

# 132. De (on)mogelijkheid tot het laten vervallen van bovenwettelijke vakantiedagen: oplossingen gezocht!

MR. N.M. CUPPEN EN MR. M. VAN DEN EECKHOUT

De vakantieafdeling van titel 7.10 BW bevat op verscheidene punten soepelere regels voor wat betreft bovenwettelijke vakantiedagen. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of een werkgever met diens werknemers overeen kan komen dat ook bovenwettelijke vakantiedagen op een bepaald moment komen te vervallen, in plaats van dat zij verjaren na verloop van vijf jaar. Voor wettelijke vakantiedagen geldt immers wel een vervaltermijn, terwijl dat de minimumaanspraak betreft. In de literatuur wordt wel betoogd dat dat mogelijk is. Daarnaast heeft het Hof van Justitie eind 2019 in het *TSN*-arrest bevestigd dat het Unierecht omtrent vakantie alleen ziet op de minimumaanspraak van vier weken.<sup>1</sup> Bovenwettelijke vakantiedagen vallen derhalve niet onder het Unierecht en lidstaten kunnen daarvoor dus afwijkende regels introduceren. Een goed moment om stil te staan bij het verschil tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen in de Nederlandse wetgeving en de vraag of kan worden overeengekomen dat bovenwettelijke vakantiedagen komen te vervallen.

## Inleiding

In art. 7:640a BW is sinds 1 januari 2012 opgenomen dat wettelijke vakantiedagen vervallen nadat zes maanden zijn verstreken sinds het jaar waarin die dagen zijn opgebouwd. Dit is slechts anders wanneer de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest om vakantie op te nemen. In dit wetsartikel is niets opgenomen ten aanzien van de bovenwettelijke dagen. Betekent dit dat een vervaltermijn ook voor bovenwettelijke vakantiedagen kan worden overeengekomen of is afwijking juist niet mogelijk nu dit artikel die mogelijkheid niet expliciet biedt?

Hierna zal eerst het wettelijk kader rondom vakantie worden uiteengezet. Zo wordt de wetssystematiek duidelijk en ook in welke zin de regels omtrent de bovenwettelijke vakantiedagen afwijken van de wettelijke vakantiedagen.

## De Nederlandse vakantiewetgeving

Op Unierechtelijk niveau is het recht op vakantie met name vastgelegd in Richtlijn (EG) nr. 2003/88 van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2003, L299 (hierna: de Richtlijn). Het Unierecht geldt slechts ten aanzien van het minimum aan vakantie dat de Richtlijn voorschrijft (art. 7 lid 1 Richtlijn). Het

aantal wettelijke vakantiedagen in Nederland is gelijk aan dat minimum, zijnde viermaal de overeengekomen arbeidsduur per week (bij een fulltime dienstverband betekent dat vier weken vakantie per jaar). Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld Spanje waar werknemers recht hebben op zes weken vakantie per jaar en Frankrijk waar een recht van vijf weken vakantie per jaar geldt.

## Afdeling 3 van titel 10, boek 7 BW

De Nederlandse regels omtrent vakantiedagen zijn opgenomen in art. 7:634 tot en met 7:645 BW. De afdeling is van dwingend recht: afwijking ten nadele van de werknemer is niet toegestaan – tenzij zodanige afwijking bij een artikel is toegelaten – en leidt tot vernietigbaarheid van een dergelijke afspraak (art. 7:645 jo. 3:40 BW).

De Nederlandse vakantiewetgeving bevat (vanuit werkgevers-oogpunt gezien) strengere regels voor de wettelijke vakantiedagen dan voor de bovenwettelijke

De wet stelt in art. 7:634 BW het minimumaantal vakantiedagen vast. De opbouw van wettelijke vakantiedagen is gekoppeld aan het recht op loon (art. 7:634 BW). Werknemers bouwen derhalve ook wettelijke vakantiedagen op tijdens ziekte (art. 7:629 BW), tijdens het opnemen van

<sup>1</sup> HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken C-609 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (*TSN*).

vakantie (art. 7:639 BW) en tijdens een non-actiefstelling met behoud van salaris.<sup>2</sup>

Nu dit wetsartikel het wettelijk minimum regelt, geldt de koppeling van de opbouw van vakantie aan het recht op loon niet voor bovenwettelijke vakantiedagen. Daardoor kan bijvoorbeeld worden afgesproken dat de werknemer geen bovenwettelijke vakantiedagen opbouwt tijdens ziekte. Ook kan de afspraak worden gemaakt dat de opbouw van bovenwettelijke vakantiedagen afhankelijk is van een goede beoordeling over het voorgaande jaar.

Art. 7:635 BW noemt een aantal uitzonderingssituaties waarin werknemers die geen recht op loon hebben, toch vakantie opbouwen. Zo bouwen bijvoorbeeld werknemers die langdurig onbetaald zorgverlof genieten (art. 7:635 lid 1 sub g BW) en werknemers die adoptieverlof, zwangerschaps- of bevallingsverlof genieten (art. 7:635 lid 2 en 3 BW) toch vakantie op. Voor wat betreft de bovenwettelijke vakantiedagen kunnen werkgever en werknemer bij schriftelijke overeenkomst hierover afwijkende afspraken maken (art. 7:635 lid 5 BW). Zo kan bijvoorbeeld worden afgesproken dat geen bovenwettelijke vakantiedagen worden opgebouwd gedurende de periode dat een werknemer zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet. Art. 7:635 BW laat dus afwijking voor wat betreft de bovenwettelijke vakantiedagen toe.

### Dat maakt dat een afspraak dat bovenwettelijke vakantiedagen komen te vervallen een niet-toegestane afwijking is van art. 7:642 BW

In art. 7:636 BW is vervolgens bepaald dat dagen waarop de werknemer de arbeid niet kan verrichten wegens een van de redenen genoemd in art. 7:635 lid 1 en lid 4 BW, kunnen worden aangemerkt als bovenwettelijke vakantiedagen. Deze mogelijkheid bestaat niet ten aanzien van wettelijke vakantiedagen. Met bijvoorbeeld de werknemer die langdurig zorgverlof geniet kan dus worden afgesproken dat een deel daarvan wordt aangemerkt als bovenwettelijke vakantiedagen en dus van het bovenwettelijke vakantie-saldo wordt afgetrokken. Voorwaarde voor het aanmerken als bovenwettelijke vakantiedagen is wel dat de werknemer daarmee *'in een voorkomend geval'* instemt.<sup>3</sup> Een dergelijke afspraak kan dus niet al op voorhand in de arbeidsovereenkomst of in het personeelshandboek worden opgenomen.<sup>4</sup> Tot slot is nog bepaald dat een dergelijke afspraak niet kan worden gemaakt in het geval werknemers adoptieverlof, zwangerschaps- of bevallingsverlof genieten (art. 7:636 lid 2 BW).

De wet biedt eveneens de mogelijkheid om ziektedagen aan te merken als bovenwettelijke vakantiedagen (art. 7:637 lid 1 BW). Ook hierbij geldt als voorwaarde dat de werknemer daarmee instemt op het moment dat de situatie zich voordoet: ziektedagen kunnen dan worden afgetrokken van het bovenwettelijke vakantie-saldo van de werknemer. De wet gaat echter nog een stap verder door in art. 7:637 lid 2 BW te bepalen dat dit ook van tevoren kan worden afgesproken, zij het dat die afspraak alleen kan zien op de bovenwettelijke vakantiedagen die de werknemer in het jaar van ziekte heeft opgebouwd. Een dergelijke afspraak kan dus worden neergelegd in een arbeidsovereenkomst. Wederom zien de mogelijkheden die art. 7:637 BW de werkgever biedt alleen op bovenwettelijke vakantiedagen.

In art. 7:638 BW is geregeld op welke manier de werkgever de vakantie van de werknemer vaststelt. Uitgangspunt is dat dit gebeurt aan de hand van de wensen van de werknemer. Dit is alleen anders als (i) de vakantieperioden reeds zijn vastgesteld bij schriftelijke overeenkomst of bij cao of (ii) gewichtige redenen aan de kant van de werkgever zich daartegen verzetten (art. 7:638 lid 2 BW). Van gewichtige redenen is sprake als het inwilligen van het vakantieverzoek van de werknemer leidt tot een ernstige verstoring van de bedrijfsvoering.<sup>5</sup> Maakt de werkgever deze gewichtige redenen niet binnen twee weken schriftelijk kenbaar aan de werknemer, dan is de vakantie overeenkomstig de wens van de werknemer vastgesteld. In art. 7:638 BW wordt slechts op een klein onderdeel afwijkende afspraken voor bovenwettelijke vakantiedagen toegestaan: de zojuist omschreven tweeweken-termijn voor het vaststellen van bovenwettelijke vakantiedagen kan worden verlengd (art. 7:638 lid 7 BW).

In art. 7:639 BW is opgenomen dat de werknemer die vakantie geniet, recht heeft op loon. Maar wat moet onder loon worden verstaan? Volgens het Hof van Justitie heeft de werknemer tijdens vakantie recht op hetzelfde loon als hij of zij normaal gesproken ontvangt.<sup>6</sup> Het gaat om het basisloon en alle loonelementen die intrinsiek samenhangen met de werkzaamheden die de werknemer verricht.<sup>7</sup> Dit loonbegrip geldt dus (in ieder geval) voor wettelijke vakantiedagen.

Maar kan voor bovenwettelijke vakantiedagen een ander (lager) loonbegrip worden overeengekomen?<sup>8</sup> Bovenwettelijke vakantiedagen worden immers in beginsel niet geregeld door het Unierecht. In de rechtspraak komt deze vraag regelmatig aan bod. Het gaat dan bijvoorbeeld om cao's waarin staat opgenomen dat een onregelmatigheidstoeslag geen deel uitmaakt van het loon dat de werknemers tijdens vakantie ontvangen. Werkgevers voeren bij loonvor-

<sup>2</sup> HR 17 maart 1989, NJ 1989/437.

<sup>3</sup> Art. 7:636 lid 1 BW.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1999/00, 27079, nr. 6, p. 6.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26079, nr. 5, p. 10.

<sup>6</sup> HvJ EG 16 maart 2006, «JAR» 2006/84 (Robinson/Steele).

<sup>7</sup> HvJ EU 16 september 2011, «JAR» 2011/279 (Williams/British Airways).

<sup>8</sup> Zie hierover ook M. Hurks, 'De waarde van een vakantiedag: een overzicht', TAP 2018/160, p. 15-16.

deringen van werknemers dan vaak subsidiair aan dat die afspraak in ieder geval geldig is voor zover het de bovenwettelijke vakantiedagen betreft.

De Rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat wel afwijkende afspraken kunnen worden gemaakt voor bovenwettelijke vakantiedagen, nu in dat geval geen strijd bestaat met de Richtlijn (en dus met de rechtspraak van het Hof van Justitie).<sup>9</sup> De rechtbank heeft dit oordeel helaas niet nader gemotiveerd. Wij kunnen ons voorstellen dat de gedachtenlijn was dat niet wordt afgeweken van art. 7:639 BW indien wordt overeengekomen dat de werknemer een ander (lager) loon ontvangt bij het opnemen van bovenwettelijke vakantiedagen. Het Unierecht ziet immers slechts op de wettelijke vakantiedagen, waardoor alleen ten aanzien van die dagen het loonbegrip in art. 7:639 BW hoeft te worden uitgelegd aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie. In het overgrote deel van de uitspraken wordt echter geoordeeld dat een afwijkend loonbegrip voor bovenwettelijke vakantiedagen niet toegestaan is.<sup>10</sup> Zo oordeelde het Hof Den Haag in 2016 dat uit de wet volgt dat niet ten nadele van de werknemer van art. 7:639 BW kan worden afgeweken, omdat dit artikel afwijking voor bovenwettelijke vakantiedagen niet toelaat (art. 7:639 jo. 7:645 BW).<sup>11</sup> Dit komt doordat art. 7:639 BW geen onderscheid maakt tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of voor bovenwettelijke vakantiedagen een afwijkend loonbegrip kan worden overeengekomen. Hierover bestaat dus nog geen uitsluitel. In de literatuur wordt over deze vraag verschillend gedacht. Zo meent Hurks – in lijn met het Hof Den Haag – dat met zo'n afwijkend loonbegrip ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van art. 7:639 BW, zonder dat dit is toegelaten. Volgens Funke is een afwijkend loonbegrip wel toegestaan, onder meer nu het loonbegrip alleen ten aanzien van de minimumaanspraak richtlijnconform dient te worden uitgelegd.<sup>12</sup>

Wij zijn van oordeel dat het niet mogelijk is om een ander loonbegrip te hanteren. Art. 7:639 BW maakt immers geen onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen. Dit is anders dan in art. 7:634 BW: daarin wordt expliciet gesproken over de minimumvakantieaanspraak,

waardoor dat artikel niet op bovenwettelijke vakantiedagen van toepassing is en afwijkende afspraken voor die dagen dus mogelijk is. De vraag is ook hoe praktisch het is om ander loonbegrip te hanteren. Dat vergt immers een enorm goede (vakantie)administratie.

In art. 7:640 BW is geregeld dat de werknemer vakantiedagen tijdens de duur van het dienstverband niet kan laten afkopen. Dit verbod geldt alleen voor de wettelijke vakantiedagen. Voor bovenwettelijke vakantiedagen kan bij schriftelijke overeenkomst worden afgesproken dat die dagen wél kunnen worden afgekocht (art. 7:640 lid 2 BW). Ten aanzien van dit onderwerp gelden dus minder strenge regels voor de bovenwettelijke vakantiedagen.

Art. 7:640a BW bepaalt dat wettelijke vakantiedagen vervallen nadat zes maanden zijn verstreken sinds het jaar waarin die dagen zijn opgebouwd, tenzij de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest om de dagen op te nemen. Hiervan zal met name sprake zijn in geval van volledige arbeidsongeschiktheid en er geen re-integratiemogelijkheden bestaan voor de werknemer. In dit artikel is niets opgenomen ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen.

Art. 7:641 BW ziet op de vakantieaanspraak bij het einde van de arbeidsovereenkomst. De werknemer heeft in dat geval recht op een uitkering in geld van de nog openstaande vakantiedagen (art. 7:641 lid 1 BW). Ten aanzien van die niet-genoten vakantiedagen is de werkgever verplicht om de werknemer een verklaring uit te reiken waaruit blijkt hoeveel vakantiedagen de werknemer niet heeft genoten (art. 7:641 lid 2 BW). Die verklaring kan de werknemer dan gebruiken om bij een nieuwe werkgever die vakantiedagen alsnog op te nemen, zonder behoud van loon (art. 7:641 lid 3 BW). Ten aanzien van deze laatste mogelijkheid geldt dat hiervan voor wat betreft de bovenwettelijke vakantiedagen bij schriftelijke overeenkomst kan worden afgeweken (art. 7:641 lid 4 BW).

Vakantiedagen die nog niet zijn vervallen op grond van art. 7:640a BW verjaren in ieder geval vijf jaar na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan (art. 7:642 BW).

Tot slot bevat art. 7:643 BW regels ten aanzien van politiek verlof (dit artikel laten we verder onbesproken) en volgt uit art. 7:645 BW dat van de art. 7:634 tot en met 7:643 BW niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken, tenzij zodanige afwijking in die artikelen is toegestaan.

### Analyse van Afdeling 3 van titel 10, boek 7 BW

Uit het bovenstaande volgt dat de Nederlandse vakantiewetgeving (vanuit werkgevers-oogpunt gezien) strengere regels bevat voor de wettelijke vakantiedagen dan voor de bovenwettelijke. Zo kan worden afgesproken dat (i) aan bovenwettelijke vakantiedagen voorwaarden worden gesteld voor wat betreft de opbouw ervan, (ii) dat bepaalde

9 Rb. Midden-Nederland 5 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7916. In gelijke zin: Rb. Overijssel 8 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2587.

10 Zie onder meer: Hof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2017:3563; Rb. Rotterdam 14 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8883; Hof Den Bosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1003; Rb. Noord-Holland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9615; Rb. Zeeland-West-Brabant 29 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7795; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11061; Rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2323; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7815 en Rb. Oost-Brabant, 13 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020.

11 Hof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2017:3563.

12 Annotaties van Funke bij Rb. Den Haag 3 juni 2015 in «JAR» 2015/175 en Hof van Justitie 19 november 2019 in «JAR» 2020/16.

verlof- en ziektedagen worden aangemerkt als bovenwettelijke vakantiedagen en (iii) dat bovenwettelijke vakantiedagen wél kunnen worden afgekocht. Dat soepelere regels gelden voor bovenwettelijke vakantiedagen is niet vreemd, gelet op het feit dat die dagen niet wettelijk verschuldigd zijn en dus door werkgevers vrijwillig kunnen worden toegekend aan werknemers.

Aan de wetssystematiek valt op dat in de meeste artikelen geen onderscheid wordt gemaakt tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen. Art. 7:639 BW is daar een goed voorbeeld van. Voor die wetsartikelen geldt ons inziens dat afwijking alleen mogelijk is als het wetsartikel dat expliciet toelaat: er is dan sprake van een ontoelaatbare afwijking, met vernietigbaarheid tot gevolg (art. 7:645 jo. 3:44 BW). De vakantieafdeling bevat echter ook twee wetsartikelen die specifiek zijn geschreven voor de minimumaanspraak, namelijk art. 7:634 BW en 7:640a BW. Omdat art. 7:634 BW alleen geldt voor wettelijke vakantiedagen kunnen andere afspraken worden gemaakt voor bovenwettelijke vakantiedagen, zonder dat daarmee wordt afgeweken van art. 7:634 BW. Dat artikel ziet immers niet op bovenwettelijke vakantiedagen. In de volgende paragraaf komt aan bod of hetzelfde geldt voor art. 7:640a BW.

#### Wanneer is sprake van een vakantiedag?

De vakantieafdeling is van toepassing op vakantiedagen. Maar wanneer spreekt men van een vakantiedag? Volgens de Hoge Raad is bepalend dat een vakantiedag ten doel heeft de werknemer in verband met de werkbelasting die op hem drukt, betaald verlof te verschaffen. De werknemer wordt in de gelegenheid gesteld te recupereren. Bij atv/adv-dagen ontbreekt dit doel volgens de Hoge Raad, waardoor de vakantieafdeling op die dagen niet van toepassing is.<sup>13</sup> Een werknemer heeft daarom bij einde dienstverband bijvoorbeeld geen recht op uitbetaling van niet-genoten atv/adv-dagen, tenzij dat is overeengekomen: art. 7:641 lid 1 BW mist immers toepassing.

Het Hof Den Haag oordeelde in 2017 dat levensfasebudgeturen (hierna: LFB-uren) die bij cao waren toegekend aan de werknemer evenmin kunnen worden aangemerkt als vakantie.<sup>14</sup> Uit de regeling in de cao bleek dat de LFB-uren werden toegekend om de duurzame inzetbaarheid van de werknemer in elke levensfase te bevorderen. Volgens het hof is dit doel niet gelijk te stellen aan de recuperatiefunctie van vakantiedagen in verband met de werkbelasting. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2019 in soortgelijke zin over persoonlijk levensfasebudgeturen (hierna: PLB-uren).<sup>15</sup> Dat verlof, dat bij de leeftijdsfase past, was bedoeld om de duurzame inzetbaarheid van de werknemer te bevorderen. De recuperatiefunctie ontbreekt, aldus het Hof Arnhem-Leeuwarden. De Rechtbank

Zeeland-West-Brabant oordeelde in 2017 echter tegenovergesteld.<sup>16</sup> LFB-uren hebben volgens die rechtbank eveneens een recuperatiefunctie, waardoor hetzelfde geldt als voor (bovenwettelijke) vakantiedagen.

#### Kunnen bovenwettelijke vakantiedagen komen te vervallen?

De wet bepaalt dat voor de wettelijke vakantiedagen een vervaltermijn geldt (art. 7:640a BW). Betekent dit dat voor bovenwettelijke vakantiedagen alleen de verjaringstermijn uit art. 7:642 BW kan gelden? Gevolg daarvan zou zijn dat alleen ten aanzien van dit onderwerp (voor werkgevers) strengere regels gelden voor bovenwettelijke vakantiedagen. Is dit logisch? In deze paragraaf wordt stilgestaan bij (i) de wettekst, (ii) de bedoeling van de wetgever en (iii) de zienswijze in de rechtspraak en literatuur ten aanzien hiervan.

#### De wettekst

Art. 7:642 BW bepaalt dat iedere vakantieaanspraak vijf jaar na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan, verjaart. Voor wettelijke vakantiedagen is sinds 1 januari 2012 in art. 7:640a BW opgenomen dat deze in principe een half jaar na het kalenderjaar waarin ze zijn opgebouwd, vervallen. Uit art. 7:645 BW volgt dat niet van hetgeen in de vakantieafdeling staat opgenomen kan worden afgeweken, tenzij de artikelen dat toestaan. De vraag rijst of met een afspraak dat bovenwettelijke vakantiedagen komen te vervallen op niet-toegestane wijze wordt afgeweken van de vakantieafdeling.

Art. 7:640a BW ziet – net als art. 7:634 BW – alleen op de minimumaanspraak. Heeft de wetssystematiek dan tot gevolg dat een afspraak inhoudende dat ook bovenwettelijke vakantiedagen op een bepaald moment vervallen geen afwijking is van art. 7:640a BW en dus is toegestaan? Bij art. 7:634 BW is dit immers ook het geval: een werkgever kan bijvoorbeeld met een werknemer afspreken dat geen bovenwettelijke vakantiedagen worden opgebouwd tijdens ziekte. Op die manier wordt niet afgeweken van art. 7:634 BW, omdat dit artikel überhaupt niet van toepassing is.

Het verschil tussen art. 7:634 BW en 7:640a BW is echter dat dit laatste wetsartikel niet op zichzelf staat, maar een beperking vormt op art. 7:642 BW. Art. 7:640a BW maakt dat wettelijke vakantiedagen op een eerder moment dan de vijfjarige verjaringstermijn komen te vervallen. In die zin moet art. 7:640a BW dus worden gezien als een beperking op (of afwijking van) art. 7:642 BW. Nu die beperking niet geldt voor bovenwettelijke vakantiedagen, biedt art. 7:645 BW niet de mogelijkheid tot het maken van een afspraak dat ook bovenwettelijke vakantiedagen komen te vervallen. Het feit dat art. 7:640a BW, anders dan art. 7:634 BW, een beperking is op art. 7:642 BW, maakt dat een afspraak

13 HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2572 en HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9633.

14 Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3563.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7815.

16 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7795.

dat bovenwettelijke vakantiedagen komen te vervallen een niet-toegestane afwijking is van art. 7:642 BW.

De wettekst lijkt maar op één manier te kunnen worden geïnterpreteerd. Biedt de wetsgeschiedenis alsnog een mogelijkheid om tot een andere uitleg van de wet te komen?

#### Bedoeling van de wetgever

Art. 7:640a BW is geïntroduceerd in het belang van tijdige recuperatie voor werknemers. De vervaltermijn dient als stimulans voor werknemers om hun wettelijke vakantiedagen op te nemen.<sup>17</sup> Art. 7:640a BW ziet slechts op de minimumaanspraak en uit de wetsgeschiedenis komt duidelijk naar voren dat de wetgever hier bewust voor heeft gekozen.<sup>18</sup> Ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen merkt de wetgever meermaals op dat voor die dagen de verjaringstermijn geldt.<sup>19</sup>

De wetgever lijkt met name ten aanzien van de wettelijke vakantiedagen grote waarde te hechten aan de recuperatiefunctie.<sup>20</sup> Het is de vraag of dit terecht is. Dat de minimum-vakantieaanspraak voldoende is voor werknemers om te recupereren, betekent niet dat recuperatie niet ook het doel is van bovenwettelijke vakantiedagen. De Hoge Raad maakt ook geen onderscheid voor wat betreft het doel van deze dagen: vakantiedagen zijn, zoals gezegd, die dagen die ten doel hebben om de werknemer in verband met de werkbelasting die op hem drukt, betaald verlof te verschaffen.<sup>21</sup> Zouden ook de bovenwettelijke vakantiedagen dan niet moeten kunnen komen te vervallen?

Bij de introductie van art. 7:640a BW hebben leden van de VVD-fractie de regering gevraagd waarom de vervaltermijn slechts geldt voor de wettelijke vakantiedagen. Zij noemden dit – in onze ogen terecht – paradoxaal.<sup>22</sup> De minister heeft die vraag op de volgende (onbegrijpelijke) wijze beantwoord: *‘De uit de jurisprudentie van het HvJEU voortvloeiende volledige opbouw van vakantiedagen bij langdurige ziekte geldt niet voor de bovenwettelijke vakantiedagen en wordt ook niet wettelijk geregeld voor deze dagen. Dat is aan partijen zelf. Er is dan ook (financiële) aanleiding om hierin wijzigingen aan te brengen, daar waar dat wat betreft de minimum vakantiedagen wel het geval is.’*<sup>23</sup> De minister heeft hiermee de gelegenheid om de keuze voor het verval van alleen de wettelijke vakantiedagen toe te lichten helaas onbenut gelaten.

Ook over het introduceren van een vervaltermijn voor wettelijke vakantiedagen in 2012 zijn door (onder meer) de sociale partners kritische vragen gesteld aan de wetgever. Zo is gevraagd waarom voor de werknemer beperkende bepalingen worden geïntroduceerd, terwijl in 2001 de verjaringstermijn nog was verlengd van twee naar vijf jaar.<sup>24</sup> Hierop heeft de minister geantwoord door te stellen dat groot belang wordt gehecht aan de recuperatiefunctie van wettelijke vakantiedagen. Ook wordt benoemd dat het wetsvoorstel de bovenwettelijke vakantiedagen onverlet laat.<sup>25</sup> Wij vragen ons hierdoor af of aan de keuze van de wetgever om de vervaltermijn alleen op wettelijke vakantiedagen te laten zien een compromis ten grondslag ligt. Voor de wettelijke vakantiedagen gingen voor de werknemers strengere regels gelden, maar aan de bovenwettelijke vakantiedagen verandert niets. Dat zou ook verklaren waarom de minister geen echt antwoord heeft gegeven op de vraag van de leden van de VVD-fractie.

Op basis van het bovenstaande komen wij tot de conclusie dat de wettekst en de bedoeling van de wetgever paradoxaal genoeg geen ruimte laat voor het overeenkomen van een vervaltermijn voor bovenwettelijke vakantiedagen.

#### Rechtspraak en literatuur

In de rechtspraak en literatuur kan een onderscheid worden gemaakt tussen de uitspraken en artikelen die zijn verschenen vóór inwerkingtreding van art. 7:640a BW op 1 januari 2012 en daarna. Tot 1 januari 2012 bevatte de wet slechts een verjaringstermijn.

### De wettekst en de bedoeling van de wetgever laat paradoxaal genoeg geen ruimte voor het overeenkomen van een vervaltermijn voor bovenwettelijke vakantiedagen

Vóór inwerkingtreding van art. 7:640a BW bestond in onze optiek meer aanleiding om te oordelen dat verval van (wettelijke en) bovenwettelijke vakantiedagen mogelijk was. Met de invoering van art. 7:640a BW heeft de wetgever er immers bewust voor gekozen om alleen wettelijke vakantiedagen te laten vervallen.

Voor 2012 werd in de rechtspraak regelmatig geoordeeld dat het laten vervallen van zowel wettelijke als bovenwettelijke vakantiedagen niet rechtsgeldig was (art. 7:642 jo. 7:645 BW).<sup>26</sup> Ook werd wel tegenovergesteld geoordeeld, waarbij werd overwogen dat een dergelijke afspraak was toegestaan en juist bevorderend werkte voor de recu-

17 Kamerstukken II 2009/10, 32465, nr. 3, p. 6.

18 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. 3, p. 1 en Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. 6, p. 3, p. 10-11.

19 Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. 6, p. 3 en Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. B, p. 3.

20 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. C, p. 6.

21 HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2572 en HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9633.

22 Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. 5, p. 3-4.

23 Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. 6, p. 7.

24 Zie onder meer Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. 3, p. 9.

25 Zie onder meer Kamerstukken II 2010/11, 32465, nr. C, p. 6-7.

26 Zie bijvoorbeeld Ktr. Leeuwarden 18 oktober 2005, ECLI:NL:RBL:EE:AU4680; Hof Amsterdam 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN4215.

peratie van werknemers.<sup>27</sup> Sinds de inwerkingtreding van art. 7:640a BW wijst de rechtspraak overwegend in de richting dat het laten vervallen van bovenwettelijke vakantiedagen niet toegestaan is.<sup>28</sup> Voor zover ons bekend, bestaat er geen andersluidende uitspraak van na 2012.

In de literatuur is sinds de introductie van art. 7:640a BW door enkelen (al dan niet voorzichtig) betoogd dat de afspraak dat bovenwettelijke dagen komen te vervallen rechtsgeldig is.<sup>29</sup> Zo schrijven Bouwens, Duk en Bij de Vaate: *‘Naar onze mening volgt uit art. 642 – in samenhang met art. 645 – niet dat het verboden zou zijn in een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst te bedingen, dat ook bovenwettelijke vakantiedagen op straffe van verval vóór een bepaald tijdstip – bijv. 1 juli van het jaar volgend op dat waarin de vakantiedagen zijn opgebouwd – moeten zijn opgenomen. Het zou merkwaardig zijn wanneer de verlening van bovenwettelijke vakantiedagen niet zou kunnen worden geclausuleerd. Een dergelijk beding bevordert bovendien het daadwerkelijk nemen van vrijaf en doet derhalve recht aan de recuperatiefunctie van vakantie.’*<sup>30</sup> Zij verwijzen ter onderbouwing van hun standpunt naar twee uitspraken die dateren van vóór de introductie van art. 7:640a BW.

Hoewel wij het eens zijn met deze auteurs dat het vreemd is als niet kan worden overeengekomen dat bovenwettelijke dagen komen te vervallen, menen wij toch dat de wettekst en de bedoeling van de wetgever daarbij geen ruimte biedt voor het maken van een dergelijke afspraak. Het gaat dan om een niet-toegestane afwijking van art. 7:640a BW, wat vernietigbaarheid van de afspraak ten gevolg heeft. Ook heeft de wetgever bij de introductie van art. 7:640a BW meerdere keren expliciet benoemd dat voor de bovenwettelijke vakantiedagen de verjaringstermijn van vijf jaar zal blijven gelden.<sup>31</sup> Met name na de introductie van de vervaltermijn voor de wettelijke vakantiedagen is duidelijk geworden dat een dergelijke afspraak een niet-toegestane afwijking van de wet betreft.

#### Tussenconclusie: verval niet mogelijk

De vakantieafdeling bevat ten aanzien van bovenwettelijke vakantiedagen allerlei soepelere regels. Zo kan worden afgesproken dat de werknemer geen bovenwettelijke vakantiedagen heeft of dat de werknemer geen bovenwet-

telijke vakantiedagen opbouwt tijdens ziekte. Toch moet met betrekking tot de mogelijkheid van een afspraak dat die dagen – net zoals wettelijke vakantiedagen – komen te vervallen vreemd genoeg worden geconcludeerd dat zo’n afspraak niet rechtsgeldig is.

#### Hoe nu verder?

Een beding in een arbeidsovereenkomst of personeelshandboek dat alle vakantiedagen die aan de werknemer zijn toegekend komen te vervallen nadat een half jaar is verstreken sinds het kalenderjaar waarin die vakantiedagen zijn opgebouwd, is ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen niet rechtsgeldig (art. 7:645 BW). Wij vinden dat dit niet past in het systeem van de vakantieafdeling en ons advies aan de wetgever is om de wet op dit punt aan te passen. De TSN-uitspraak van het Hof van Justitie biedt hier een mooie gelegenheid toe. Tot die tijd hebben werkgevers het hier echter mee te doen.

Indien een werkgever toch een oplossing zoekt, kan ervoor worden gekozen om geen – of minder – bovenwettelijke vakantiedagen aan werknemers toe te kennen. Ook kan worden gedacht aan een afwijkende opbouw van bovenwettelijke vakantiedagen, bijvoorbeeld door overeen te komen dat de werknemer die dagen niet opbouwt tijdens ziekte. Een werkgever kan er ook voor kiezen om inzet van werknemers te belonen door de aanspraak op bovenwettelijke vakantiedagen in een bepaald jaar bijvoorbeeld afhankelijk te maken van een goede beoordeling over het jaar daarvoor.

**Een beding in een arbeidsovereenkomst of personeelshandboek dat alle vakantiedagen die aan de werknemer zijn toegekend komen te vervallen, is ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen niet rechtsgeldig**

In plaats van het toekennen van bovenwettelijke vakantiedagen kan ook worden gedacht aan het toekennen van atv/adv-dagen. Daarvan heeft de Hoge Raad immers bepaald dat de vakantieafdeling daarop niet van toepassing is, waardoor de afspraak dat die dagen bijvoorbeeld aan het einde van het jaar komen te vervallen, in principe rechtsgeldig is. Ook is art. 7:641 lid 1 BW in dat geval niet van toepassing, waardoor de werknemer geen recht heeft op uitbetaling van openstaande atv/adv-dagen bij einde dienstverband.

Daarnaast kan worden gedacht aan het toekennen van LFB-uren in plaats van bovenwettelijke vakantiedagen. Volgens zowel het Hof Den Haag als het Hof Arnhem-Leeuwarden zijn ook die uren immers niet als vakantiedagen aan te merken. Verder kan ook worden gedacht aan het toekennen van bijvoorbeeld zelfstudiedagen, familiedagen

27 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 17 november 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2252 en Hof Amsterdam 11 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AQ6747.

28 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 14 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1342 en Hof Den Bosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345.

29 Zie bijvoorbeeld J.R. Vos, ‘Cash of costa: aanpak van vakantiestuwmuren’, *TAP* 2012 afl.5, p. 202; W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 179; H.J. Funke, ‘Wetsvoorstel 32465: de belangrijkste voorgenomen wijzigingen in de vakantiewetgeving nader beschouwd’, *TAP* 2011 afl. 1, p. 7.

30 W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 179.

31 *Kamerstukken II* 2010/11, 32465, nr. 6, p. 3 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32465, nr. B, p. 3.

of *happiness*-dagen. Uiteindelijk gaat het erom dat de dagen een ander doel hebben dan om de werknemer in verband met de werkbelasting die op hem drukt, betaald verlof te verschaffen. Vos merkt hierover overigens terecht op dat ervoor moet worden gewaakt dat een dergelijke regeling wordt gezien als verkapte vakantie.<sup>32</sup> Een werkgever kan dit volgens hem pogen te voorkomen door het doel van het verlof expliciet op te nemen in de regeling. Aan dergelijke dagen kan een werkgever vervolgens eigen voorwaarden verbinden, waardoor een vervaltermijn wel is toegestaan en stuwmeren kunnen worden voorkomen.

### Over de auteurs



**Mr. N.M. (Noor) Cuppen**

Werkzaam als advocaat bij Palthe Oberman Advocaten.



**Mr. M. (Marloes) van den Eeckhout**

Werkzaam als advocaat bij Palthe Oberman Advocaten.

---

32 J.R. Vos, 'Bovenwettelijke vakantie en de reikwijdte van het EU-recht', Annotatie bij HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken C-609 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (TSN), VAAN AR Updates 2019-1258.