overgenomen. Neemt de werkgever het deskundigenoordeel niet over, dan kan de werknemer naar de rechter gaan. De praktijk wijst uit, dat de rechter in principe afgaat op het deskundigenoordeel.

### **Welke dagen moeten worden afgeboekt?**

De werknemer zal zelf aangeven of hij wettelijke minimum of bovenwettelijke vakantiedagen wil opnemen. Ervan uitgaande dat de wettelijke minimum dagen als eerste verloren gaan door verval, zal hij deze dagen als eerste opnemen. Daarna resteren twee weken uit het wettelijke tegoed aan minimum vakantierechten en twee weken uit het bovenwettelijke tegoed.

Met het oog op de recuperatiedoelstelling van de (minimum) vakantie is het van belang dat de werknemer regelmatig vrij neemt om te herstellen van de verplichtingen die uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeien. Het maakt voor het recupereren als zodanig niet uit of de werknemer dan een wettelijke minimum dag of een bovenwettelijke dag opneemt. Voor de werknemer is het van belang te voorkomen dat vakantiedagen ongebruikt verloren gaan. De werknemer zal met het oog daarop doorgaans eerst de minimumvakantiedagen opnemen, omdat die dagen in de regel als eerste verloren gaan. Het verschil in wettelijke minimum vakantiedagen en bovenwettelijke dagen zal in de administratie zichtbaar moeten zijn. Bepalend is daarbij, dat de werknemer aangeeft welke vakantiedag hij wil opnemen. Ik verwacht niet dat er discussie zal ontstaan over de vraag of een werknemer een wettelijke of een bovenwettelijke dag heeft opgenomen. Ook in de huidige situatie bestaan al meerdere soorten verlof, waaronder ouderschapsverlof en andere verloven uit de Wet arbeid en zorg. Ook deze verlofdagen dienen apart te worden geadministreerd. Een administratie die onderscheid maakt naar soorten verlofdagen is dus niet nieuw.

### **Jurisprudentie / nieuwe situatie**

Ook thans is niet wettelijk geregeld welke dagen als eerste moeten worden afgeboekt. Volgens jurisprudentie van de Hoge Raad geldt dat de oudste vakantiedagen als eerste worden afgeboekt (HR, 10 juni 1988, nr.13273, N.J. 1988, 965). In dit arrest is bepaald dat in het „doorlopende systeem van opbouw van vakantiedagen“ opnemings van vakantiedagen in beginsel aan de eerst verworven nog niet opgenomen vakantiedagen toegerekend moet worden. Met deze werkwijze werd zoveel mogelijk voorkomen dat de werknemer verlofdagen zou zien verjaren. Het belang van de werknemer en diens recht om zijn vakantiedagen op te nemen, stonden in feite voorop.

Bij inwerkingtreding van de onderhavige wetswijziging ontstaat een nieuwe situatie. Voor vakantiedagen (minimum en bovenwettelijk) die zijn opgebouwd onder het huidige regime en voor de nieuw op te bouwen bovenwettelijke dagen blijft een verjaringstermijn gelden van vijf jaar. Voor de minimum vakantiedagen die worden opgebouwd na inwerkingtreding van de wetswijziging geldt in beginsel een vervaltermijn van 6 maanden na het opbouwjaar. Het zijn niet meer per definitie de oudste opgebouwde dagen die als eerste vervallen. Minimum vakantiedagen die worden opgebouwd onder het nieuwe

regime vervallen eerder dan dagen die onder het huidige regime zijn opgebouwd en de nieuw opgebouwde bovenwettelijke dagen. De voormelde jurisprudentie is dan ook niet toepasbaar op die nieuwe situatie, omdat deze er in de praktijk toe zou leiden dat nieuw opgebouwde minimum vakantiedagen zullen vervallen als een werknemer nog beschikt over vakantiedagen die onder de huidige wetgeving zijn opgebouwd. Dat kan niet de bedoeling zijn. Ook nu weer redenerend vanuit het belang van de werknemer en diens recht om zijn vakantiedagen op te nemen, zullen minimum vakantiedagen waarop de vervaltermijn van 6 maanden van toepassing is eerder moeten worden afgeboekt dan de dagen waarvoor een verjaringstermijn van 5 jaar geldt. Een redelijke wetsuitleg leidt ertoe dat in het belang van de werknemer de dagen die als eerste verloren gaan door verval of verjaring als eerste worden afgeboekt. Nu dit tevens zo uitdrukkelijk in de wetsgeschiedenis is verwoord, verwacht ik geen problemen. Verder zal in de voorlichting over de nieuwe vakantieregelgeving hier aandacht aan worden besteed.

### **Vervaltermijn opgebouwde vakantiedagen**

Een belangrijk doel van de minimumvakantie is de werknemer in de gelegenheid te stellen te recupereren, dat wil zeggen te herstellen en uit te rusten van de verplichtingen die uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeien. Met het oog hierop is het van belang dat de werknemer regelmatig vakantie neemt. De huidige mogelijkheid om het opnemen van minimum vakantiedagen langdurig uit te stellen doet onvoldoende recht aan het belang van deze recuperatiefunctie. Deze gedachte wordt ondersteund door jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU). Het HvJEU stelt, dat het positieve effect van het verlof op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer zich ten volle doet gevoelen wanneer dit verlof in het daartoe voorziene jaar, te weten het lopende jaar, wordt opgenomen, maar boet deze rusttijd niet aan belang in wanneer deze in een volgende periode wordt opgenomen (r.o. 30 van het arrest Schultz-Hoff). De invoering van een vervaltermijn, die zes maanden na het opbouwjaar eindigt, stimuleert werknemers om regelmatig minimum vakantiedagen op te nemen in het lopende jaar of in het daaropvolgende half jaar en draagt daarmee bij aan de recuperatiefunctie van de minimum vakantiedagen en aan de veiligheid en gezondheid van werknemers.

Aan de voorgestelde vervaltermijn ligt de overweging ten grondslag dat voor iedere werknemer, mannen zowel als vrouwen, het tijdig recupereren door het opnemen van (minimum) vakantiedagen van belang is voor de veiligheid en gezondheid. Een korte vervaltermijn stimuleert werknemers tot tijdig opnemen van de minimumvakantiedagen en komt daarmee ten goede aan de recuperatiefunctie van deze dagen. De regering hecht dan ook aan de recuperatiefunctie van de minimum vakantie. Voor andere doeleinden zijn specifieke verlofrechten geïntroduceerd die zijn uitgewerkt met het oog op concrete situaties, vaak met enige vorm van loondoorbetaling. Voorts laat het wetsvoorstel de bovenwettelijke vakantiedagen onverlet en daarmee dus tevens de mogelijkheid om die dagen aan te wenden voor zorgtaken, mocht dat ondanks andere voorzieningen gewenst zijn.

### **Afwijkende afspraken**

Tot slot voorziet artikel 7:640a BW in de mogelijkheid van afwijkende afspraken ter zake van de vervaltermijn ten gunste van de werknemer, zodat in goed overleg tussen werkgever en werknemer tot andersluidende afspraken kan worden gekomen als dat

wenselijk wordt gevonden. Het is de verantwoordelijkheid van partijen hoe hiermee om te gaan in het licht van de doelstelling die aan de minimumvakantie ten grondslag ligt.

### **Tijdstip verwerving**

De werknemer krijgt in de praktijk doorgaans aan het begin van het kalenderjaar de beschikking over alle over dat jaar te verwerven vakantieaanspraken, ook al heeft hij die dagen feitelijk nog niet opgebouwd. De werknemer is daardoor bijvoorbeeld in staat om in februari een week vakantie op te nemen of drie weken in de zomer, hoewel hij in feite pas aan het einde van maart respectievelijk het einde van september dat aantal vakantiedagen heeft opgebouwd. In die situatie geldt de facto voor alle vakantiedagen een evenlange periode waarin deze kunnen worden opgenomen, namelijk het gehele kalenderjaar waarin de dagen worden opgebouwd en in de 6 maanden volgend op dat jaar. Verder geldt dat de vervaltermijn als zodanig voor alle minimum vakantiedagen, ongeacht het tijdstip van verwerving, hetzelfde is, namelijk 6 maanden na het einde van het opbouwjaar. Een werknemer die in de loop van een kalenderjaar uit dienst gaat, krijgt de opgebouwde niet opgenomen (minimum) vakantiedagen uitbetaald.

*(Toevoeging JWinfotainment: volgens jurisprudentie is de werkgever gerechtigd opname van vakantiedagen op toekomstig verlofsaldo te weigeren -dit zou zich kunnen voordoen bij een werknemer die net in dienst is.)*

### **Daadwerkelijk in staat zijn geweest / Redelijkerwijs niet in staat zijn geweest**

De formulering „daadwerkelijk de mogelijkheid hebben gehad om vakantie op te nemen“ is afkomstig uit het arrest Schultz-Hoff (HvJEU, C350/06 en C520/06, r.o.43, d.d. 20 januari 2009). Dit duidt op een bewijslast van de werkgever. In het latere arrest Pereda (HvJEU C277-08, r.o.19, d.d. 10 september 2009) wordt echter de volgende formulering gebruikt: „zo vervalt het recht op de jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet aan het einde van de referentieperiode, wanneer de werknemer met ziekteverlof is geweest tijdens de gehele referentieperiode of een deel daarvan en niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van dit recht gebruik te maken“. Deze later formulering duidt op een bewijslast voor de werknemer.

„Redelijkerwijs niet in staat zijn“ is een open formulering, die naast ziekte ook op andere situaties van toepassing kan zijn. Een en ander moet worden beoordeeld naar de omstandigheden van het geval. Zoals hiervoor aangegeven geldt voor bijvoorbeeld langdurig zieke werknemers aan wie om medische redenen geen re-integratieverplichtingen zijn opgelegd, dat zij redelijkerwijs gezien ook niet in staat zijn geweest van het recht op minimum vakantie gebruik te maken. Voor langdurig zieke werknemers aan wie wel re-integratie verplichtingen zijn opgelegd, geldt dat zij redelijkerwijs wel in staat zijn geweest minimum vakantie op te nemen en het ook in hun belang is om dat te doen. Net als bij niet zieke werknemers ziet de vervaltermijn erop toe dat zij tijdig minimum vakantie nemen. Een andere situatie doet zich voor als een werknemer door toedoen van de werkgever zijn minimum vakantiedagen niet heeft kunnen benutten. In dat geval kan worden geoordeeld dat de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest om (alle) minimum vakantiedagen op te nemen en geldt de vervaltermijn niet voor de resterende dagen.

De formulering „redelijkerwijs niet in staat is geweest“ impliceert dat de werknemer dit aannemelijk moet maken. Bij langdurige ziekte kan daarbij bijvoorbeeld ook gebruik worden gemaakt van informatie van de Arbodienst of bedrijfsarts. Er kan dan ook niet worden gesteld dat het recht op minimumvakantie onvoldoende is geborgd, noch dat de regering aan het begrip “redelijkerwijs” een zeer beperkte invulling geeft waardoor aan werknemers vakantierechten worden onthouden. Zoals eerder aangegeven zijn de wettelijke minimum vakantierechten van langdurig zieke werknemers door de afschaffing van de beperkte opbouw van wettelijke minimum vakantieperioden uitgebreid en hebben zieke en gezonde werknemers dezelfde minimum vakantierechten. De invoering van de vervaltermijn, die bedoeld is om werknemers te stimuleren minimum vakantieperioden op te nemen, doet daar niet aan af.

## Overgangsrecht

De nieuwe wet komt tegemoet aan de jurisprudentie van het HvJEU, op grond waarvan de beperkte opbouw van wettelijke minimum vakantieperioden voor zieke werknemers strijdig met de Arbeidstijdenrichtlijn werd bevonden, maar waarin ook werd aangegeven dat voorwaarden mogen worden gesteld aan het opnemen van minimum vakantieperioden (waarin door de vervaltermijn wordt voorzien). Invoering van de nieuwe wetgeving met terugwerkende kracht tot 20 januari 2009, zoals de werknemersorganisaties bepleiten, zou betekenen, dat een langdurig zieke werknemer, of een voormalig langdurig zieke werknemer, alsnog jegens zijn (ex)werkgever aanspraak zou kunnen maken op volledige opbouw van wettelijke minimum vakantieperioden of de uitbetaling daarvan bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Zoals aangegeven in de nota naar aanleiding van het verslag wordt dit in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel geacht. Ik wijs er voorts op dat niet op voorhand duidelijk was – niet alleen voor de Nederlandse overheid – dat de Arbeidstijdenrichtlijn ertoe verplicht ook bij langdurige ziekte van werknemers te voorzien in volledige opbouw van minimum vakantieperioden.

## Inwerkingtreding

De wijziging van de vakantiewetgeving betekent dat werkgevers hun verlofregistratiesysteem zullen moeten wijzigen. Er moet een onderscheid gemaakt kunnen worden tussen het opnemen van wettelijke minimum vakantieperioden (met een verval- of verjaringstermijn) en het opnemen van bovenwettelijke vakantieperioden (met verjaringstermijn). De werkgevers hebben enige tijd nodig om zichzelf en ook hun werknemers daarop voor te bereiden. Ik heb besloten de wijziging per **1 januari 2012** in te laten gaan wat ook voldoende tijd biedt voor de noodzakelijke voorlichting over de wijzigingen van de vakantiewetgeving.

*Deze tekst is een samenvatting, van JWinfotainment, van een brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, dhr. H.G.J. Kamp, aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, op 5 april 2011. Op een aantal punten heeft JWinfotainment de tekst gewijzigd. Dit is uitsluitend gebeurd om de leesbaarheid van de samenvatting te bevorderen. Aan de inhoudelijke kant van de brief is niks gewijzigd. Aan deze samenvatting kunnen geen rechten worden ontleend.*

Het originele document is te lezen op <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/04/05/memorie-van-antwoord-wijziging-vakantiewetgeving.html>