

ANNOTATIE

Staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige vakantiewetgeving

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

Annotatie bij Hoge Raad, 18-09-2015, ECLI:NL:HR:2015:2723 (AR-2015-0897)

In artikel 7:635 lid 4 (oud) BW was bepaald dat zieke werknemers geen vakantie opbouwen behalve over de laatste zes maanden van hun dienstbetrekking. In 2012 is deze regel geschrapt wegens strijd met het Unierecht. Werknemers die door de geschrapte regel gedupeerd zijn, hebben de Staat aansprakelijk gesteld voor de gevolgen ervan. De Hoge Raad heeft nu bepaald dat de Staat quasi risicoaansprakelijk is voor de onjuiste implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn. De vraag is of dit onvermijdelijk was. Na een bespreking van het arrest wordt nog eens de achtergrond van dit geschil geschetst. Voorts wordt bekeken wat er op het spel stond in de huidige procedure. Naar mijn mening wordt de Staat ten onrechte verweten dat de Arbeidstijdenrichtlijn niet tijdig is aangepast aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dit komt vooral door door de Hoge Raad niet onderkende onduidelijkheid over de opbouw van vakantierechten in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Door die onduidelijkheid is bovendien eigenlijk nog steeds niet te zeggen of de Nederlandse wet nu wel aan de eisen van de Arbeidstijdenrichtlijn voldoet.

1. De uitspraak

De werkneemster in deze zaak is in januari 2007 ziek geworden. Toen de overeenkomst in november 2010 met wederzijds goedvinden werd beëindigd was zij dat nog steeds. Volgens artikel 7:635 lid 4 BW zoals dat tot 1 januari 2012 bestond, verwierf een werknemer die wegens ziekte geen arbeid verrichtte, aanspraak op vakantie over het tijdvak van de laatste zes maanden waarin de arbeid niet werd verricht. De werkneemster heeft bij het einde van het dienstverband vakantiedagen uitgekeerd gekregen conform deze bepaling.

Vanaf omstreeks 2009 werd door een aantal uitspraken van het Hof van Justitie (o.a. HvJ EU 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff) en C-520/06 (Stringer)) duidelijk dat artikel 7:635 lid 4 (oud) BW in strijd was met artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn. De werkneemster stelde in 2011 de Staat aansprakelijk voor de misgelopen vakantiedagen.

In eerste aanleg werd haar vordering toegewezen (*JAR* 2012/84). De kantonrechter beoordeelde de aansprakelijkheid aan de hand van de zogenoemde Francovich-norm, de Europese rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid voor onjuist geïmplementeerde Unie-regelgeving (HvJ EU 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90 (Francovich) en HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur)). De Staat ging daarvan in hoger beroep (Hof Den Haag 15 oktober 2013, *JAR* 2013/279).

De werkneemster heeft in hoger beroep een incidentele grief aangevoerd, inhoudende dat de aansprakelijkheid niet gebaseerd moest worden op de genoemde Europese rechtspraak, maar op artikel 6:162 BW. De Staat heeft dit bestreden, omdat een wet in formele zin volgens hem geen onrechtmatige daad kan opleveren. Onder verwijzing naar het arrest *De Staat/Van Gelder* (HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252) meende het hof echter dat het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatige daad oplevert, ook als dat een wet in formele zin is. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat volgens die uitspraak de schuld in beginsel vast.

Overigens speelde in het arrest ook de vraag hoe de schade begroot moet worden, maar dit laat ik in dit commentaar buiten beschouwing. Het hof heeft het oordeel in eerste aanleg bekrachtigd, zij het dat de vordering volgens het hof alleen kon worden toegewezen over de minimale wettelijke vakantiedagen en niet over de bovenwettelijke vakantiedagen.

In cassatie wordt nog eens betoogd dat de Staat niet aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 6:162 BW voor strijd tussen wetgeving in formele zin en hogere regelgeving. Artikel 94 Gw regelt de gevolgen van een dergelijke strijd, en daaruit volgt volgens de Staat alleen dat de betreffende wetgeving geen toepassing kan vinden. Voor het overige geldt het toetsingsverbod van artikel 120 Gw.

De Hoge Raad denkt hier anders over. De Hoge Raad herhaalt het standpunt van het hof dat het gevolg van strijd tussen formele wetgeving en hogere regelgeving is dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van artikel 6:162 BW verplicht tot betaling van schadevergoeding, wederom onder verwijzing naar het arrest *De Staat/Van Gelder*. Dit strookt volgens de Hoge Raad ook met de aan artikel 93 en 94 ten grondslag liggende gedachte dat de rechtstoepassing in Nederland in overeenstemming moet zijn met de daar genoemde bepalingen. De verplichting tot vergoeding van schade is een

effectieve en adequate remedie om dit te bevorderen. Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw ziet niet op het verbod te toetsen aan artikel 94 Gw (HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469 (Harmonisatiewet-arrest)). Er is geen reden om een uitzondering te maken voor het rechtstreeks werkende Unierecht. Die werking voorziet niet in het buiten toepassing laten van strijdige wetgeving, maar niet tijdige of onjuiste implementatie van een richtlijn is wel in strijd met de verplichting van de Staat op grond van artikel 4 lid 3 VEU en 288 VWEU en is om die reden onrechtmatig. De Staat heeft ook geen redenen aangevoerd waaruit blijkt dat in dit geval een uitzondering op deze beginselen moet worden gemaakt, nu de Staat al sinds het BECTU-arrest (HvJ EU 26 juni 2001, C-173/99) rekening diende te houden met de uitleg die het Hof in Schultz-Hoff aan artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn heeft gegeven.

2. Commentaar

In het navolgende schets ik nog eens, ter opfrissing van het geheugen, de achtergrond van de wetswijziging van 2012, waarin artikel 7:635 lid 4 (oud) BW is geschrapt en een vervaltermijn is ingevoerd in artikel 7:640a BW (par. 3). Daaruit blijkt dat ook de Staat meende dat de Nederlandse wetgeving in strijd was met het Unierecht. Gelet op het Frankovich-arrest moeten de gevolgen daarvan op de ene of de andere manier aan de Nederlandse Staat kunnen worden toegerekend. De Staat heeft in deze procedure niet betwist dat artikel 7:635 lid 4 (oud) BW in strijd was met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn. Waarom verzette de Staat zich dan toch zo vastberaden tegen aansprakelijkheid? De achtergrond van de rechtsstrijd over de grondslag van de aansprakelijkheid van de Staat wordt besproken in paragraaf 4. Dan bespreek ik de aanname van de Hoge Raad, dat sinds het BECTU-arrest rekening gehouden moest worden met de uitleg van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn die in Schultz-Hoff is gegeven (par. 5). Naar mijn mening was tot Schultz-Hoff niet duidelijk welke eisen gesteld moesten worden aan de vakantieopbouw van de zieke werknemer. De vraag is nog steeds actueel, omdat dat voor andere werknemers die (gedeeltelijk) niet werken en geen loon ontvangen nog steeds niet duidelijk is (par. 6).

3. De onjuiste implementatie van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn

De Arbeidstijdenrichtlijn 93/104/EG bepaalde in artikel 7 lid 1:

‘De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier werken word toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.’

De Arbeidstijdenrichtlijn geeft geen afwijkmogelijkheid van deze regel. De uiterste implementatietermijn van deze regel was 23 november 1996. In de opvolgende

Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88/EG is de bepaling ongewijzigd overgenomen.

In 2001 werd de vraag aan het Hof van Justitie voorgelegd, welke mogelijkheid de zinsnede 'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie' meebracht voor de lidstaat om werknemers in bepaalde omstandigheden het recht op vakantie te ontfangen (HvJ EU 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU)). Het ging in die zaak om een regel op grond waarvan werknemers een minimumperiode van 13 weken in dienst moesten zijn voordat zij aanspraak kregen op vakantie. Het Hof bepaalde dat de zinsnede alleen slaat op de toepassingsmodaliteiten van de jaarlijks vakantie, zoals de voorwaarden voor de uitoefening en de tenuitvoerlegging van het recht, maar niet op het ontstaan van het recht. Het ontstaan van het recht mag niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk worden gesteld en komt toe aan alle werknemers. De minimumperiode was derhalve in strijd met artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn.

In 2009 bleek dat ook de omstandigheid dat werknemers vanwege hun gezondheidstoestand niet kunnen werken, geen afbreuk kon doen aan het ontstaan van het recht op vakantie (HvJ EU 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff) en C-520/06 (Stringer)). Toen werd duidelijk dat de Nederlandse vakantiewetgeving in strijd was met deze regel. Artikel 7:634 BW bevatte de hoofdregel dat de vakantie opgebouwd werd aan de hand van het recht op loon. In artikel 7:634 lid 4 (oud) BW werd een uitzondering op deze regel gemaakt op grond waarvan de werknemer tijdens een ziekteperiode slechts vakantie verwierf over een periode van maximaal zes maanden, behoudens voor de periode dat hij (toch) de bedongen arbeid verrichtte, waarover hij een evenredige hoeveelheid vakantie opbouwde. Achtergrond van deze regeling was het voorkomen van verlofstuwmeren en het beperken van de aan ziekte en arbeidsongeschiktheid verbonden kosten voor het bedrijfsleven (*Kamerstukken II* 1985/86, 19575, 3, p. 7).

Het Schultz-Hoff-arrest heeft geleid tot het schrappen van artikel 7:635 lid 4 (oud) BW met ingang van 1 januari 2012. Tegelijkertijd werd ingevoerd artikel 7:640a BW. Op grond van deze bepaling geldt voor het opnemen van de wettelijke vakantiedagen een vervalt termijn van zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest om vakantie op te nemen. Is dat laatste het geval, dan geldt de verjaringstermijn van vijf jaar in artikel 7:642 BW. Een vervalt termijn is niet in strijd met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn, zo bleek al uit het arrest Schultz-Hoff, zij het onder de voorwaarde dat de betrokken werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van het vakantierecht gebruik te maken. Voor werknemers die met ziekteverlof zijn, zal dat niet altijd het geval zijn. Zelfs voor die categorie werknemers mag het recht op vakantie vervallen, zo bleek uit het Schulte-arrest (HvJ EU 22 november 2011, C-214/10), mits de overdrachtsperiode de duur van de referentieperiode waarvoor zij wordt

toegekend, wezenlijk overschrijdt. Een vervalt termijn van vijftien maanden na de referentieperiode van een jaar voldoet aan die voorwaarde. Doordat een verjaringstermijn van vijf jaar geldt voor vakantiedagen die de zieke werknemer redelijkerwijs niet kon opnemen, voldoet ons recht vanaf 1 januari 2012 op dit punt aan de voorwaarden die het Hof van Justitie stelt.

De vraag rees al snel hoe werknemers die voor dat tijdstip langdurig ziek waren geweest, hun vakantierechten op grond van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn konden verzilveren. Konden zij dat vakantietegoed door hun werkgever laten uitbetalen? Omdat Europese richtlijnen niet rechtstreeks werken tussen particulieren, zou uitbetaling door de werkgever alleen mogelijk zijn bij een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:635 lid 4 (oud) BW. De wet was echter zonneklaar, en tot een *contra legem*-toepassing van de wet is de rechter niet gehouden (zie recent HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (Association de médiation sociale)); zie voor lagere rechtspraak over de toepassing van deze regels op de vordering van vakantietegoeden van de werkgever, Ktr. Utrecht 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0017, die vond dat het wel kon, en Hof Amsterdam 10 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4648, dat vond dat het niet kon). Dan blijft over het aansprakelijk stellen van de Staat op grond van de rechtspraak die voortvloeit uit het Francovich-arrest, zo concludeerde ook het Hof van Justitie in een soortgelijke Franse zaak over het recht op vakantie van zieke werknemers (HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (Dominguez)).

4. Staatsaansprakelijkheid voor onjuiste implementatie van Europees recht

Gelet op het feit dat de Nederlandse Staat zonder omhaal heeft erkend dat artikel 7:635 lid 4 (oud) BW in strijd was met het gemeenschapsrecht, rijst de vraag waarom de aansprakelijkheid hiervoor dan tot aan de Hoge Raad betwist werd. Dat zal uiteraard iets te maken hebben gehad met het feit dat de Staat door een relatief grote groep werknemers aansprakelijk is gesteld (een ondernemende advocaat heeft 1300 claims verzameld). Naast de rechtsstrijd over de begroting van de schade, die ik onbesproken laat, was er echter ook een zeer principiële kwestie aan de orde, die in de conclusie van de A-G uitvoerig uiteengezet wordt. Het gaat in de kern om de vraag wat de grondslag voor de aansprakelijkheid moest zijn: artikel 6:162 BW of de Francovich-jurisprudentie. Het Hof was uitgegaan van het eerste, terwijl voor de Staat de tweede grondslag gunstiger uit zou pakken. De tweede biedt namelijk meer disculpatiemogelijkheden voor de Staat dan de eerste.

Op grond van de Francovich-jurisprudentie gelden drie voorwaarden voor aansprakelijkheid: de geschonden rechtsregel van Unierecht moet ertoe strekken rechten toe te kennen aan particulieren; er moet sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht en er moet een direct causaal verband zijn tussen de schending van de verplichting

en de schade. Er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending als de lidstaat de grenzen waarbinnen hij binnen de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend, waarvoor van belang is de duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel. Een schending is in ieder geval voldoende gekwalificeerd als zij is blijven bestaan in weerwil van een arrest waaruit de schending duidelijk blijkt.

Deze grondslag voor aansprakelijkheid bood de Staat in het onderhavige geval derhalve de gelegenheid om aan aansprakelijkheid te ontkomen door te betogen dat pas met het Schultz-Hoff-arrest duidelijk was geworden dat de Nederlandse vakantiewetgeving niet voldeed, en dat zij nadien niet heeft gedraald met het aanpassen van de wet.

Het aansprakelijkheidsregime van artikel 6:162 BW biedt normaliter ook een dergelijke disculpatiemogelijkheid. Sinds het arrest *De Staat/Van Gelder* is echter een strenger regime gevestigd voor aansprakelijkheid van de overheid voor onverbindende regelgeving. Ingeval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen, is daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam gegeven. Het onrechtmatige handelen wordt in beginsel automatisch aan het overheidsorgaan toegeschreven. Toepassing van deze leer op de onderhavige casus betekent dus dat de Staat geen beroep kan doen op het ontbreken van een verwijt inzake de onjuiste implementatie van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn, behoudens door haar aan te dragen bijzondere omstandigheden.

Uit de uitvoerige conclusie van A-G Keus blijkt dat de Hoge Raad een knoop door te hakken had over de vraag of het arrest *De Staat/Van Gelder* op deze situatie van toepassing was. Er waren sterke argumenten aan te voeren zowel voor als tegen dit standpunt.

Een belangrijk principieel argument om voor de aansprakelijkheid voor formele wetgeving te leunen op de Francovich-norm en niet op de *De Staat/Van Gelder*-norm, is de wenselijkheid van een restrictieve aansprakelijkheid voor handelingen van de wetgevende macht. Het Hof van Justitie heeft hieromtrent overwogen dat de wetgevende macht 'niet telkens in haar voorbereidingen mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij aanleiding heeft in het algemeen belang normatieve maatregelen te nemen, die de belangen van particulieren kunnen aantasten' (HvJ EG 25 mei 1978, ECLI:EU:C:1978:113 (HNL)). Daarnaast geldt een aantal technisch-juridische argumenten die de A-G noemt tegen het aannemen van de bijna-risicoaansprakelijkheid op grond van *De Staat/Van Gelder*. De *De Staat/Van Gelder*-rechtspraak gold tot dan toe alleen lagere besluiten. De situatie voldoet bovendien niet aan de eisen in *De Staat/Van Gelder*, te weten dat er sprake moet zijn geweest

van uitvaardiging van een met een hogere regeling strijdig voorschrift. Op het moment van uitvaardiging van de bewuste regel in 1985 was die strijd er namelijk niet. Ook is het voorschrift niet onverbindend geworden door de onverenigbaarheid, zoals in De Staat/Van Gelder wordt geëist. De regel bleef immers tot 1 januari 2012 geldend recht voor de vakantieaanspraken die werknemers op werkgevers hadden. Voorts ligt het niet voor de hand om aansprakelijkheid voor formele wetgeving te baseren op artikel 6:162 BW, nu deze bepaling niet van een hogere orde is dan de formele wet. De doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde dwingt bovendien niet tot de toepassing van artikel 6:162 BW. Artikel 94 Gw schrijft alleen voor dat strijdige wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar regelt niet de verdere gevolgen van die onverenigbaarheid.

Een belangrijk argument dat A-G Keus noemt voor het aannemen van de aansprakelijkheid op grond van het De Staat/Van Gelder-arrest is dat het vanuit het gezichtspunt van de gelijkheid voor de publieke lasten beter te verdedigen is de schade ten laste van de collectiviteit te brengen dan haar te laten bij degene die toevallig het slachtoffer van het onrechtmatig handelen was. Voorts mag van de overheid een bijzondere juridische deskundigheid worden verwacht, zodat onzekerheid omtrent de uitleg van een regeling voor rekening van de overheid dient te komen. Het toepassen van dit arrest op de onderhavige casus past ten slotte bij het Europese gelijkwaardigheidsbeginsel, inhoudende dat een vordering ter bescherming van de rechten die de burger aan het Unierecht kan ontlenen, door het nationale recht niet ongunstiger mag worden behandeld dan soortgelijke vorderingen die louter op nationaal recht zijn gebaseerd. Als soortgelijke vordering kan worden aangemerkt de schade als gevolg van strijd tussen onverbindende lagere regelgeving en hoger recht, alhoewel ook te betogen valt dat deze vorderingen nu juist op relevante onderdelen niet vergelijkbaar zijn. Doorslaggevend acht de A-G uiteindelijk dat het in casu niet gaat om onverbindende wetgeving, zodat hij meende dat het hof een onjuiste maatstaf had aangelegd.

Zoals al bleek heeft de Hoge Raad de knoop anders dan de A-G doorgehakt door te bepalen dat de De Staat/Van Gelder-leer wel onverminderd van toepassing is op deze situatie, onder verwijzing naar het feit dat de verplichting van de vergoeding van schade een effectieve en adequate manier is om te bevorderen dat de Nederlandse rechtstoepassing in overeenstemming is met internationale bepalingen, waaronder het Unierecht. De Hoge Raad legt de ratio van deze regel mitsdien in de wenselijkheid van het getrouw uitvoeren van het Unierecht, en niet zozeer in de gelijke verdeling van lasten over ingezetenen. Dat maakt dat de uitzondering op de bijna-risicoaansprakelijkheid ook gelegen kan zijn in de vraag of, en vanaf wanneer, duidelijk was wat de Nederlandse wetgever te doen stond om het Unierecht getrouw uit te voeren. In dat licht kan belang gehecht worden aan het feit dat de Hoge Raad opmerkt dat de Staat al sinds het BECTU-arrest (HvJ EU 26 juni 2001, C-173/99) rekening diende te

houden met de uitleg die het Hof in Schultz-Hoff aan artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn heeft gegeven. De Hoge Raad knoopt dus voor de aansprakelijkheid aan bij het tijdstip waarop duidelijk kon zijn wat van de Nederlandse wetgever verwacht kon worden, en niet bij het tijdstip waarop de implementatietermijn van de Arbeidstijdenrichtlijn was verstreken. Dat maakt het verschil tussen de Francovich-norm en de De Staat/Van Gelder-norm wat kleiner, zij het dat in laatstgenoemde norm de Staat zich op deze uitzondering moet beroepen terwijl in de Francovich-norm de klager moet bewijzen dat de Staat de grenzen van zijn bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft miskend.

5. Het getrouw uitvoeren van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn

De regel dat iedereen recht heeft op vier weken vakantie is, zo veronderstelt ook de Hoge Raad, helder sinds het BECTU-arrest, omdat volgens dit arrest geen enkele voorwaarde mag worden gesteld aan het recht op vakantie. Dat oordeel lijkt mij aanvechtbaar. Strikte toepassing van de genoemde regel zou namelijk betekenen dat iedere werknemer op de eerste dag van indiensttreding vier weken doorbetaalde vakantie cadeau krijgt, ongeacht de lengte van zijn dienstverband en de duur van het dienstverband per week. Maar in het BECTU-arrest, waar het ging om de ontzegging van vakantieopbouw aan werknemers met een dienstverband van korter dan dertien weken, suggereerde niemand dat die werknemers vanaf dag één van hun korte dienstverband een vakantietegoed van vier doorbetaalde weken moest worden toegekend. Artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn bevat klaarblijkelijk de impliciete veronderstelling dat de vier weken vakantie per jaar worden toegekend aan de werknemer met een standaard voltijdsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De vakantierechten van werknemers met andere contractvormen worden toegekend naar rato. Het pro rata temporis-beginsel bij de opbouw van vakantie is inmiddels door het Hof van Justitie met zoveel woorden erkend (HvJ EU 22 april 2010, C-486/08, r.o. 33 (Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols); zie ook HvJ EU 13 juni 2013, C-415/12 (Bianca Brandes/Land Niedersachsen)).

Impliciet wordt dus de opbouw van vakantie toch afhankelijk gesteld van een voorwaarde, die in verband staat met de omvang van het dienstverband. Maar kon na het BECTU-arrest al duidelijk zijn welk criterium dit zou zijn? Men kan hiervoor als criterium nemen dat men vakantie krijgt voor zover er overeengekomen uren zijn verstreken. Gelet op de recuperatiefunctie van vakantie is het aantal overeengekomen uren echter niet per se het meest geschikte criterium. In plaats daarvan kunnen de daadwerkelijk gewerkte uren als criterium dienen. Omdat de werknemer soms niet werkt door een oorzaak die niet in zijn risicosfeer ligt (bijv. tekort aan werk) kan men in plaats daarvan het recht op loon als uitgangspunt nemen voor de opbouw. Dat zijn allemaal verdedigbare keuzes als het gaat om de opbouw van vakantierechten.

Na het BECTU-arrest stond slechts vast dat het recht op vakantie opgebouwd moest worden door elke werknemer in de zin dat een minimale gewerkte periode geen voorwaarde mag zijn, maar naar mijn mening was het helemaal nog niet duidelijk aan de hand van welk criterium het recht op vakantie vervolgens moest of mocht worden opgebouwd. In het Nederlandse recht was gekozen voor het criterium 'verloonde uren', behoudens voor de zieke werknemer. Voor de zieke werknemer die nog deels de bedongen arbeid kon verrichten, gold het criterium 'gewerkte uren in bedongen arbeid', voor andere zieke werknemers maximaal over zes maanden opbouw onafhankelijk van loon of gewerkte uren. Of de zesmaandenregel ten opzichte van de richtlijn onverplichte 'extra' vakantie of juist te weinig vakantie was, kon mijns inziens na het BECTU-arrest nog niet gezegd worden.

Pas na Schultz-Hoff en Stringer bleek dat de voorwaarde dat de werknemer daadwerkelijk heeft gewerkt, in ieder geval voor zieke werknemers niet opgaat, en dat zij bij een voltijds dienstverband recht hebben op vier weken vakantie. Terecht trok de Nederlandse wetgever daaruit de conclusie dat artikel 7:635 lid 4 (oud) BW in strijd is met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn. Deze conclusie leidde vervolgens binnen korte tijd tot het aanpassen van de wet.

Om nog even terug te keren naar de onderhavige zaak, volgt uit het voorgaande mijns inziens dat de Staat pas na het Schultz-Hoff-arrest kon weten dat de wetgeving moest worden aangepast. Dat betekent dat zowel volgens de Francovich-rechtspraak als volgens de door de Hoge Raad thans toegepaste De Staat/Van Gelder-leer, de Staat niet aansprakelijk zou moeten zijn voor de niet-opgebouwde vakantie van zieke werknemers voordat een redelijke termijn was verstreken, waarin de wetgeving aan dat arrest kon worden aangepast. Ongetwijfeld zijn in cassatie soortgelijke gronden aangedragen om de Hoge Raad daarvan te overtuigen (welke gronden precies, blijkt niet uit de gepubliceerde stukken), maar de Hoge Raad heeft zich daarvoor niet gevoelig getoond.

De vraag rijst evenwel of dat standpunt vol kan worden gehouden in eventuele volgende procedures over de onjuiste implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn.

6. Is de huidige wet richtlijnconform?

Vanaf het Schultz-Hoff-arrest was duidelijk dat het criterium voor opbouw van vakantie bij zieke werknemers niet gelegen mag zijn in gewerkte uren. Voor deze categorie is kennelijk voldoende dat er sprake is geweest van (het verstrijken van) overeengekomen uren. Maar moet dit criterium nu ook in alle gevallen gehanteerd worden? De wetgever denkt kennelijk van niet. De wetgever heeft bij de wetswijziging in 2012 het uitgangspunt dat het recht op vakantie wordt opgebouwd al naar gelang men recht op loon heeft, namelijk niet verlaten, zo

blijkt uit artikel 7:634 BW.

Is de regeling daardoor (nog steeds) in strijd met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn? Dat valt te bezien. Voor zieke werknemers is de zaak in ieder geval goed geregeld, ook al hebben zij na verloop van tijd geen recht meer op loon. Artikel 7:653 lid 1 onderdeel d BW bepaalt dat de werknemer die tegen zijn wil niet in staat is de overeengekomen arbeid te verrichten, toch recht heeft op vakantie. Zieke werknemers zijn per definitie tegen hun wil niet in staat de *overeengekomen* arbeid te verrichten, zodat zij altijd vakantie blijven opbouwen over de overeengekomen arbeidsduur, overigens ook als zij het recht op loon verliezen door bijvoorbeeld niet mee te werken met hun re-integratie (zie hierover ook W.H.A.C.M. Bouwens, 'Vakantie en ziekte', *AAe* 2012/385).

De uitzondering van lid 1 onderdeel d biedt echter geen oplossing voor werknemers die het recht op loon verliezen omdat zij niet willen werken, terwijl zij nog wel in staat zijn de overeengekomen arbeid te verrichten. Wat te denken van de stakende werknemer, de verzuimende werknemer, de werknemer met sabbatical, of de werknemer met kortdurend zorgverlof of ouderschapsverlof? Dit zijn allemaal voorbeelden van situaties waarin de Nederlandse werknemer volgens artikel 7:635 BW geen vakantierechten opbouwt over overeengekomen uren, voor zover hij over die uren geen recht heeft op loon (op grond van de wet of een cao). Het is de vraag of het Hof van Justitie zou menen dat in deze situaties het gemeenschapsrecht wordt geschonden. Daarvoor is het zinvol nog eens te kijken naar hetgeen het Hof van Justitie zegt over het *pro rata temporis*-beginsel. In r.o. 33 in het Tiroler-arrest stelt het Hof:

'Overigens moet worden vastgesteld dat het stellig passend is het in clause 4, punt 2, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid neergelegde "*pro rata temporis*"-beginsel toe te passen bij de toekenning van de jaarlijkse vakantie voor *een periode waarin deeltijds wordt gewerkt* [cursivering WR]. Voor een dergelijke periode is de vermindering van het recht op jaarlijkse vakantie ten opzichte van het recht op jaarlijkse vakantie dat wordt toegekend voor een periode waarin voltijds wordt gewerkt immers om objectieve redenen gerechtvaardigd' (HvJ EU 22 april 2010, C-486/08 (Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols)).

Als we deze overweging in samenhang met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn interpreteren, hanteert het Hof hierbij een systeem waarbij werknemers automatisch recht hebben op vier weken doorbetaalde vakantie per jaar, behoudens een objectieve rechtvaardiging. Die objectieve rechtvaardiging is kennelijk in beginsel aanwezig, als gedurende een periode deeltijds wordt gewerkt. We weten echter op grond van het Schultz-Hoff-arrest ook dat zieke werknemers die helemaal niet hebben gewerkt, wel recht hebben op vakantie, zodat er dus ook gevallen zijn waarin de werknemer toch vakantie opbouwt ondanks het feit dat niet is

gewerkt. Er valt kortom te twisten over de vraag in welke gevallen de werknemer die op overeengekomen uren niet heeft gewerkt, toch recht op vakantie op kan bouwen. Dit hangt kennelijk af van de reden waarom hij niet heeft gewerkt.

Mogelijk sluit het Hof van Justitie bij de vraag onder welke voorwaarden vakantie wordt opgebouwd, aan op IAO-verdrag 132 inzake het recht op betaalde vakantie uit 1970. In het Schultz-Hoff-arrest verwees het Hof naar dit verdrag (r.o. 38). Artikel 4 bepaalt dat vakantie naar rato van de lengte van het dienstverband wordt opgebouwd. In artikel 5 lid 4 wordt bepaald dat vakantie ook wordt opgebouwd bij ziekteverlof en zwangerschap en ander arbeidsverzuim *los van de wil van de werknemer*. Wellicht zal het Hof van Justitie dit overnemen voor de bepaling van het recht op opbouw van vakantie door verlofgangers en verzuimende werknemers. Dat betekent dat deze ook naar Europees recht geen vakantie opbouwen tijdens hun afwezigheid, tenzij het niet-werken onvrijwillig is. Zeker is dat echter niet. Het Hof van Justitie heeft tot nu toe namelijk niet alle aspecten van dit verdrag overgenomen. Zo voorzien artikel 5 lid 1 tot en met 3 in de mogelijkheid een minimumperiode vast te stellen waarna pas recht op vakantie ontstaat, een mogelijkheid die in het BECTU-arrest nu juist door het Hof van de hand gewezen werd.

7. Tot besluit

Het gemeenschapsrecht is nog niet uitgekristalliseerd als het gaat om de vraag in hoeverre vakantie moet worden opgebouwd over niet-gewerkte uren. Dit hangt af van de reden waarom niet is gewerkt. We weten met zekerheid dat tijdens ziekte wel vakantie moet worden opgebouwd. Ook kunnen we met vrij veel zekerheid vaststellen dat in geval van een deeltijdcontract over de niet overeengekomen, en aldus niet gewerkte uren geen vakantie wordt opgebouwd. Van andere situaties zoals de verlofganger of de stakende werknemer is echter nog niet bepaald of het niet opbouwen van vakantie objectief gerechtvaardigd is. Juist omdat de rechtspraak over de opbouw van vakantierechten van het Hof van Justitie nog niet uitgekristalliseerd is, wordt de Staat door de Hoge Raad wat mij betreft ten onrechte verweten dat het recht op opbouw van vakantie van zieke werknemers niet al na het BECTU-arrest is aangepast in de Nederlandse vakantiewetgeving. Toepassing van de leer van de Hoge Raad zou betekenen dat ook werknemers die om een andere reden dan ziekte verzuimen, met succes een schadevergoeding wegens niet-uitbetaalde vakantiedagen van de Staat kunnen vorderen. Stel dat een dergelijke casus zich voordoet, dan zou ik de rechter in overweging willen geven om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, om duidelijkheid te krijgen over de vraag wanneer het niet opbouwen van vakantie over overeengekomen uren gerechtvaardigd is.