

T I J D S C H R I F T O V E R A R B E I D E N S O C I A L E Z E K E R H E I D

# S M A

*in dit nummer*

## DEZE MAAND

- ▶ Van slimme en andere dingen: meer en langer werken door competente mensen

## ARTIKELEN

- ▶ Arbeidsmarktbeleid in het licht van de kredietcrisis: Blijf Positief
- ▶ Nieuwe tijden, nieuwe zekerheden?
- ▶ Vakantiedagen en 'anti-oppotregelingen': een kwestie van uitleg(?)

## JURISPRUDENTIE

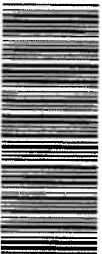
- ▶ Annotatie HR 14 september 2007

## ACTUEEL

- ▶ Agenda

## BOEKEN

- ▶ Recensie
- ▶ Nieuwe uitgaven



10109482



Kluwer

a Wolters Kluwer business

50. Kabinetsreactie op hooflijnen op het rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie, p. 8.
51. Kabinetsreactie op hooflijnen op het rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie, p. 9.
52. Zie daarvoor de brief die het FNV heeft gericht aan de Tweede Kamer naar aanleiding van de kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie; brief van 30 juni 2008; kenmerk 88.211.033, p. 2. Het is wellicht aardig om op te merken dat de FNV in 1995 een discussienota uitbracht met de titel 'Tijd voor nieuwe zekerheid'. Daarin wordt gepleit (p. 5) voor een vernieuwende visie op 'de relatie tussen sociale zekerheid en alles wat te maken heeft met werken: flexibel werken, tijdelijk niet werken, niet kunnen werken, korter werken en opnieuw beginnen met werken. En het combineren van betaald en onbetaald werk'. In deze nota wordt betwijfeld of de politiek beschikt over een concept voor de toekomst.
53. Zie daarvoor het Onderhandelingsakkoord CAO sector gemeenten 2007-2009. Het akkoord loopt van 1 juni 2007 tot 1 juni 2009.
54. Zie daarvoor nader de bijlage Herziening bovenwettelijke sociale zekerheid bij het Onderhandelingsakkoord CAO sector gemeenten 2007-2009, p. 1.
55. Bijlage Herziening bovenwettelijke sociale zekerheid bij het Onderhandelingsakkoord CAO sector gemeenten 2007-2009, p. 1.
56. Bijlage Herziening bovenwettelijke sociale zekerheid bij het
- Onderhandelingsakkoord CAO sector gemeenten 2007-2009, p. 2.
57. Volgens Verkerk werkt de combinatie van eigenisicodragerschap en de manier waarop de ontslagprocedures voor de publieke sector zijn ingericht prohibitief voor het gebruik ervan. Zie daarvoor het artikel van B. Verkerk over de normalisatie van arbeidsverhoudingen in het VNG-magazine van 10 juni 2008, p. 5.
58. Zie daarvoor het WRR-rapport Investeren in Werkzekerheid, a.w., p. 172.
59. Zie hierover: E. Verhulst, *Flexicurity and employment protection: a happy marriage?*, a.w. en E. Verhulst in *Ontslagrecht in Beweging*, a.w., p. 23-24.
60. Zie daarvoor F.B.J. Grapperhaus, 'Vijf broden en twee vissen', *SR 2007*, 20, p. 80 en H.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt (oratie)*, Amsterdam 2007, p. 28.
61. Grapperhaus, a.w., p. 79-82.
62. Muffels.
63. H. Bäckström, 'A Labour Market Regime Beyond Flexicurity: Transicurity and Collective Job Transition Insurance on the Swedish Labour Market', *Bulletin of Comparative Labour Relations 2008*, 65, p. 213-235.
64. Zie I. Wilthagen, *Flexicurity Practices. Report to the European Commission*, Brussel 2007. Te vinden op <www.ec.europa.eu/employment\_social/employment\_strategy/pdf/flexi\_practices\_en.pdf>.

## VAKANTIEDAGEN EN 'ANTI-OPPOT-REGELINGEN'; EEN KWESTIE VAN UITLEG(?)

AUTEUR  
Mr. R.L. van Heusden

**Kunnen werkgevers er voor zorgen dat werknemers voldoende vakantiedagen opnemen zodat het ontstaan van verlofstuwmeren voorkomen wordt? Deze vraag staat centraal in onderstaande bijdrage. De auteur gaat uitgebreid in op de achtergronden van de wijzigingen die in 2001 in de vakantiewetgeving werden aangevoerd en op de ruimte die de huidige regeling partijen laat om af te wijken van het uitgangspunt dat de werknemer zijn vakantiedagen naar eigen wens opneemt. Aangezien het bij het bepalen van die ruimte vooral aankomt op de wijze waarop de wettekst wordt uitgelegd, besteedt de auteur eveneens aandacht aan de vraag of de rechter bij die uitleg aan bepaalde regels gebonden is.**

### 1. Inleiding

De vakantiewetgeving die per 1 februari 2001 in werking trad, maakt het voor werknemers gemakkelijker om vakantiedagen te sparen. Niet iedere werkgever is hiermee gelukkig. Het bijhouden van opgespaarde vakantiedagen brengt administratieve rompslomp met zich en mogelijke organisatorische problemen indien werknemers hun opgespaarde verlof op enig moment willen opnemen. Worden opgebouwde vakantiedagen niet opgenomen, dan bestaat recht op uitbetaling van die dagen bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst, iets waarvoor de werkgever voorzieningen zal moeten treffen. Nadelig voor de werkgever is daarbij dat de uitbetaling van vakantiedagen dient te geschieden naar het laatstgenoten salaris, en niet naar het salaris dat verdiend werd in het kalenderjaar waarin de aanspraken werden opgebouwd. Werkgevers hebben er zodoende financieel belang bij dat vakantiedagen zoveel mogelijk worden opgenomen in het kalenderjaar waarin zij werden opgebouwd. Ook om reden dat van het genieten van vakantie een positieve invloed uitgaat op de gezondheid en het welzijn van werknemers hebben werkgevers er belang bij dat hun werknemers regelmatig vakantie nemen. Een werknemer die gedurende langere tijd geen of zeer weinig vakantiedagen opneemt, vormt een mogelijk (veiligheids- en) gezondheidsrisico.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is in hoeverre een werkgever kan bewerkstelligen dat zijn werknemers ieder jaar voldoende vakantiedagen opnemen opdat het ontstaan van verlofstuwmeren voorkomen wordt. Ter beantwoording van die vraag zullen in par. 2 allereerst de huidige vakantiewetgeving en de uitgangspunten die aan die wetgeving ten grondslag liggen worden besproken. Vervolgens zal worden stilgestaan bij de mogelijkheden die een werkgever

heeft om het sparen van vakantiedagen tegen te gaan. Achtereenvolgens zullen hierbij de volgende opties besproken worden:

1. de mogelijkheid om ter zake de vaststelling van vakantie een beroep te doen op 'gewichtige redenen' als bedoeld in art. 7:638 BW of op het goed werknemerschap ex art. 7:611 BW (par. 3);
2. de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst of cao af te wijken van de regeling van art. 7:638 BW voor wat betreft de wijze waarop de vakantie wordt vastgesteld (par. 4);
3. de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst of cao een expliciete 'anti-oppotregeling' overeen te komen (par. 6).

In par. 4 zal blijken dat we bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de huidige wettelijke regeling partijen ruimte laat om afspraken te maken over het opnemen van vakantiedagen, stuiten op de meer algemene vraag hoe de rechter de wet dient uit te leggen. Omdat (ook) die laatstgenoemde vraag zich niet met een enkele zin laat beantwoorden, wijd ik hieraan een aparte paragraaf (par. 5). Het geheel wordt afgesloten met een conclusie (par. 7).

### 2. Juridisch kader en uitgangspunten van de wetgever

Op grond van art. 7:638 lid 1 BW (oud), zoals deze bepaling vóór 1 februari 2001 luidde, was de werkgever gerechtigd de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie eenzijdig vast te stellen, mits hij voorafgaand overleg had gevoerd met de werknemer en de vaststelling zo tijdig geschiedde dat de werknemer gelegenheid had tot het treffen van voorbereidingen voor de besteding van de vakantie.<sup>1</sup> De werkgever had het zodoende in de situatie vóór 1 februari 2001 grotendeels zelf in de hand om het oppotten van vakantiedagen te voorkomen door de vakantie zo nodig tegen de zin van de werknemer vast te stellen. De per 1 februari 2001 doorgevoerde wetswijziging bracht hierin verandering.<sup>2</sup> Thans bepaalt art. 7:638 lid 2 BW dat de werkgever de vakantie vaststelt overeenkomstig de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten en voor zover in de vaststelling van vakantie niet is voorzien bij schriftelijke overeenkomst of bij cao. Kortom, in beginsel bepaalt de werknemer thans zelf zijn vakantie. De wet verplicht de werknemer daarbij niet de in gegeven kalenderjaar opgebouwde vakantie ook daadwerkelijk in dat jaar (of enig jaar daarna) te genieten. Het sparen

van vakantiedagen is derhalve mogelijk. Sterker, de wetgever beoogde met de wetswijziging van 2001 juist de mogelijkheden tot het sparen van verlof te vergroten teneinde meer ruimte voor werknemers te creëren om betaalde arbeid en zorgtaken, educatie of anderszins te kunnen combineren.<sup>1</sup> Naast de aanpassing van de wijze waarop de vakantie wordt vastgesteld (art. 7:638 lid 2 BW) werd in dit verband ook de met betrekking tot vakantieaanspraken geldende verjaringstermijn verlengd van twee naar vijf jaar (art. 7:642 BW). Het vergroten van de mogelijkheid tot verlofsparen was evenwel niet het enige doel van de wijziging van de vakantie-wetgeving in 2001. Zo leest men in de memorie van toelichting (MvT)<sup>2</sup> met betrekking tot de uitgangspunten van de nieuwe wettelijke regeling onder meer het volgende:

'De regering handhaaft in de onderhavige regeling de uitgangspunten, die ook al ten grondslag lagen aan het voorstel dat aan de Sociaal-Economische Raad voor advies is voorgelegd,<sup>3</sup> te weten dat:

- een vakantieregeling enerzijds waarborgen moet bevatten dat aan het arbeidsbeschermende doel van vakantie, de recuperatiefunctie, geen afbreuk wordt gedaan;
- een vakantieregeling anderzijds ruimte moet bieden om wensen op het terrein van educatief verlof, vervroegde pensionering, zorgtaken enz., te realiseren;
- een vakantieregeling meer flexibiliteit aan werkgever en werknemer moet bieden om te kunnen komen tot op hun wensen toegenomen afspraken;
- een vakantieregeling moet voldoen aan internationale verplichtingen (...)

In het voorliggende wetsvoorstel leiden deze uitgangspunten naar een "twee-slag". Het eerste en het vierde uitgangspunt leiden tot een dwingendrechtelijk regime voor het aantal vakantiedagen dat nodig wordt geacht om de recuperatiefunctie veilig te stellen en dat vastgelegd is in het huidige art. 634 lid 1, verder aan te duiden als minimumvakantie. Daarnaast wordt een regime voorgesteld voor de dagen die boven de in art. 634 lid 1, voorgeschreven minimumvakantie uitgaan, verder als bovenwettelijke dagen aan te duiden, dat voldoende ruimte biedt om aan het tweede en derde uitgangspunt te voldoen.<sup>4</sup>

De regering heeft aldus bij het ontwerp van de nieuwe wettelijke vakantieregeling een onderscheid willen maken tussen het wettelijke (minimum)aantal vakantiedagen en de bovenwettelijke vakantiedagen, waarbij met betrekking tot de wettelijke vakantiedagen door middel van dwingendrechtelijke bepalingen is beoogd om de recuperatiefunctie van vakantiedagen veilig te stellen (uitgangspunt 1) en beoogd is te voldoen aan internationale verplichtingen (uitgangspunt 4),<sup>5</sup> en waarbij met betrekking tot de bovenwettelijke vakantiedagen via een regime van regelen recht beoogd is

de mogelijkheden voor verlofsparen te vergroten (uitgangspunt 2) en beoogd is ruimte te bieden aan partijen om tot op hun wensen toegenomen afspraken te komen (uitgangspunt 3).

In de adviesaanvraag aan de SER was genomede tweeslag nog verder doorgevoerd. De minister was namelijk aanvankelijk voornemens om de wettelijke regeling alleen van toepassing te laten zijn op het wettelijke (minimum)aantal vakantiedagen en om het verder volledig aan partijen bij collectieve of individuele arbeidsovereenkomst over te laten om afspraken te maken over eventuele bovenwettelijke vakantie-aanspraken. Door in art. 7:634 lid 1 BW het woordje 'ten minste' te schrappen, zouden de daaropvolgende artikelen alleen betrekking hebben op de wettelijke vakantiedagen. De SER vond dit geen goed idee en wees erop dat tussen partijen zou moeten worden onderhandeld en gecontracteerd over zaken die anders bij wet geregeld waren, hetgeen, als contracten niet of slechts over gedeelten tot stand zouden komen, tot rechtsonzekerheid zou kunnen leiden. Ook wees de SER op het feit dat met name op individueel niveau onvoldoende evenwicht tussen partijen zou kunnen bestaan, hetgeen tot een verslechtering van de rechtspositie van werknemers zou kunnen leiden. De Raad achtte het beter indien het woordje 'ten minste' gehandhaafd zou blijven en om binnen de vakantiewetgeving mogelijkheden in te bouwen om voor bovenwettelijke vakantiedagen van enkele bepalingen van die vakantiewetgeving af te wijken, hetgeen geschiedde.<sup>6</sup>

Dwingendrechtelijke bepalingen vindt men in de wet bijvoorbeeld met betrekking tot het recht op uitbetaling van bij het einde van het dienstverband resterende verlofdagen. Worden opgespaarde vakantiedagen lopende de arbeidsovereenkomst niet opgenomen, dan geldt dat zij - voor zover de vakantieaanspraken niet verjaard zijn - bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst moeten worden uitbetaald (art. 7:641 lid 1 BW). Tegenover een eventuele nieuwe werkgever heeft de werknemer vervolgens aanspraak op vakantie zonder behoud van loon voor de duur van het tijdvak waarover hij bij de ex-werkgever nog aanspraak op vakantie had (art. 7:641 lid 3 BW). Op grond van art. 7:641 lid 4 BW kan weliswaar bij schriftelijke overeenkomst met de nieuwe werkgever worden afgesproken dat de werknemer geen recht op onbetaald verlof heeft, doch deze mogelijkheid is beperkt tot de bij de oude werkgever opgebouwde bovenwettelijke vakantiedagen. Met betrekking tot de bij de oude werkgever opgespaarde wettelijke vakantiedagen kan van het recht op onbetaald verlof geen afstand worden gedaan. Ook met betrekking tot de mogelijkheid om lopende de arbeidsovereenkomst vakantiedagen af te kopen (art. 7:640 BW) geldt dat het wettelijke aantal vakantiedagen (art. 7:634 BW) onaantastbaar is, in die zin dat afspraken waarbij de minimumaanspraak wordt

afgekocht, nietig zijn.<sup>8</sup> Voorkomen moet worden, zo leest men in de MvT, dat de werknemer gedurende langere tijd geen vakantie opneemt of daarvan wordt weerhouden door de werkgever.<sup>9</sup> Feitelijk wordt de werknemer derhalve tegen zichzelf, en tegen de macht van de werkgever om bedoelde afspraken ter zake van afkoop van vakantie door te drukken (bijvoorbeeld bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst), beschermd. Opmerkelijk genoeg echter, kent de wet geen bepaling die de werknemer verplicht om de wettelijke vakantiedagen op te nemen, noch geldt dat deze dagen vervallen indien zij niet worden opgenomen. De wetgever heeft daarmee de mogelijkheid opengelaten dat de werknemer ook van zijn wettelijke vakantie-toegoe spaart. Gelet op het oogmerk van de wetgever om de mogelijkheid van verlofsparen te bevorderen, is dit niet onlogisch. Aangezien niet iedere werknemer aanspraak kan maken op bovenwettelijke vakantiedagen - een dergelijke aanspraak zal ontleend moeten worden aan een in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst opgenomen afspraak - zouden de desbetreffende werknemers anders in het geheel niet de mogelijkheid hebben om verlof te sparen. Bij de mogelijkheid om verlof te sparen lijkt de wetgever evenwel - zie de hiervoor aangehaalde passages uit de MvT - vooral gedacht te hebben aan de bovenwettelijke vakantiedagen, terwijl bij het ontwerp van de regeling inzake de wettelijke vakantiedagen de recuperatiefunctie centraal stond. Dat een werknemer ook zijn wettelijke vakantiedagen kan sparen - en er in theorie dus voor zou kunnen kiezen om een aantal jaren achtereen in het geheel geen vakantie op te nemen - is met de recuperatiefunctie uiteraard niet in overeenstemming. De wetgever laat het hierbij echter, zo valt te lezen in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer, aan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer om in het kader van recuperatie jaarlijks vakantie op te nemen.<sup>10</sup> <sup>11</sup> Duidelijk is aldus dat als men de wettelijke regeling van art. 7:634 BW e.v. volgt, en partijen geen afwijkende afspraken maken, het op grond van art. 7:638 lid 2 BW in beginsel aan de werknemer is om zijn vakantie te bepalen en deze er naar believen voor kan kiezen om vakantiedagen niet op te nemen, ongeacht of het gaat om wettelijke dan wel om bovenwettelijke vakantiedagen.

**3. Gewichtige redenen/goed werknemerschap**  
Volgens art. 7:638 lid 2 BW moet de werkgever bij het vaststellen van de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie gevolg geven aan de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Ook in de huidige regeling is het derhalve formeel nog steeds de werkgever die de vakantie vaststelt, zij het dat hij daarbij niet slechts dient te overleggen met de werknemer, zoals gold in de situatie vóór 2001, doch diens wensen in beginsel

(immers: tenzij sprake is van gewichtige redenen) dient te volgen. Stel dat een werknemer aangeeft in een gegeven kalenderjaar slechts één week vakantie op te willen nemen. Kan het feit dat de werkgever het belangrijk vindt dat zijn werknemers goed uitrusten - de recuperatiefunctie van vakantie - als een gewichtige reden gelden om bij de vaststelling van de vakantie af te wijken van de wens van de werknemer?

De wetgever is over de invulling van het begrip 'gewichtige redenen' weinig concreet geweest. In de MvT leest men dat de eis van gewichtige redenen betekent dat niet lichtvaardig kan worden gesteld dat de wensen van de werknemer niet gehonoreerd kunnen worden.<sup>12</sup> Van gewichtige redenen zal volgens de MvT onder meer sprake kunnen zijn indien de door de werknemer gewenste vakantie de gang van zaken in het bedrijf zodanig zou ontwrichten dat het belang van de werknemer daartegen niet opweegt. Als voorbeelden worden genoemd de situatie dat meerdere werknemers van een seizoensbedrijf hun vakantie willen opnemen in de seizoenspiek, en de situatie dat een klein bedrijf zou moeten sluiten omdat niet in vervanging kan worden voorzien.<sup>13</sup> De wetgever lijkt aldus een zeer terughoudende benadering voor te staan.<sup>14</sup>

Wat opvalt, is dat vooral lijkt te zijn gedacht aan de situatie waarin de werkgever de werknemer wil beletten vakantie (in een bepaalde periode) op te nemen. De vraag of gewichtige redenen ook met zich kunnen brengen dat de werkgever de werknemer dwingt méér vakantiedagen op te nemen dan hij - de werknemer - van plan was te doen, kwam eerst tijdens de behandeling van het wetsontwerp in de Eerste Kamer aan de orde, toen leden van de CDA-fractie de staatssecretaris het voorbeeld voorlegden van de situatie waarin een werkgever met toestemming van de or overgaat tot een tijdelijke bedrijfsluiting in de vakantieperiode.<sup>15</sup> Volgens de staatssecretaris weegt de instemming van de or in een dergelijk geval zwaar en zal een beroep op gewichtige redenen voor het opnemen van vakantie door de werknemer veelal slagen.<sup>16</sup> In hoeverre ook buiten de situatie van een tijdelijke bedrijfsluiting een werknemer gedwongen kan worden vakantiedagen op te nemen, wordt uit de parlementaire geschiedenis niet duidelijk. Gegeven het uitzonderlijke karakter van een tijdelijke bedrijfsluiting en het feit dat het niet-opnemen van vakantie normaliter niet snel tot ontwrichting van de gang van zaken in het bedrijf zal leiden, valt te verwachten dat een werkgever met een beroep op gewichtige redenen niet in algemene zin zal kunnen voorkomen dat zijn werknemers verlof sparen. In individuele gevallen zou dit anders kunnen liggen, zeker als het gaat om het wettelijke aantal vakantiedagen. De primaire functie van die dagen - het weer op verhaal komen na een langdurige periode van arbeid<sup>17</sup> - is ook een werkgeversbelang

en bezien vanuit de optiek van arbeidsomstandighedenbeleid ook een werkgeversverantwoordelijkheid. In de situatie waarin een werknemer zich werkelijk over de kop dreigt te werken (waarvoor dan uiteraard wel duidelijke signalen moeten bestaan) zou de werkgever naar mijn mening met een beroep op gewichtige redenen de werknemer wel kunnen dwingen (een deel van) zijn vakantiedagen op te nemen. Daarbij komen de wettelijke vakantiedagen het eerst in aanmerking, doch niet uitgesloten is dat indien dat onvoldoende zoden aan de dijk zet ook bovenwettelijke dagen met een beroep op gewichtige redenen kunnen worden vastgesteld. Volgens Olbers daarentegen, zal een beroep op gewichtige redenen door de werkgever nimmer kunnen slagen om de werknemer te dwingen vakantiedagen op te nemen omdat die gewichtige redenen, getel op het woord 'daartegen' in de eerste volzin van art. 7:638 lid 2 BW en het bepaalde in de tweede volzin van dat artikellid, alleen kunnen worden opgeworpen tegen een uitdrukkelijke wens om vakantievaststelling door de werknemer.<sup>14</sup> Mijns inziens is zijn lezing van art. 7:638 BW te strikt en kan in elk geval gezegd worden dat van een goed werknemer verwacht mag worden dat hij, al dan niet op aangeven van de werkgever, tijdig zijn wens schriftelijk kenbaar maakt. In de parlementaire geschiedenis wordt als zodanig niet bevestigd dat een beroep op gewichtige redenen in gevallen als door mij beschreven mogelijk is. Wel leest men in de MvA aan de Eerste Kamer:

'Daarbij is niet uit te sluiten dat een werkgever in een uitzonderlijke situatie te maken krijgt met een werknemer, die geen vakantie op wil nemen en bijvoorbeeld al zijn verlof wil sparen (...). Als er geen collectieve of schriftelijke afspraken zijn gemaakt en het niet-opnemen van vakantie ten koste gaat van het functioneren van de werknemer, kan de werkgever de werknemer aanspreken op zijn goed werknemerschap ex art. 7:611. Het hangt van de bijzondere omstandigheden van het geval af of de werknemer hierin zal slagen (...).'<sup>15</sup>

De werkgever zoekt 'de oplossing' hier derhalve, indien geen collectieve of schriftelijke afspraken zijn gemaakt (ik kom later hierop terug), via de weg van het goed werknemerschap.<sup>16</sup> Of nu een beroep wordt gedaan op gewichtige redenen of op het goed werknemerschap, duidelijk is in elk geval dat een beroep op gewichtige redenen c.q. het goed werknemerschap alleen in uitzonderlijke gevallen zal kunnen slagen en voor de werkgever aldus geen afdoende middel vormt om in algemene zin te kunnen voorkomen dat zijn werknemers vakantiedagen sparen.

#### 4. Afwijken bij arbeidsovereenkomst of cao van de regeling van art. 7:638 BW m.b.t. de wijze waarop de vakantie wordt vastgesteld

Men zou bij arbeidsovereenkomst of cao kunnen overeenkomen dat de vakantiedagen worden

vastgesteld door de werkgever na overleg met de werknemer. In dat geval wordt met betrekking tot de vaststelling van vakantie feitelijk teruggekeerd naar de situatie van vóór 2001, en is het de werkgever die bepaalt hoeveel vakantiedagen er worden opgenomen. Afspraken als deze komt men in de praktijk met enige regelmaat tegen.<sup>17</sup> De vraag is of deze rechtsgeldig zijn. Niet voor niets, zo kan gesteld worden, is de wet in 2001 gewijzigd; beoogd is de werknemer meer ruimte te geven om zijn vakantie te bepalen en de mogelijkheid tot verlofsparen te vergroten. Een afwijkingmogelijkheid bij arbeidsovereenkomst, als hierboven bedoeld, zou het wel heel gemakkelijk maken de bedoeling van de werkgever te doorkruisen. Anderzijds kan echter worden opgemerkt dat de werkgever toch niet voor niets afwijkingmogelijkheden heeft ingebouwd. De werkgever heeft eveneens het oogmerk gehad met de vakantiewetgeving meer flexibiliteit aan werkgevers en werknemers te bieden om te komen tot op hun wens toegeneden afspraken. Art. 7:638 lid 2 BW bepaalt in dit verband nu eenmaal uitdrukkelijk dat *voor zover bij cao of schriftelijke overeenkomst in de vaststelling van de vakantie niet is voorzien*, de vakantie overeenkomstig de wens van de werknemer dient te worden vastgesteld.

In de literatuur bestaat over deze kwestie verdeeldheid. Zo meent Funke dat partijen wel degelijk rechtsgeldig kunnen afspreken dat de werkgever de vakantiedagen vaststelt na overleg met de werknemer.<sup>18</sup> Hij wijst hierbij op de tekst van art. 7:638 lid 2 BW en op het feit dat in de parlementaire geschiedenis de onderhavige afwijkingmogelijkheid niet (expliciet) wordt uitgesloten. Loonstra is een andere mening toegedaan. Een van de kerngedachten van de nieuwe wet – meer inspraak van de kant van de werknemer over de besteding en spreiding van zijn vakantiedagen – zou zijns inziens wel wat erg gemakkelijk kunnen worden weggecontracteerd als de werkgever een afwijkingmogelijkheid als deze zou kunnen benutten.<sup>19</sup> Hij wijst erop dat in de wet niet staat: 'voor zover in de wijze van vaststelling van de vakantie niet is voorzien bij schriftelijke overeenkomst (...)', doch staat: 'voor zover in de vaststelling van de vakantie niet is voorzien bij schriftelijke overeenkomst (...)'. Uit die tekst blijkt zijns inziens dat niet heel algemeen mag worden afgesproken dat de werkgever bestelt wanneer de werknemer vakantie opneemt. Boot en Lange redeneren in overeenkomstige zin:

'Het lijkt ons echter niet in overeenstemming met de bedoeling van de nieuwe wet, en evenmin met het voor het overige dwingende en werknemersbeschermende karakter van de regelingen, indien de aanwijzingsbevoegdheid aldus bij aanvang van de arbeidsovereenkomst gemakkelijk zou kunnen (worden, red.) weggecontracteerd.'<sup>20</sup>

Loonstra meent dat het bij de afspraken die in het kader van art. 7:638 lid 2 BW (wel) zijn toe-

gestaan moet gaan om de 'vaststelling', dat wil zeggen het bij overeenkomst concreet duiden van de vakantiedagen. Het beding 'de werknemer neemt vakantie gedurende de eerste drie weken van juli van ieder jaar' acht hij in dit verband voldoende concreet en derhalve op grond van art. 7:638 lid 2 BW juridisch aanvaardbaar. Vagere afspraken, zoals de afspraak dat de vakantiedagen worden vastgesteld door de werkgever na overleg met de werknemer, zijn zijns inziens niet toegestaan omdat dan de werknemer geen zicht heeft op waartoe hij zich concreet verbindt.<sup>21</sup> Olbers lijkt dezelfde mening toegedaan.<sup>22</sup> Volgens hem heeft de werkgever bij de mogelijkheid om bij cao of overeenkomst af te wijken, ongetwijfeld gedacht aan de collectieve bedrijfstakvakantie zoals die in de bouwruimte bij cao geregeld was, of aan de jaarlijkse sluiting van de onderneming wegens vakantie die met de individuele werknemer was overeengekomen en die eventueel in een met instemming van de or vastgestelde vakantieregeling was opgenomen. De mogelijkheid tot vaststelling van vakantie bij individuele of collectieve arbeidsovereenkomst kan volgens Olbers niet zo ruim gezien worden, dat daarbij ook rechtsgeldig bepaald zou kunnen worden dat de werkgever de in art. 7:638 BW bedoelde voorschriften, die in acht moeten worden genomen bij de vaststelling van de vakantie, niet zou behoeven na te leven.<sup>23</sup>

Wat opvalt, is dat de bovengenoemde auteurs de wettetekst op verschillende wijzen uitleggen en daarbij in verschillende mate betekenis hechten aan de bedoeling van de werkgever. Funke neemt de tekst van de wet als uitgangspunt. Deze tekst is zijns inziens duidelijk, in de zin dat partijen de ruimte wordt geboden om afwijkende afspraken te maken met betrekking tot de vaststelling van vakantie. Vervolgens toetst Funke aan de bedoeling van de werkgever, maar deze toets beperkt hij tot de vraag of uit de parlementaire geschiedenis expliciet blijkt dat beoogd is de mogelijkheid van het maken van afspraken omtrent de wijze waarop de vakantie wordt vastgesteld uit te sluiten. Nu dat niet het geval is, en de tekst van art. 7:638 lid 2 BW duidelijk is, moet zijns inziens worden geconcludeerd dat partijen rechtsgeldig kunnen afspreken dat de werkgever de vakantiedagen vaststelt na overleg met de werknemer. Loonstra neemt eveneens de tekst van de wet als uitgangspunt. Deze laat in zijn optiek wel degelijk ruimte voor onduidelijkheid – omdat het bij overeenkomst voorzien in de vaststelling van vakantie ook het maken van afspraken over de wijze waarop de vakantie wordt vastgesteld? – en hecht vervolgens veel waarde aan de uit de parlementaire geschiedenis blijvende bedoeling van de werkgever om de werknemer meer ruimte te geven om zijn vakantie te bepalen en de mogelijkheden om verlof te sparen te vergroten. Olbers gaat feitelijk nog een stap verder dan Loonstra door (mede) te kijken naar de niet (expliciet) uit de

parlementaire geschiedenis blijvende doch *waarschijnlijke* bedoeling van de werkgever. Boot en Lange brengen ten slotte nog een ander element in bij de uitleg van het onderhavige wetsartikel en wijzen bij het afwijzen van de mogelijkheid van het bij arbeidsovereenkomst maken van afspraken met betrekking tot de wijze waarop de vakantie wordt vastgesteld op het 'voor het overige dwingende en werknemersbeschermende karakter van de regelingen'. Waar overigens Loonstra stelt dat het anders wel heel gemakkelijk zou zijn om een van de kerngedachten van de nieuwe wettelijke regeling weg te contracteren, en waar hij stelt dat vagere afspraken niet mogelijk zijn omdat de werknemer dan geen zicht heeft op waartoe hij zich concreet verbindt, lijkt goed beschouwd ook hij de aan het arbeidsovereenkomstenrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte als (aanvullend) argument te hanteren.

Dit alles brengt mij op de vraag hoe de rechter tewerk dient te gaan bij de uitleg en toepassing van een wetsbepaling als die van art. 7:638 lid 2 BW.

#### 5. Hoe dient de wet te worden uitgelegd? Vragen van rechtsvinding

##### 5.1. Algemeen

In tijd van de Franse Revolutie bestond de gedachte dat al het recht in de codificatie bestonden ligt en dat de rechter de wet alleen maar hoeft toe te passen. Interpretatie was in deze gedachtegang niet nodig en zelfs onwenselijk; wie interpreteert, raakt aan de wet en wetgeving is voorbehouden aan de werkgever.<sup>24</sup> Dat deze gedachtegang onhoudbaar is, laat de hierboven aan de orde gestelde discussie omtrent de uitleg van art. 7:638 lid 2 BW ons a zien. De wettetekst is niet altijd duidelijk en rechterlijke uitleg is onontkoombaar en noodzakelijk om in de vele casusposities die zich in de praktijk voordoen een beslissing te kunnen geven. Is de rechter bij het uitleggen van de wet gebonden aan bepaalde regels? Wie in de wet zoekt, vindt er slechts een aantal:

- art. 11 Wet algemene bepalingen (Wet AB): 'De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen';
- art. 12 Wet AB: 'Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijn beslissing onderworpen zijn';
- art. 13 Wet AB: 'De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van rechtsweigering vervolgd worden';
- art. 120 Gw:

'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen'. Daarnaast kan in dit verband nog gewezen wor-

den op art. 79 RO. De Hoge Raad vernietigt vonnissen wegens schending van het recht (voorheen: schending van de wet), hetgeen de gehoudeheid van de rechter impliceert om oordelen te geven die in overeenstemming zijn met het recht. Voorts geldt dat de rechter op grond van art. 94 Gw de mogelijkheid heeft wetgeving te toetsen aan internationale verdragen en wordt aangenomen dat hij verplicht is nationaal recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te leggen.<sup>29</sup>

Oftewel: de rechter heeft de opdracht om de wet toe te passen en (vooral) recht te spreken, ook wanneer de wettekst onduidelijkheden laat of toepassing van de wettekst tot uitkomsten leidt die met het recht niet (meer) in overeenstemming zijn. Meer aanknopingspunten geeft de wet niet. Hoe dient de rechter bij de interpretatie en toepassing van wetsartikelen – dat wil zeggen bij het vinden van het recht – dan concreet tewerk te gaan? Men zou, gegeven het aan onze rechtsstaat ten grondslag liggende beginsel van de scheiding van machten, menen dat de wettekst, in de zin van de ultieme vertolker van de wil van de wetgever, toch het uitgangspunt moet zijn (grammaticale uitleg) en dat bij de uitleg van die wettekst eerst en vooral betekenis toekomt aan de bedoeling van diezelfde wetgever, zoals blijken uit de parlementaire geschiedenis (teleologische of wetshistorische uitleg). Kijkt men alleen naar de tekst van de wet, dan is als gezegd echter een probleem dat hierin niet altijd een duidelijk antwoord gevonden kan worden voor de vele vragen die in de praktijk ontstaan. Probeer men vervolgens de bedoeling van de wetgever te achterhalen, dan stuit men daarbij allereerst op het probleem dat het moeilijk is om aan te geven wie 'de' wetgever is. Is de inhoud van de MvT bijvoorbeeld toe te schrijven aan 'de' wetgever, ook als over de inhoud tijdens de parlementaire behandeling veel discussie is geweest en de tekst van het oorspronkelijke wetsvoorstel in de loop van die behandeling vele wijzigingen heeft ondergaan? En wegen uitlatingen van bijvoorbeeld een staatssecretaris of een minister zwaarder dan die van een of meerdere kamerleden? Een tweede probleem is dat het uiteindelijke wetgevingsproduct vaak een uitvloeisel is van compromissen, waarbij getracht is recht te doen aan meerdere (politieke) belangen, motieven, doeleinden, enzovoort, die elkaar niet altijd hoeven aan te vullen maar ook tegenstrijdig kunnen zijn. Wat is dan 'de' bedoeling van de wetgever? Een derde probleem is dat met het verstrijken van de tijd de bedoeling van de wetgever aan actualiteit inboet en misschien zelfs achterhaald kan raken; mogelijk zou de oorspronkelijke wetgever tot een geheel ander product gekomen zijn indien hij met de kennis van nu had kunnen handelen.<sup>30</sup>

In zijn Algemeen Deel uit 1974 stelt Scholten dat men gelet op dit alles de betekenis van de grammaticale en wetshistorische interpretatie

niet mag overschatten. Zij dienen volgens hem beide in ogenschouw te worden genomen. Men mag zich volgens Scholten tot deze gezichtspunten echter niet beperken. Volgens hem komt evengoed betekenis toe aan het gegeven dat wetsbepalingen niet op zichzelf staan maar onderdeel uitmaken van een wet, welke tezamen met andere wetten weer onderdeel uitmaakt van de rechtsorde in zijn geheel. Aangezien ten aanzien van het geheel niet van 'de' bedoeling van de wetgever kan worden gesproken, dient iedere wetsbepaling steeds in verband met de andere te worden uitgelegd (systematische interpretatie). Maar ook hierbij blijft het niet. Scholten:<sup>31</sup>

'Naast elkaar dus taalgebruik en wetsgeschiedenis, het systeem van het recht in zijn geheel, maatschappelijk doel en resultaat van toepassing, de historische ontwikkeling, het zijn alle factoren, waaraan gezag toekomt bij de vaststelling van wat krachtens de wet is.'

Hij voegt daar direct aan toe:

'In hoeverre dat gezag van ieder dier factoren nader kan worden omschreven, zullen wij hieronder zien. Hier kan reeds worden opgemerkt, dat een scherpomlijnde rangorde en preciese bepaling van ieders waarde voor concrete gevallen uitgesloten is. En dat reeds hierom, omdat ten slotte bij ieder vaststellen van recht de gerechtigheid wordt gezocht. Bij iedere interpretatie zal dat in het oog moeten worden gehouden en van iedere poging het concrete recht te vinden, is dat het begin en het einde.'

Ook Vranken, in zijn bewerking van het Algemeen Deel in 1995, kan het niet concreter maken dan dat.<sup>32</sup> Hij concludeert dat een sluitende reglementering vóór de door de rechter in zijn afweging te betrekken maatstaven, richtlijnen en gezichtspunten niet mogelijk is. In 'de gereedschapskist' van de rechter ziet ook Vranken een veelheid aan instrumenten: de wettekst, de wetsgeschiedenis, het systeem, de ratio, rechtsbeginselen, precedenten, analogie, rechtsverfijning, extensieve en restrictieve interpretatie alsook de literatuur. Vermeldenswaardig is in dit verband nog dat tijdens de parlementaire behandeling van het NBW de vraag naar de betekenis van de wetsgeschiedenis bij de uitleg van wetsbepalingen specifiek aan de orde is gekomen. De minister gaf aan dat de parlementaire geschiedenis een [cursivering RvH] argumentatiebron vormt waaraan zeker in de beginperiode na de invoering van de wet veel betekenis toekomt.<sup>33</sup>

## 5.2. Terugkoppeling op paragraaf 5 en eigen mening

Kortom, een veelheid aan instrumenten en gezichtspunten mag (moet!) de rechter meewegen bij het toepassen van de wet en het vinden van het recht, zonder dat in algemene zin een rangorde tussen de verschillende instrumenten en gezichtspunten kan worden aangegeven. Goed beschouwd kan derhalve niet gezegd worden dat een van bovengenoemde schrijvers

onbetwist het gelijk (of het ongelijk) aan zijn zijde heeft wat de gekozen interpretatiemethode(n) en in acht genomen gezichtspunten betreft. Voor mijzelf staat de verantwoordelijkheid van de wetgever voor het leveren van een goed wetgevingsproduct voorop. De wetgever zal zich dienen in te spannen om hetgeen bedoeld is op zorgvuldige wijze op schrift te stellen. De taak van de rechter is in mijn optiek eerst en vooral om de door de wetgever vastgestelde wetten toe te passen en de rechter dient in dat verband terughoudend te zijn als het gaat om beslissingen die indruisen tegen hetgeen uitdrukkelijk uit (de tekst van) de wet voortvloeit. Bezien we dan art. 7:638 lid 2 BW, dan is een in mijn ogen belangrijke constatering dat deze bepaling relatief jong is, iets wat in mijn ogen met zich brengt dat bij de uitleg van die bepaling veel gewicht toekomt aan de tekst van die bepaling en, maar dan vooral als die tekst onduidelijkheden laat, aan de bedoeling van de wetgever. De vraag is hier (par. 5) allereerst: laat de tekst van de wet ruimte voor onduidelijkheid? Loonstra meent van wel. Onduidelijk is volgens hem of de bepaling ook ziet op het maken van afspraken over de wijze waarop de vakantie wordt vastgesteld. Ik vind dit weinig sprekend. Taalkundig bezien omvat 'in de vaststelling van de vakantie voorzien' mijns inziens evengoed 'in de wijze van vaststelling van de vakantie voorzien' als 'in de concrete vaststelling van de vakantie voorzien'. Niettemin betwijfel ook ik of de wetgever van 2001, als hem gevraagd zou zijn of afspraken, als die welke in par. 5 aan de orde kwamen, rechtsgeldig zijn, deze vraag bevestigend zou hebben beantwoord. Maar het argument zal dan mijns inziens niet kunnen zijn dat het, zoals Loonstra eveneens naar voren brengt, wel erg gemakkelijk zou zijn om een van de kerngedachten van de wet – meer inspraak van de kant van de werknemer over de besteding en spreiding van zijn vakantiedagen – weg te contracteren; kortom het argument dat de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst feitelijk niets in te brengen heeft. Als dit argument namelijk doorslaggevend is, dan zou dit, en ik neem nu een voorschot op de volgende paragraaf, evengoed ook voor andere – meer concrete – bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraken moeten gelden. Er ontstaat een tegenstrijdigheid: waarom de werknemer wel voldoende in staat achten om op het punt van andere, meer concrete, afspraken, zijn belangen tegenover de werkgever te kunnen behartigen, maar niet als het gaat om afspraken als de onderhavige? En als het argument de ongelijke machtspositie van de individuele werknemer is, hoe dan te oordelen over afspraken bij cao waar die ongelijke machtspositie niet verondersteld wordt? Het antwoord zou kunnen luiden, en Loonstra wijst ook hierop, dat de werknemer bij de afspraken die in paragraaf 5 centraal staan feitelijk niet goed voor ogen

heeft waarmee akkoord gegaan wordt omdat het compleet aan de werkgever is hoe een en ander in de praktijk zal worden ingevuld. Ik vind voor dit laatste wel iets te zeggen. De werknemer moet op zijn minst weten waar hij aan toe is. Hoewel het in mijn ogen enigszins wringt, kan kortom beargumenteerd worden dat het evident niet de bedoeling van de wetgever geweest kan zijn dat door individuele afspraak of cao teruggekeerd wordt naar de situatie vóór 2001, waarin de werkgever de vakantie vaststelde en de werknemer niet wist waar hij aan toe was, en dat het er derhalve voor moet worden gehouden dat deze afspraken nietig zijn.

De schaarse rechtspraak – ik vond slechts twee relevante uitspraken – is op dit punt verdeeld. De Kantonrechter Alkmaar oordeelde in een zaak waarin in de cao een bepaling was opgenomen die overeenkwam met de vóór 2001 geldende hoofdregel dat de cao op dit punt strijdig is met de wettelijke regeling van art. 7:638 lid 2 BW. Volgens de kantonrechter voorziet de wet weliswaar in dit artikel in een vaststelling van de vakantie bij schriftelijke overeenkomst of cao, doch blijken de wetsgeschiedenis moet daarbij volgens hem worden gedacht aan de vaststelling van de periode waarin vakantie dient te worden opgenomen, bijvoorbeeld een bedrijfstakvakantie zoals die in de bouwsector voorkomt.<sup>34</sup> De Kantonrechter Rotterdam was (kennelijk) een andere mening toegedaan.<sup>35</sup> Nu niet gesteld of gebleken was dat op de in art. 7:638 lid 2 BW vermelde wijze (bij schriftelijke overeenkomst, cao of regeling van een bestuursorgaan) was afgeweken van de in die bepaling geregelde wijze van vaststellen van vakantie, gold volgens de kantonrechter daarom de hoofdregel van deze bepaling, inhoudende dat de werkgever de vakantie (in beginsel) vaststelt overeenkomstig de wensen van de werknemer. Hoe zit het met meer concrete afspraken? Daarover de volgende paragraaf.

## 6. De mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst of cao een anti-opportregeling overeen te komen

Biedt de wet mogelijkheid om overeen te komen dat de werknemer al zijn vakantiedagen, of een bepaald deel daarvan, vóór het einde van het jaar waarin de verlofaanspraken worden opgebouwd op zal nemen? Of overeen te komen dat de werknemer vakantie op zal nemen gedurende een door partijen vastgestelde periode; het, zoals Loonstra het noemt, bij overeenkomst concreet duiden van de vakantiedagen? Een bepaling die partijen uitdrukkelijk verbiedt dergelijke afspraken te maken vindt men in de wet niet. Sterker, art. 7:638 lid 2 BW lijkt juist de mogelijkheid te bieden aan partijen om bij schriftelijke overeenkomst of cao de vakantie in genoemde zin vast te stellen. Men zou evenwel kunnen betogen dat dergelijke afspraken met de strekking van de wettelijke vakantieregeling strijdig zijn, zeker indien zij bij het aangaan

van de arbeidsovereenkomst worden gemaakt of opgenomen worden in een – al dan niet via de weg van een incorporatiebeding – van toepassing zijnde cao. Van een autonome beslissing door de werknemer is in die gevallen feitelijk geen, althans slechts zeer summier, sprake, terwijl het vergroten van de ruimte voor de werknemer om zelf over zijn vakantiedagen te beschikken en (daarmee) het bevorderen van zijn mogelijkheden om verlof te sparen nu juist een kernpunt van de wetswijziging van 2001 was. Aan de andere kant kan men zeggen dat de afspraak dat een werknemer zijn vakantie daadwerkelijk zal opnemen juist in overeenstemming is met de recuperatiefunctie van vakantie, een ander kernpunt van de wetswijziging van 2001 en iets dat de wetgever via de regeling van de wettelijke vakantiedagen heeft willen waarborgen. Dat de wetgever verzuimd heeft via dwingendrechtelijke bepalingen de werknemer te verplichten om de wettelijke vakantiedagen op te nemen, laat onverlet dat geen aanleiding bestaat de werknemer af te houden van het zich vrijwillig (al dan niet tussen aanhalingstekens) ertoe verbinden om dat te doen. Dit ligt ietwat anders als het gaat om de bovenwettelijke vakantiedagen. Oogmerk van de wetgever was mogelijk te maken dat werknemers bovenwettelijke vakantiedagen zouden kunnen sparen doch tegelijkertijd ruimte te bieden voor flexibiliteit en maatwerk. In dat laatste kader heeft de wetgever *bewust* afgezien van een dwingendrechtelijke regeling (zie par. 2). Nu is het feit dat de wetgever ruimte heeft willen laten voor het maken van afspraken natuurlijk niet altijd dienstbaar aan het oogmerk om verlofsparen mogelijk te maken en in dat kader de ruimte van werknemers om zelf over de vakantie te beslissen uit te breiden. Dat geldt zeker voor afspraken die bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst worden gemaakt. Immers, de invloed van de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst is in de regel zeer beperkt en een werkgever die, met het doel verlofstuwmere te voorkomen, wil dat zijn werknemers al hun vakantiedagen opnemen, zal dit in veel gevallen probleemloos kunnen overeenkomen bij indiensttreding. Nu art. 7:638 lid 2 BW volstrekt duidelijk is op het punt dat bij schriftelijke arbeidsovereenkomst of cao in de vaststelling van vakantie kan worden voorzien, en de bedoeling van de wetgever onduidelijk is, althans de wetgever voor twee ankers gaat liggen (hij heeft én verlofsparen willen bevorderen én de mogelijkheid willen bieden voor overleg en in dat verband bewust van een dwingendrechtelijk regime afgezien) bestaat voor een beroep op de bedoeling van de wetgever weinig aanleiding. Die bedoeling is immers onduidelijk want tegenstrijdig. Het zal voor rechters althans zeer lastig zijn te beoordelen welke concrete afspraken wel en welke niet door de beugel kunnen. Wordt aan de bedoeling van de wetgever voldoende recht gedaan als de werknemer de

mogelijkheid behoudt om vijf vakantiedagen per jaar te sparen? Of moeten dit er meer zijn of is juist een kleiner aantal ook voldoende? Zouden rechters toch enige grens willen stellen aan de mate waarin afspraken, als die welke in deze paragraaf centraal staan, gemaakt kunnen worden, dan brengt dit met zich dat met name in de eerste jaren veel rechtsonzekerheid – en rechtsongelijkheid – zal ontstaan. Ik meen dat waar de tekst van de wet duidelijk is, en die tekst ten minste een van de doelstellingen van de wetgever ondersteunt, die tekst als uitgangspunt genomen moet worden en het pragmatisch argument – voorkomen van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid – de doorslag geeft en het derhalve voor moet worden gehouden dat afspraken als de onderhavige rechtsgeldig zijn. De praktijk heeft ten aanzien van een belangrijk onderwerp als vakantie in elk geval grote behoefte aan die duidelijkheid. Wil de wetgever waarborgen dat in alle gevallen een bepaald deel van de (bovenwettelijke) vakantiedagen – bijvoorbeeld minimaal vijf dagen per jaar – gespaard kan worden, dan zal hij dit wettelijk (beter) moeten regelen.<sup>36</sup>

Blijft de vraag wat te doen als de werknemer in strijd met gemaakte afspraken geen vakantie opneemt. Niet mogelijk is om bij individuele of collectieve arbeidsovereenkomst te bedingen dat niet-opgenomen vakantiedagen zullen vervallen. Art. 7:642 BW en art. 7:645 BW staan hieraan in de weg.<sup>37</sup> Mijns inziens kan bijvoorbeeld wel bedongen worden dat (in strijd met gemaakte afspraken) niet-opgenomen vakantiedagen alsnog moeten worden opgenomen in het eerste kwartaal van het nieuwe kalenderjaar en dat bij gebreke daarvan de werkgever deze vakantiedagen alsnog eenzijdig, na overleg met de werknemer, vaststelt dan wel dat deze vakantiedagen verplicht afgekocht worden (met dien verstande, dat afkoop niet kan zien op de wettelijke vakantiedagen).<sup>38</sup>

De relevante rechtspraak – die zeer bescheiden van omvang is – lijkt een en ander te onderschrijven. Zo achtte de kantonrechter te Leeuwarden in zijn uitspraak van 18 oktober 2005 (Prg. 2005, 202) de werknemer gebonden aan de arbeidsvoorwaardenregeling waarin bepaald was dat maximaal vijf niet-opgenomen vakantiedagen mochten worden meegenomen naar het volgende jaar, althans voor zover die afspraak ertoe strekte dat de werknemer de overige dagen niet langer kon *opnemen*. De aanspraken vervielen volgens de kantonrechter echter niet, omdat dit strijdig zou zijn met de verjaringstermijn van art. 7:642 BW (waarvan ingevolge art. 7:645 BW niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken), en de niet-opgenomen dagen dienden volgens de kantonrechter derhalve bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst uitbetaald te worden.<sup>39</sup> Ook in de kwestie die aan het arrest van het Hof Amsterdam van 11 maart 2004 (JAR 2004/181) ten grondslag lag, was in het personeelsreglement opgenomen dat maxi-

maal vijf vakantiedagen konden worden meegenomen naar een volgend jaar. Bovendien was bepaald dat deze vijf dagen vóór 1 mei van dat volgende jaar dienden te worden opgenomen. De werknemer stelde dat hij aan deze regeling niet gebonden was omdat deze strijdig was met de wet. Het hof oordeelde dat de regeling uit het personeelsreglement juist recht doet aan het bepaalde in art. 7:640 BW, waarmee de wetgever, met het oog op de recuperatiefunctie van vakantie, heeft beoogd te bevorderen dat de werknemer daadwerkelijk vakantie opneemt. Omdat de werknemer met de inhoud van het personeelsreglement bekend was, en gelet op het feit dat hij als financieel directeur voor de toepassing van die regeling verantwoordelijk was, stond het de werknemer volgens het hof niet vrij om jegens de werkgever het standpunt in te nemen dat hij wél onbeperkt vakantiedagen kon meenemen naar een volgend jaar. Met andere woorden: de werknemer was in deze situatie gebonden aan de in het personeelsreglement opgenomen regeling.<sup>40</sup> Opvallend is dat het hof daarbij de niet-opgenomen vakantiedagen als *vervallen* beschouwde – ten onrechte mijns inziens gelet op art. 7:641 BW en art. 7:645 BW.

## 7. Conclusie

Probleem is dat de wetgever bij de totstandbrenging van de nieuwe wettelijke vakantieregeling beoogd heeft met verschillende, deels tegenstrijdige, belangen rekening te houden, zonder in de wet en de wetsgeschiedenis voldoende duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van voor de hand liggende vragen die in de praktijk kunnen rijzen. Geen onduidelijkheid kan erover bestaan dat een van de belangrijkste beweegredenen voor de wetswijziging in 2001 is geweest om de zeggenschap van de werknemer en zijn mogelijkheden om – met name bovenwettelijke –

vakantiedagen te sparen te vergroten. Echter, de wetgever heeft, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis en uit de wettekst, ook met de belangen van de werkgever rekening willen houden. In art. 7:638 lid 2 BW is in dit verband nu eenmaal expliciet opgenomen dat bij schriftelijke overeenkomst of cao kan worden afgeweken van de regel dat bij de vaststelling van de vakantie de werkgever de wens van de werknemer (in beginsel) dient te volgen. Hoever die afwijkende afspraken kunnen gaan – in hoeverre overeengekomen kan worden dat geen of slechts een aantal vakantiedagen mogen worden meegenomen naar een volgend jaar, blijft onduidelijk. Waar de wettekst duidelijk aangeeft dat partijen afwijkende afspraken met betrekking tot de vaststelling van vakantie mogen maken, en uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook bedoeld is partijen ruimte te geven om afwijkende afspraken te maken (zij het onduidelijk in welke mate), en waar het überhaupt aan cao-partijen dan wel partijen bij individuele arbeidsovereenkomst is om bovenwettelijke vakantiedagen overeen te komen, moet mijns inziens geconcludeerd worden dat het maken van afwijkende afspraken over de vaststelling van de vakantie is toegestaan, zelfs als dit betekent dat de mogelijkheid van verlofsparen daarmee volledig wordt uitgesloten. Juist met betrekking tot een voor rechtspraktijk belangrijk onderwerp als vakantie bestaat grote behoefte aan duidelijkheid. Is de wetgever van mening dat van de door hem geboden afwijkingmogelijkheden aldus in te ruime mate gebruik wordt gemaakt, dan is het zaak de wettekst aan te passen.

*Mr. R.L. van Heusden is werkzaam als advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam. Hij dankt zijn kantoorgenoot mr. drs. P.J.A. Huttenhuis voor diens hulp bij het schrijven van dit artikel.*

## Noten

1. Art. 7:638 lid 1 BW (oud): 'De werkgever stelt de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie vast voor zover in de vaststelling niet is voorzien bij schriftelijke overeenkomst dan wel bij of krachtens collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan of de wet. Deze vaststelling vindt na overleg met de werknemer plaats en voorts, tenzij gewichtige redenen dit verhinderen, zo tijdig, dat de werknemer gelegenheid heeft tot het treffen van voorbereidingen voor die vakantie'. De werkgever diende van zijn bevoegdheid als een goed werkgever gebruik te maken (zie bijvoorbeeld Ktr. Hilversum 28 augustus 1995, Prg. 1995, 4386).
2. Wet van 30 november 2000 tot wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot vakantie en ouderschapsverlof, Stb. 2000, 545 en Stb. 2000, 546.
3. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 2 ('De voorgestelde regeling bevordert, ook door een verlenging van de verjaringstermijn, het sparen van vakantiedagen. Denkbaar is dat werknemers, meer dan thans het geval is, bij verandering van werkgever over grote verlostsummen beschikken'), p. 7 ('De voorgestelde regeling bevordert, ook door een verlenging van de verjaringsstermijn, het sparen van vakantiedagen'), p. 8 ('Een verlenging van de verjaringsstermijn van twee naar vijf jaar veruimt de mogelijkheden om verlof te sparen en schept meer ruimte voor werknemers om betaalde arbeid en zorgtaken, educatie of anderszins te kunnen combineren'), p. 11 ('Energijds vormt deze vaststellingsregeling een geringere belasting voor de werknemer om verlof te sparen (...). De wijzigingen in de vakantie- en ouderschapsverlofregeling in het BW gaven in dit verband mede uitvoering aan de door het kabinet in de Nota Arbeid en Zorg (Kamerstukken II 1996/97, 24 332, nr. 2) ontwikkelde beleidsvoorstellen tot een vergroting van de mogelijkheden om arbeids- en zorgtaken te combineren (Kamerstukken II 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 2).
4. Kamerstukken II 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 4.
5. In het SER-advies Wijziging vakantiewetgeving, publicatienummer 97/04, Den Haag 1997, p. 23 leest men: 'Een nieuwe regeling zal derhalve, zo zegt de minister, moeten waarborgen dat aan een van de cruciale functies van de vakantie, het weer op verhaal komen na een langdurige arbeidsspanning, geen afbreuk wordt gedaan. Ook om te voorkomen dat het niet-opnemen van vakantie leidt tot uitval wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid en daarmee tot afwenteling op de sociale zekerheid, is een verplicht minimumaantal vakantiedagen van belang. (...) Voor het overige meent de minister, zoals ook in de nota Arbeid en Zorg aangegeven, dat het vooral aan partijen is, werkgevers en werknemers, nadere invulling te geven aan de vakantiedagen die dat minimum te boven gaan. Een vakantieregeling zal ruimte moeten bieden om wensen die liggen op het terrein van educatief verlof, vervroegde pensionering, zorgtaken enzovoort te realiseren. (...) De overheid zal hier kunnen volstaan met het aangeven van het kader waarbinnen deze afspraken gemaakt worden.'
6. In concreto gaat het hier om twee regelingen. Richtlijn 93/104/EG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeid schrijft o.m. voor dat de wettelijke minimumvakantie ten minste vier weken moet bedragen en dat deze niet mag worden afgekocht, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband (thans is e.e.o. neergelegd in Richtlijn 2003/88/EG; de Europese Arbeidstijdenrichtlijn). Het Europees Sociaal Handvest schrijft in art. 2 een minimumvakantie van twee weken per jaar voor.
7. Zie hieromtrent SER-advies Wijziging vakantiewetgeving, publicatienummer 97/04, Den Haag 1997, p. 5-6 en p. 35-36.
8. Bedacht moet hierbij worden, dat de afkoop betrekking heeft op twee aspecten, te weten het recht op vrijaf en het recht op doorbetaling van loon. De werknemer hoeft in dit verband bij afkoop van bovenwettelijke vakantiedagen geen genoegen te nemen met betaling van het loon over die dagen, omdat de werknemer dat al had op grond van art. 7:639 BW (zie M.M. Olbers in Arbeidsovereenkomst (losbl.), Aantekening 2 bij art. 7:640 BW, Kluwer. Zie ook Kamerstukken II 1998/99, 26 079, nr. 5, p. 12). Partijen kunnen kiezen om beide componenten af te kopen, in welk geval de werknemer zowel afstand doet van zijn recht op vakantie

- als van het recht op loondoorbetaling tijdens die vakantie, of er voor kiezen om alleen de looncomponent af te kopen, in welk geval het recht op onbetaald verlof blijft staan.
9. Kamerstukken II 1999/2000, 27 079, nr. 3, p. 11.
10. Zie Kamerstukken I 1999/2000, 26 079, nr. 176, p. 7-8 ('De vakantiewetgeving biedt, naar onze mening, voldoende waarborgen voor een werknemer om zijn (minimum)vakantiedagen daadwerkelijk op te nemen als hij daar behoeft aan heeft (cursivering RvH), in verband met recuperatie of andere doeleinden'). Men zou in dit verband nog kunnen opmerken dat een eventueel tekort aan vakantie door het op een later moment opnemen van vakantie kan worden 'ingehaald'. Beltzer plaatst hierbij echter de kanttekening dat zoals men maar in zeer beperkte mate vooruit kan eten, drinken en slapen, een extra lange vakantie de in het voorgaande jaar aangerichte 'recuperatieschade' niet of slechts in beperkte mate kan repareren (zie R.M. Beltzer, 'Holiday Blues', SMA 2006, p. 84). Daaraan kan worden toegevoegd dat voor de werknemer ook niet de verplichting bestaat om zijn opgebouwde vakantiedagen in enig later jaar wél op te nemen, terwijl de eventuele dwak die uitgaat van de verjaringsstermijn van art. 7:641 BW op eenvoudige wijze kan worden weggenomen door die termijn te stellen (zie hieromtrent M. van Eck, 'Verjarings- en vervalttermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht', ArbeidsRecht 2000, 22, p. 6 e.v. en P.S. van Mimen, 'Stuiting van verjaring van opgebouwde vakantie-rechten', ArbeidsRecht 1997, 30, p. 26 e.v.).
11. Opmerkelijk is dat de regering zich zelfs enige tijd op het standpunt stelde dat opgespaarde vakantiedagen, vallende onder de minimum vakantieaanspraak van art. 7:634 BW in een bepaald jaar, in een daaropvolgend kalenderjaar eventueel ook kunnen worden afgekocht (zie Kamerstukken I 1999/2000, 27 079, nr. 176, p. 5). De mogelijkheid van afkoop van wettelijke vakantiedagen is volgens het HvJ EG echter niet verenigbaar met art. 7 lid 2 Richtlijn 93/104/EG (thans art. 7 lid 2 Richtlijn 2003/88/EG; Europese Arbeidstijdenrichtlijn), die volgens het Hof als regel invoert dat een werknemer in normale omstandigheden in het belang van een doeltreffende bescherming van de veiligheid en gezondheid daadwerkelijk rust moet genieten. Ruimte laten voor de mogelijkheid tot afkoop zou werknemers kunnen prikkelen afstand te doen van deze noodzakelijke vakantie-rust (HvJ EG 6 april 2006, JAR 2006/102). Zie hieromtrent uitgebreid J. van Drongelen, 'Ook de vakantieregeling komt uit Europa', Al 2007/1 (Themanummer Europees Arbeidsrecht), p. 93-100 en M. Koster, 'Vakantiedagen: opnemen of uitbetalen? Uitwerking in de praktijk', ArbeidsRecht 2006, 64. Van Drongelen leest in het arrest van het HvJ EG dat de richtlijn uitgaat van een plicht om wettelijke vakantiedagen op te nemen, en ziet hierin problemen voor wat betreft art. 7:638 lid 1 BW. Ik zie die problemen niet. Weliswaar is duidelijk dat de Richtlijn beoogt te waarborgen dat werknemers vakantie kunnen benutten om te recupereren, een plicht voor werknemers om hun wettelijke vakantiedagen op te nemen of een plicht voor nationale wetgevers om ervoor te zorgen dat werknemers hun vakantiedagen opnemen, lees ik in de Richtlijn niet, en lees ik evenmin in bovengenoemd arrest van het HvJ EG. Vgl. in dit verband ook de Conclusie van de A-G bij het arrest van HvJ EG van 6 april 2006 (Kokott: 'Hiermee moet in zoverre worden ingestemd, dat de Arbeidstijdenrichtlijn duidelijk niet aldus kan worden uitgelegd dat zij in elk denkbaar geval in de weg staat aan de effectieve overdracht van de jaarlijkse minimumvakantie').
12. Kamerstukken II 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 7.
13. Kamerstukken II 1998/99, 26 079, nr. 5, p. 8.
14. In die zin ook P.J.G. van Osta, 'Op vakantie (met art. 7:638 BW nieuw)', PS Documenta 2001, p. 1083.
15. Kamerstukken I 1998/99, 26 079, nr. 244a, p. 3.
16. Kamerstukken I 1999/2000, 26 079, nr. 176, p. 8.
17. Kamerstukken II 1998/99, 26 079, nr. 5, p. 1.
18. Zie M.M. Olbers in Arbeidsovereenkomst, Aantekening 2 bij art. 7:638 BW, Kluwer (losbl.). Zie in vergelijkbare zin ook G.C. Boot en J.H. Lange, 'De nieuwe wet vakantie en ouderschapsverlof', ArbeidsRecht 2001, 10, p. 32.
19. Kamerstukken I 1999/2000, 26 079, nr. 176, p. 11.
20. Vgl. Ktr. Rotterdam 20 februari 2007, LJN: BA0274 (De kantonrechter: 'Als gedoogde als werkgever vakantie heeft vastgesteld, ondanks de wens van eiser om geen vakantie op te nemen, zou dat toch rechtsgeldig kunnen zijn, als de wens van eiser om geen vakantie op te nemen in strijd zou zijn met goed werkgeverschap of als het in de gegeven

- omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat eiser geen vakantie zou opnemen).
21. In de casus voor de Zuivelindustrie 1 april 2006-31 maart 2008 leest men bijvoorbeeld in art. 24 lid 7: '(...) De tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie stelt de werkgever vast in overleg met de werknemer, waarbij de werknemer tijdig, vóór 1 december van enig jaar, duur en tijdstip van de door hem gewenste aaneengesloten vakantie dient op te geven en de werkgever hem vóór 1 januari daaropvolgend dient mede te delen in hoeverre aan zijn wensen met betrekking tot de aaneengesloten vakantie kan worden voldaan. De werkgever is bevoegd ten hoogste drie dagen aan te wijzen als algemene snijperdagen. Art. 24 lid 9 van diezelfde cao: 'Yokantieuren dienen in beginsel opgenomen te worden in het vakantiejaar waarin zij zijn opgebouwd. Bij niet-opneming daarvan vóór 1 oktober van het nieuwe vakantiejaar is de werkgever gerechtigd deze vast te stellen, waarop de werknemer deze uren zal gemeten.'
22. Zie H.J. Funke in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'Sdu Commentaar Arbeidsrecht, Sdu 2006, p. 395 en H.J. Funke, 'De nieuwe vakantiewetgeving: een reactie', ArbeidsRecht 2001, 39, p. 17.
23. Zie C.J. Loonstra, 'Laat de praktijk het maar uitzoeken'. Over de nieuwe vakantiewet, SR 2001, p. 323 en C.J. Loonstra, 'Nieuwe vakantiewetgeving', Dossier Arbeid & Recht, december 2001.
24. Zie G.C. Boot en J.H. Lange, 'De nieuwe wet vakantie en ouderschapsverlof', ArbeidsRecht 2001, 10, p. 32.
25. C.J. Loonstra, 'Nieuwe vakantiewetgeving', Dossier Arbeid & Recht, december 2001. Over de vraag of de afspraak, dat de werknemer ieder jaar al zijn vakantiedagen dient op te nemen, geldig is (zijnde een afspraak die eveneens concreet genoemd mag worden) laat Loonstra zich niet uit.
26. Zie M.M. Olbers in Arbeidsovereenkomst (losbl.), Aantekening 2 bij art. 7:638 BW, Kluwer.
27. Zie in deze zin ook C.M.L. Perera, 'Het 'anti-oppotbeding'', ArbeidsRecht 2006, 25, p. 33.
28. Het was ook om deze reden dat geopperd werd om cassatie over te laten aan de wetgevende macht. Zie omtrent dit alles uitgebreid Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 1 e.v. Daarbij moet de rechter ambtshalve kennis nemen van relevante richtlijnen om deze waar mogelijk te betrekken bij de interpretatie van nationale rechtsregels. Zie bijvoorbeeld M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht: Serie Recht en praktijk, Deventer: Kluwer 2001, p. 366, J.M. Prinszen, Doorwerking van Europees recht (diss.), Deventer: Kluwer 2004, p. 41, 44 en p. 54-55 en H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht', Maandblad voor Vermogensrecht 2006, p. 151.
30. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, 'Tekst en tijd', WPNR 2007/6709, p. 123 e.v.
31. Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 35-36.
32. Asser-Vranken (Algemeen Deel) 1995, p. 141.
33. Zie Part. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1006.
34. Zie Ktr. Alkmaar 15 maart 2006, LJN: AX3985.
35. Zie Ktr. Rotterdam 20 februari 2007, LJN: BA0274.
36. Opgemerkt moet hierbij worden dat in het huidige systeem de opbouw en opname van vakantiedagen volgens een continu proces verloopt. Neemt een werknemer een vakantiedag op, dan gaat zowel een wettelijke als een bovenwettelijke component teniet. Een werknemer die in totaal recht heeft op 30 vakantiedagen per jaar en er 20 opneemt, 'spaat' aldus niet 10 bovenwettelijke vakantiedagen maar 1/3 x 10 bovenwettelijke vakantiedagen en 2/3 x 10 wettelijke vakantiedagen (zie M. Koster, 'Vakantiedagen: opnemen of uitbetalen? Uitwerking in de praktijk', ArbeidsRecht 2006, 64).
37. Zie Ktr. Haarlem 23 november 2005, RAR 2006, 21 en Ktr. Heerlen 19 mei 1995, JAR 1995/142. Anders, en m.i. onjuist, Hof Amsterdam 11 maart 2004, JAR 2004/181.
38. Zie HvJ EG 6 april 2006, JAR 2006/102.
39. De termijn van vijf jaar was in casu niet verstreken. Zou dit wel het geval zijn geweest, dan had kennelijk in de optiek van de kantonrechter geen aanspraak meer bestaan op uitbetaling van de niet-opgenomen dagen en waren deze feitelijk ónsnog komen te vervallen. De werknemer had er in dat verband goed aan gedaan tijdig de verjaringsstermijn te starten.
40. Vgl. ook Hof Amsterdam 17 november 1994, NJ 1995, 688.