

Verval van vakantie: voorzichtig verduidelijkt?

ArbeidsRecht 2023/35

Op 22 september 2022 wees het Hof van Justitie het arrest *Fraport*. Het oordeelde dat de inspannings- en aanzegverplichting uit het arrest *Max-Planck* ook zien op vakantie die is opgebouwd tijdens het jaar waarin langdurig ziekteverlof is ontstaan. Op het eerste gezicht heeft dit arrest niet veel betekenis voor de Nederlandse rechtspraak, maar bij nadere beschouwing bevat het arrest relevante overwegingen die gevolgen kunnen hebben voor de invulling van de aanzegplicht en de houdbaarheid van art. 7:640a BW.

1. *Fraport*: een belangrijk arrest?

Op 22 september 2022 wees het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ' of 'Hof') twee arresten over het recht op vakantie: *Fraport* en *LB*.² Beide arresten gaan over de reikwijdte van de verplichtingen die het Unierecht aan werkgevers oplegt, voordat niet-genoten vakantierechten kunnen vervallen. Deze uit het arrest *Max-Planck* geldende verplichtingen houden kortweg in dat niet-genoten vakantie pas kan vervallen als de werkgever de werknemer heeft aangemoedigd vakantie op te nemen en hem dit verval heeft aangezegd.³ In *Fraport* overweegt het Hof dat deze verplichtingen ook gelden voor vakantie die is opgebouwd in het jaar waarin de werknemer (langdurig) ziek wordt.⁴ In *LB* overweegt het dat op *Max-Planck* gebaseerde vorderingen eventuele nationale verjaringsbepalingen doorbreken.

Beide arresten hebben tot nu toe – wat mij betreft ten onrechte – weinig aandacht gehad.⁵ In deze bijdrage richt ik mij op *Fraport*. Dit arrest kleurt namelijk de *Max-Planck*-criteria in en biedt impliciet steun aan het ter discussie staande art. 7:640a BW. *Fraport* is een bijzonder interessant arrest waarin het Hof een aantal principiële keuzes maakt. Op sommige keuzes valt het nodige af te dingen, maar in deze bijdrage beperk ik mij tot een verkenning van de gevolgen die het arrest voor de Nederlandse rechtspraak kan hebben. Daartoe geef ik een overzicht van de stand van zaken op het gebied van verval van vakantie tot aan *Fraport* (paragraaf 2). Vervolgens bespreek ik het arrest (paragraaf 3), waarna een bespreking van de mogelijke consequenties (paragraaf 4) volgt.

1 Mr. drs. J.R. (Jan-Pieter) Vos is wetenschappelijk docent aan de Erasmus School of Law en doet promotieonderzoek naar de vakantiewetgeving.
2 HvJ EU 22 september 2022, ECLI:EU:C:2022:707 (*Fraport*) en ECLI:EU:C:2022:718 (*LB*).
3 HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck*).
4 Met ziekte wordt in dit artikel arbeidsongeschiktheid wegens ziekte bedoeld.
5 *Fraport*: annotatie M. Koster & D.S. Barthel in *JIN* 2022/174. *LB*: E. Grosheide, 'Het principe van procedurele autonomie bij recht op vakantie: ten onrechte buitenspel gezet?', *TRA* 2022/93.

2. Juridisch kader

Allereerst volgen de hoofdlijnen uit de EU- en Nederlandse vakantiesystematiek. Vervolgens zoom ik specifiek in op de betekenis van het begrip ziekteverlof en de eventuele gevolgen ervan voor verval van het recht op vakantie.

2.1 EU-wetgeving

Volgens art. 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG moeten lidstaten ervoor zorgen dat werknemers recht hebben op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken (bij fulltime werken), 'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie'.⁶ Het recht op vakantie is eveneens opgenomen in art. 31 lid 2 Handvest Grondrechten EU.⁷ Deze bepaling heeft horizontale directe werking: nationale rechters moeten met deze bepaling strijdige nationale bepalingen buiten toepassing laten.⁸ De inhoud van dit artikel lijkt daarbij overeen te stemmen met art. 7 Richtlijn.⁹

2.2 EU-jurisprudentie over verval van vakantie tot aan *Fraport*

Als uitgangspunt geldt dat het recht op vakantie onder omstandigheden mag vervallen na ommekomst van hetzij de periode waarin het vakantierecht is opgebouwd (de referentieperiode¹⁰) dan wel een verlengde periode waarin de werknemer de gelegenheid heeft deze vakantie alsnog te genieten (de overdrachtsperiode). Wél moet de werknemer in staat zijn geweest daadwerkelijk vakantie op te nemen.¹¹

Het opnemen van een wettelijke (of contractuele) vervaltermijn is een (Unierechtelijke) mogelijkheid en geen verplichting: de keuze dit al dan niet te doen (of toe te laten), en de manier waarop, valt binnen de bevoegdheid van de lidstaten.¹² Wordt echter een vervaltermijn opgenomen, dan moet deze wel aan de criteria van het HvJ voldoen. Die criteria werden aanvankelijk ontwikkeld in zaken waarbij vakantie en ziekteverlof samenvielen.¹³ Later oordeelde het Hof ook over verval van vakantie in situaties waarin ziekte geen rol speelde.

6 Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2003, L 299/9.
7 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* 2016, C 202/389.
8 Hierover: J.R. Vos, 'Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht', *ArA* 2019, nr. 2, p. 50–80.
9 Concl. A-G R.H. de Bock 20 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:93, r.o. 4.11, en verwijzingen aldaar.
10 In Nederland wordt als referentieperiode beschouwd het jaar waarin de vakantie is verworven (zie art. 7:640a BW), maar dat hoeft niet. In Finland loopt het vakantiejaar bijvoorbeeld van 1 april tot en met 31 maart. Zie HvJ EU 19 november 2019, ECLI:EU:C:2019:981, punt 10 (*TSN*).
11 HvJ EG 20 januari 2009, ECLI:EU:C:2009:18, punt 43 (*Schultz-Hoff*).
12 Zie *Schultz-Hoff*, punt 42.
13 Het Hof gebruikt bijna stelselmatig het woord 'ziekteverlof'. Zie hierover par. 2.4.

2.2.1 Verval bij ziekte

'Kort' ziekteverlof

De werknemer die de gehele referentieperiode ziek is, heeft volgens het HvJ niet de kans gehad vakantie te genieten. Hetzelfde geldt voor de werknemer die tijdens de referentieperiode ziek wordt, waarbij die ziekte voortduurt tot het eind van de referentie- en/of overdrachtsperiode, aldus het Hof in 2009. Het moment waarop ziekte intreedt, is namelijk onvoorzienbaar.¹⁴

In latere arresten lijkt de eis dat de ziekte altijd tot het eind van de referentieperiode moet voortduren, te zijn vervallen. Deze zinsnede is namelijk niet meer teruggekeerd.¹⁵ In *Vicente Pereda* parafraseert het HvJ *Schultz-Hoff* nog zo, dat vakantie niet kan vervallen wanneer de werknemer gedurende (een deel van) de referentieperiode met ziekteverlof is geweest 'en niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad' vakantie te nemen.¹⁶ In latere zaken overweegt het Hof dat de werknemer 'dus [cursivering, JRV] niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad'. Ook de werknemer die een deel van het jaar ziek is geweest wordt dus beschermd, maar het is niet duidelijk hoever die bescherming reikt.

Er zijn twee interpretaties mogelijk: 1) de werknemer die een deel van het jaar ziek is geweest is per definitie niet in staat geweest vakantie te genieten; 2) de rechter moet toetsen of de werknemer in de gelegenheid is geweest. Mij lijkt optie 2 logisch: het is onrealistisch te veronderstellen dat een werknemer die slechts kort ziek is geweest, bijvoorbeeld een week in januari, per definitie niet in staat zou zijn vakantie te genieten (in de rest van het jaar). De jurisprudentie maakt dit alleen niet duidelijk, en feit is nu eenmaal dat de bescherming van zieke werknemers ver gaat.

Het is logisch te veronderstellen dat als de werknemer ondanks ziekte wél in staat is geweest vakantie te genieten, de werkgever nog steeds aan zijn verplichtingen uit het in paragraaf 2.2.2 te bespreken *Max-Planck*-arrest moet hebben voldaan, wil hij een beroep doen op een vervaltermijn.

Uitzondering bij 'langdurig' ziekteverlof

In *KHS* formuleert het HvJ een uitzondering in 'specifieke omstandigheden'.¹⁷ Als een werknemer meerdere opeenvolgende¹⁸ referentieperiodes arbeidsongeschikt is en krachtens het nationale recht zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet kan opnemen, dan kan opgebouwde vakantie vervallen na ommekomst van een overdrachtsperiode die minstens even lang is als de referentieperiode. Daarbij geldt dat elke overdrachtsperiode de duur van de referentieperiode waarvoor vakantie wordt toegekend, wezenlijk moet

overschrijden, waarbij een overdrachtsperiode van vijftien maanden in elk geval voldoende is. Het HvJ overweegt in dit verband dat vakantie nadien namelijk zijn functie van rust verliest; dan resteert enkel nog de functie van ontspanning.¹⁹ Een werkgever moet in die situatie worden beschermd tegen 'een te grote cumulatie van afwezigheid' en de daaruit voortvloeiende moeilijkheden voor de arbeidsorganisatie.²⁰

KHS is dus een uitzondering op de uitzondering: een lidstaat mag een vervaltermijn opnemen, maar deze niet laten gelden tijdens ziekte, maar voor in eerdere (volledige) referentieperiodes opgebouwde vakantie wel als die ziekte langdurig blijft.

2.2.2 Geen belemmeringen, inspanningsplicht en aanzegplicht

Ook zonder dat sprake is van ziekte(verlof) vervalt vakantie niet zonder meer. In de zaak *King* had de werkgever de werknemer ten onrechte beschouwd als zelfstandige en daarom het standpunt ingenomen dat hij geen recht had op betaalde vakantie. Toen dit onterecht bleek, stelde de werkgever zich op het standpunt dat een groot deel van de door de werknemer opgebouwde vakantie al was vervallen. Het Hof overwoog hierop dat de werkgever die de werknemer belet vakantie met behoud van loon te genieten, vervolgens geen succesvol beroep kan doen op een vervaltermijn.²¹

In 2018 volgde het *Max-Planck*-arrest. Daarin overwoog het Hof dat het inroepen van een vervaltermijn niet mag leiden tot een 'automatisch verlies' van vakantie, zonder dat wordt nagegaan of de werknemer daadwerkelijk in staat is gesteld vakantie te genieten.²² Eerst moet de werkgever:

'(...) er concreet en in alle transparantie voor zorgen dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen, en hem er zo nodig formeel toe aanzetten dat te doen. Daarbij dient hij de werknemer erover te informeren – op precieze wijze en tijdig, zodat die vakantie de betrokkene nog de rust en ontspanning kan bieden waaraan zij wordt geacht bij te dragen – dat hij het vakantieverlof verliest dat aan het einde van de referentieperiode of aan het einde van een toegestane overdrachtsperiode niet is opgenomen.'

De werkgever moet hierbij 'alle zorgvuldigheid' betrachten en zo nodig kunnen bewijzen dat hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan.²³ Ik duid deze verplichtingen hierna samen aan als de '*Max-Planck*-verplichtingen'.

14 *Schultz-Hoff*, punt 37–52.

15 HvJ EG 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:542, punt 19 (*Vicente Pereda*); HvJ EU 30 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:502, punt 24 (*Sobczyszyn*); *Fraport*, punt 31.

16 *Vicente Pereda*, punt 19.

17 HvJ EU 22 november 2011, ECLI:EU:C:2011:761 (*KHS*).

18 Het Hof lijkt te bedoelen: aaneengesloten.

19 *KHS*, punt 33.

20 *KHS*, punt 39.

21 HvJ EU 29 november 2017, ECLI:EU:C:2017:914, punt 51 (*King*).

22 HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874, punt 40 (*Max-Planck*).

23 *Max-Planck*, punt 45–46.

2.2.3 Geen verval/verjaring bij niet-naleven werkgeversverplichtingen

Logischerwijs hebben werkgevers die ten onrechte geen vakantie gaven of een vervaltermijn inriepen, getracht alsnog de schade te beperken. Daarbij hebben zij onder meer aangevoerd dat vakantie volgens de jurisprudentie van het Hof zelf op enig moment zijn functie verliest (zie de behandeling van *KHS* hierboven).

Het Hof is hier niet in meegegaan. De werkgever die niet aan zijn verplichtingen voldoet, kan zich niet alsnog succesvol op een wettelijke verval- of verjaringstermijn beroepen. Dan zou namelijk een handelwijze worden bekrachtigd waardoor de werkgever zich onrechtmatig verrijkt, en wordt afbreuk gedaan aan de doelstelling van de Arbeids-tijdenrichtlijn om de gezondheid van de werknemer te eerbiedigen.²⁴ Dit geldt zelfs voor algemene verval- of verjaringstermijnen.²⁵

2.2.4 Tussenconclusie

De HvJ-jurisprudentie laat zich als volgt samenvatten. Het HvJ staat in principe toe dat niet-genoten vakantie na afloop van de referentieperiode of overdrachtsperiode kan vervallen. Dat kan echter niet als de werknemer zijn/haar vakantie niet heeft kunnen opnemen. Dit kan zo zijn, omdat de werknemer hiertoe niet in staat is geweest (bij ziekte) of hiertoe niet in staat is gesteld (*Max-Planck*). In geval van langdurige ziekte bestaat een uitzondering voor de werknemer die geen vakantie kan opnemen (*KHS*): dan kan opgebouwde vakantie alsnog vervallen. In andere gevallen bestaat een dergelijke uitzondering niet. Tot aan *Fraport* leek het HvJ deze situaties streng te scheiden. Dat neemt niet weg dat nationale wetgeving deze situaties kan doen vermengen. Zie hierover met name paragraaf 2.4.

2.3 Nederlandse wetgeving

Art. 7:640a BW bepaalt dat de minimumaanspraak op vakantie vervalt zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie te nemen. Is van dat laatste sprake, dan geldt een verjaringstermijn van vijf jaren (art. 7:642 BW).²⁶

Blijkens de wetsgeschiedenis moet de vervaltermijn van art. 7:640a BW strikt worden toegepast. Slechts bij (grote) uitzondering geldt alsnog de verjaringstermijn.²⁷ De volledig arbeidsongeschikte werknemer die in het geheel niet kan re-integreren, kan zich wel op de uitzondering op de

vervaltermijn beroepen.²⁸ Dit geldt niet voor een werknemer die wel re-integreert. Hij moet daarvan namelijk ook uitrusten en kan dus ook vakantie genieten. De Haagse kantonrechter achtte het hierbij bepalend dat een werknemer daadwerkelijk tot re-integratie in staat kan worden geacht, zelfs als geen re-integratieverplichtingen zijn opgelegd.²⁹

Ook buiten ziekte kan de uitzondering op de vervaltermijn van zes maanden slechts worden ingeroepen in 'zeer bijzondere omstandigheden',³⁰ zoals situaties waarin de werknemer door toedoen van de werkgever zijn minimumaanspraak niet heeft kunnen opnemen.³¹

Hoewel de wetgever een beperkte toepassing voorstaat van het 'ventiel' van art. 7:640a BW, leent de formulering zich zo nodig goed voor ruimere richtlijnconforme interpretatie. Een rechter kan immers zonder moeite oordelen dat de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie te nemen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als een werkgever de *Max-Planck*-verplichtingen niet naleeft,³² en mogelijk ook tijdens ziekte als het HvJ een werknemer minder snel dan de Nederlandse wetgever/rechter in staat acht vakantie op te nemen (zie hierover paragraaf 2.4). Als het tot een situatie komt waarin vakantie volgens het Unierecht niet, maar volgens de Nederlandse wetsgeschiedenis wél mag vervallen, zal een rechter middels richtlijnconforme interpretatie het Unierecht voorrang moeten verlenen.³³

Strijd met de richtlijn ontstaat wel als de wettelijke vakantieaanspraak door art. 7:640a BW 'heen zakt' en bij het verstrijken van de verjaringstermijn nog steeds niet aan de *Max-Planck*-verplichtingen is voldaan. Richtlijnconforme interpretatie van art. 7:642 BW zou in dit geval onmogelijk zijn, want contra legem. Horizontale directe werking van het Handvest brengt dan evenwel mee dat de rechter art. 7:642 BW buiten toepassing moet laten.³⁴

KHS-uitzondering in Nederland niet heel relevant

Het systeem van de Nederlandse wetgeving, in samenhang bezien met de HvJ-jurisprudentie, maakt dat de *KHS*-uitzondering hier niet snel opgaat. Allereerst ziet *KHS* op vakantie voor werknemers die geen vakantie kunnen nemen. Dat is in Nederland de beperkte groep van werknemers zonder re-integratiemogelijkheden. Vervolgens bedraagt de vervaltermijn van art. 7:640a BW – in de woorden van het HvJ: de overdrachtsperiode – slechts zes maanden. Deze is dus per definitie korter dan de referentieperiode van een jaar en houdt in het licht van *KHS* daarom geen stand. Dit betekent

24 King, punt 64.

25 HvJ EU 22 september 2022, ECLI:EU:C:2022:718 (LB). Hierover kritisch: E. Grosheide, 'Het principe van procedurele autonomie bij recht op vakantie: ten onrechte buitenspel gezet?', *TRA* 2022/93; A. Sagan, 'Arbeitsrecht: Verjährung von Urlaubsansprüchen – Nichtantritt wegen hohen Arbeitsaufwands und Mitwirkungsbliogenheit des Arbeitsgebers', *EuZW* 2022/1013; J.R. Vos & L. Ratti, 'Annual leave', *EELC Academic Board Review*, *EELC* 2023/1.

26 *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 11.

27 *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 6, p. 10.

28 *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 7–8.

29 Ktr. Den Haag 15 december 2021, *AR Updates* 2021-1603.

30 *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 8.

31 *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 6, p. 10.

32 Zie bijv. Hof Den Haag 24 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3444. In een latere beschikking (16 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2386) lijkt het hof de vervaltermijn eenvoudigweg buiten toepassing te laten. Voor het resultaat maakt het niet uit, maar het HvJ ziet richtlijnconforme interpretatie waar mogelijk als de aangewezen weg (HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:871, punt 65–66 (*Bauer*)).

33 P.C. Vas Nunes, 'Tegen de wet', *ArA* 2016, nr. 3, p. 64.

34 Zo ook HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955.

dat men in die gevallen terugvalt op de verjaringstermijn van vijf jaar. Weliswaar doorstaat die termijn de *KHS*-toets wel, maar dat is nauwelijks relevant. In de praktijk eindigen arbeidsovereenkomsten van langdurig arbeidsongeschikte werknemers, zeker sinds *Xella*,³⁵ immers al snel na twee jaar ziekte. Vakantieaanspraken zijn dan nog niet verjaard en moeten dus worden uitbetaald (art. 7:641 lid 1 BW).

2.4 Ziekteverlof: verschillen tussen Nederland en het Hof van Justitie van de Europese Unie

Het is de lezer wellicht opgevallen dat het Unierecht de vakantierechten van zieke werknemers sterk beschermt, terwijl de Nederlandse wetgever het uitgangspunt huldigt dat vakantiedagen relatief snel vervallen als zij niet worden genoten. Hoe verhouden deze uitgangspunten zich tot elkaar?

Elders zette ik al eens uiteen dat het Hof over 'ziekteverlof' spreekt en dat het onduidelijk is wat het hiermee precies bedoelt.³⁶ Tot nu toe heeft het HvJ zich namelijk alleen uitgesproken over zaken waarin zieke werknemers volledig arbeidsongeschikt waren en niet mochten of konden werken. Het Nederlandse uitgangspunt is echter dat de zieke werknemer bij wijze van re-integratie, indien mogelijk, toch (gedeeltelijk) werkt. Dat maakt ook dat de werknemer hiervan moet recupereren, zodat de vervaltermijn op hem van toepassing is (zie paragraaf 2.3). In dit verband zijn twee zaken van belang.

Allereerst is er de vraag of het Nederlandse uitgangspunt Unierechtelijk wel standhoudt. Al is dit goed te volgen, er zijn verschillende omstandigheden die suggereren dat dit niet in overeenstemming is met de HvJ-jurisprudentie. Het meest concrete signaal gaf A-G Hogan, die in een Nederlandse verwijzingszaak al eens overwoog dat de vervaltermijn voor een zieke werknemer niet kan gelden 'totdat [deze werknemer] weer volledig geschikt is om de vereiste werkzaamheden te verrichten'.³⁷ Als het HvJ een dergelijke overweging in de toekomst overneemt — in de bewuste zaak had het Hof een dergelijke overweging niet nodig³⁸ —, kan men niet langer volhouden dat de vervaltermijn ex art. 7:640a BW ook voor zieke werknemers geldt. Wellicht biedt *Fraport* echter aanknopingspunten ten gunste van de Nederlandse wetgever; zie daarover paragraaf 4.2.

Als het Nederlandse uitgangspunt Unierechtelijk standhoudt, is de vervolgvraag welke kaders dan in Nederland hebben te gelden. Enerzijds huldigt de Nederlandse wetgever met art. 7:638 lid 8 BW immers het ook Unierechtelijk gehanteerde uitgangspunt dat een zieke werknemer niet

verplicht vakantie hoeft op te nemen.³⁹ Tegelijkertijd geldt in de meeste gevallen wel een verplichting om die vakantie op enig moment op te nemen, op straffe van verval (paragraaf 2.3). De vraag is hoe die verplichting zich verhoudt tot de Unierechtelijke kaders (paragraaf 2.2.1), waarbij de concrete vraag zal zijn of vakantie in voorkomende situaties kán vervallen: is een zieke werknemer Unierechtelijk in staat (geweest) vakantie op te nemen, en zo ja wanneer? Is dit alles mogelijk, dan zal een werkgever ook nog aan de *Max-Planck*-verplichtingen moeten hebben voldaan. Dit is immers een logisch gevolg van het uitgangspunt dat een werknemer in staat is (geweest) vakantie op te nemen. Als een werknemer immers in staat is *geweest* vakantie op te nemen, moet deze hiertoe ook nog in staat zijn *gesteld*.

3. De zaak *Fraport*

Na *Max-Planck* was het in Duitsland onduidelijk hoe de verplichtingen uit dat arrest zich verhielden tot *KHS*,⁴⁰ dat daar inmiddels in het *Bundesurlaubgesetz* was gecodificeerd: bij ziekte vervalt vakantie in Duitsland na afloop van een overdrachtsperiode van vijftien maanden. Verviel die vakantie op grond van *KHS* nog steeds automatisch of golden ook hier inmiddels de *Max-Planck*-verplichtingen? Die duidelijkheid is gekomen in de zaak *Fraport*.

Fraport ging over de vakantieaanspraken van twee langdurig zieke werknemers, wier vakantieaanspraak in het geding was. Het betrof werknemer XP (zaak C-518/20), die in 2014 ziek werd,⁴¹ en werknemster AR (zaak C-727/20) die in de loop van 2017 ziek werd.⁴² Het ging in deze zaak alleen om vakantie die was opgebouwd maar nog niet was genoten in het jaar waarin de werknemer ziek werd. Voor XP betrof dit nog 34 dagen over 2014, voor AR ging het om 14 dagen over 2017. Het ging dus *niet* om de vakantie die werd opgebouwd in de volledige jaren van ziekte daarna: volgens de verwijzende rechter was daarop het *KHS*-arrest onverkort van toepassing (dus bijvoorbeeld: de door AR opgebouwde vakantie over 2018 verviel op 31 maart 2020); dit deel van de vakantie kwam bij het HvJ niet aan de orde.

Volgens de werkgevers viel ook dit 'eerste' deel van de opgebouwde vakantie onder de *KHS*-uitzondering, nu de overdrachtsperiode van vijftien maanden ook voor die vakantierechten was verstreken. De werknemers meenden echter dat de werkgever voor dit deel van de opgebouwde vakantie aan de *Max-Planck*-verplichtingen had moeten voldoen, omdat de werknemers in het jaar waarin de onder (i) genoemde vakantie was opgebouwd, nog hadden gewerkt. Dat was niet gebeurd, omdat deze vakantierechten waren opgebouwd vóórdat *Max-Planck* werd gewezen. In principe

35 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.

36 Kortheidshalve verwijs ik naar J.R. Vos, 'Vakantieloon en ziekte: meer duidelijkheid, maar niet over alles', *AR Updates* 2021-211831, par. 6. Zie ook K.A. Görgün & C. Gunning, 'De zieke werknemer met vakantie: kosten noch moeite bespaard', *ArbeidsRecht* 2022/28.

37 Concl. A-G G. Hogan 8 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:559 (*Staatssecretaris van Financiën*).

38 HvJ EU 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:987 (*Staatssecretaris van Financiën*).

39 Bijv. HvJ EG 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*).

40 Bijv. P. Schreiner & N. Stephan, 'Desperately awaited by the German jurisdiction: A landmark ruling by the ECJ concerning statutory leave law (GE)', *EECL* 2022/17.

41 Het Hof benoemt in punt 5 dat hij sinds 1 december 2014 een uitkering ontving.

42 *Fraport*, punt 16. De A-G haalt in voetnoot 10 aan dat AR 'sinds september 2017' niet ononderbroken kan werken.

wordt de rechtspraak van het Hof echter geacht altijd te hebben gegolden; daarmee stond vast dat de werkgevers hun verplichtingen niet correct hadden nageleefd. De vraag was daarom of deze vakantierechten werden beheerst door de Duitse vervaltermijn, die gebruikmaakte van *KHS*-uitzondering.

Zoals gebruikelijk benadrukt het HvJ eerst het belang van het recht op vakantie,⁴³ en komt dan tot de kern. De *KHS*-regel geldt in 'specifieke omstandigheden': daar waar de vakantie zijn rustfunctie verliest én de werkgever bescherming behoeft tegen een te grote cumulatie van perioden van afwezigheid. Het Hof overweegt dat het moet toetsen of de *KHS*-uitzondering ook in deze zaak opgaat, maar overweegt vervolgens zonder verdere motivering dat de *Max-Planck*-doctrine geldt. Als de werkgever de werknemer niet in staat stelt vakantie te nemen, moet hij daarvan de gevolgen dragen.⁴⁴ Zodoende kan de vakantie die is opgebouwd in het jaar waarin de werknemer ziek is geworden, niet vervallen als de werkgever niet aan de *Max-Planck*-verplichtingen heeft voldaan. Dit moet de nationale rechter nagaan.⁴⁵

Het Hof wijst er 'verder' (citaat Hof) op dat de vorderingen in *Fraport* enkel de vakantierechten betreffen die zijn opgebouwd in het jaar waarin de werknemers arbeidsongeschikt werden. Er is daarom geen risico op onbeperkte cumulatie; zodoende is bescherming van de belangen van de werkgever niet noodzakelijk.⁴⁶

Kortom, de *KHS*-beperking geldt dus niet voor vakantie die is verworven in een jaar waarin de werknemer nog daadwerkelijk heeft gewerkt, als niet aan de *Max-Planck*-verplichtingen is voldaan voordat die ziekte, die sindsdien voortduurt, is ingetreden.

Als vermeld oordeelt het HvJ in *Fraport* niet expliciet over de tijdens volledige jaren van ziekte opgebouwde vakantie (de *KHS*-situatie). Wél lijkt het HvJ het met de verwijzende rechter eens dat die vakantie inderdaad wél automatisch kan vervallen, zonder dat de *Max-Planck*-verplichtingen hier spelen.⁴⁷ Ook de Europese Commissie lijkt dit op die manier te interpreteren.⁴⁸

4. Gevolgen

Op het eerste gezicht lijken de gevolgen van *Fraport* voor de Nederlandse rechtspraak beperkt. *Fraport* lijkt immers slechts een nuancering op de mogelijkheden die *KHS* biedt, terwijl wij die toch al niet gebruiken (zie paragraaf 2.3). Niettemin schuilt het nodige onder de oppervlakte.

⁴³ *Fraport*, punt 23–32.

⁴⁴ *Fraport*, punt 39–40.

⁴⁵ *Fraport*, punt 41–42.

⁴⁶ *Fraport*, punt 43–44.

⁴⁷ *Fraport*, punt 35–36, 40, 43–45.

⁴⁸ Interpretatieve mededeling over Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2023, C 109, p. 40.

4.1 *Max-Planck*-verplichtingen: toepasselijkheid en invulling

In paragraaf 2.2.2 kwam al aan de orde dat de werkgever het verval van vakantie op precieze wijze en tijdig moet aanzeggen. *Fraport* nuanceert die verplichting enigszins en vult tegelijkertijd de tijdigheidseis nader in. Daarmee is het belang van *Fraport* breder dan alleen in geval van ziekte: wat uit de conclusie en het arrest volgt, lijkt ook buiten ziekte toepasbaar.

Volgens het Hof moet de nationale rechter bepalen of de werkgever het verval van vakantie duidelijk en tijdig heeft aangezegd, maar daarbij verwijst het naar punt 65 van de conclusie van A-G De la Tour. Die overweging is nauw verbonden met de overwegingen daaromheen. Samengevat staat daarin het volgende:

- 63: De *Max-Planck*-doctrine moet strikt worden toegepast.
- 64: Het niet tijdig voldoen aan de verplichting om de werknemer te informeren over zijn vakantierechten en hem aan te moedigen deze uit te oefenen, kan alleen aan de werkgever worden tegengeworpen als de werkgever daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om de werknemer in staat te stellen zijn recht op vakantie uit te oefenen.
- 65: De nationale rechter moet beoordelen 'of de werkgever, afhankelijk van het tijdstip waarop de arbeidsongeschiktheid of de volledige invaliditeit tijdens de betrokken referentieperiode is ingetreden, daadwerkelijk de tijd heeft gehad om te voldoen aan zijn verplichtingen om de werknemer te informeren over zijn vakantierechten en hem aan te moedigen deze uit te oefenen'.
- 66: De werkgever heeft voldoende tijd gehad als de volledige invaliditeit of arbeidsongeschiktheid is ingetreden aan het einde van de referentieperiode, zoals in deze zaken.

Hieruit lijkt een aantal zaken te volgen. Allereerst bestaan, blijkens punt 64–65 van de conclusie, volgens de A-G dus situaties waarin de werkgever de *Max-Planck*-verplichtingen niet kan naleven. Dit zou betekenen dat de *Max-Planck*-verplichtingen daarom inspanningsverplichtingen (óók de aanzeggingsplicht) zijn, en niet (onder alle omstandigheden) resultaatsverplichtingen. In bijzondere omstandigheden zou het dus zo kunnen zijn dat vakantie kan vervallen ondanks dat de werkgever niet aan de aanzegverplichting heeft voldaan. De A-G noemt de situatie waarin de werkgever die tijd niet heeft gehad,⁴⁹ naar het lijkt omdat de werknemer al snel in het jaar ziek wordt. Eveneens denkbaar is (Unierechtelijk) een situatie waarin de vakantie allang gepland is (en naleving van de *Max-Planck*-verplichtingen dus weinig zin heeft), maar kort voor het verstrijken van de vervaltermijn om redenen buiten de invloedssfeer van de werkgever, niet doorgaat.

⁴⁹ Conclusie *Fraport*, punt 65.

Ten tweede volgen uit *Fraport* vingerwijzingen naar het moment waarop een aanzegging van verval van vakantie in elk geval te laat is. Ik plaats hierbij vooraf de kanttekening dat deze vingerwijzingen met name volgen uit de conclusie (en niet uit het arrest). Bovendien laat het HvJ het oordeel aan de verwijzende rechter. Al te stellig kan ik dus niet zijn. Maar toch, de conclusie biedt enige aanknopingspunten. De A-G stelt namelijk (in punt 66) dat de werkgevers in *Fraport* wél tijd hebben gehad voor de aanzegging. Dat maakt het de moeite waard naar de onderliggende feitencomplexen te kijken. In dit verband is relevant dat XP per 1 december 2014 een uitkering wegens ziekte ontving.⁵⁰ AR viel in september 2017 uit, had op dat moment nog veertien vakantiedagen over en werkte daarna niet meer.⁵¹

Laten we uitgaan van de ‘vroegste zieke’ in het jaar, te weten AR. Wanneer zou het verval van zijn vakantie uiterlijk moeten zijn aangezegd? We mogen aannemen dat een aanzegging na aanvang van de ziekte weinig effect zou hebben gehad, nu AR tot het eind van het jaar (en zelfs langer) ziek bleef. Uit *Schultz-Hoff* volgt immers dat vakantie niet kan vervallen als de ziekte tot het einde van de referentie- of overdrachtsperiode voortduurt (zie paragraaf 2.2.1). In het geval van AR moet een aanzegging in september 2017 dus te laat zijn geweest.

De logische vervolgvraag is of een aanzegging in september 2017 alleen te laat is omdat de werknemer ziek is (geworden), of dat deze ook bij gezondheid te laat zou zijn geweest. Ik neig ernaar dat de aanzegging in september volgens de A-G ook bij gezondheid te laat zou zijn geweest. Zoals zojuist uiteengezet lijkt de aanzeggingsplicht immers een inspanningsverplichting en geen resultaatverplichting. Of een werknemer ziek wordt, zou daarom geen rol mogen spelen. Dat is ook in lijn met *Schultz-Hoff*, waarin het HvJ overwoog dat de vervaltermijn niet gold voor een werknemer die tijdens het jaar ziek werd, nu het al dan niet intreden van ziekte onvoorzienbaar is (zie paragraaf 2.2.1).

Mijn indruk is dan ook dat de A-G een aanzegging in september sowieso – ziek of niet ziek – te laat vindt, in elk geval voor een werknemer die op dat moment nog veertien dagen vakantie heeft openstaan.⁵² Nu de toepasselijke wettelijke bepalingen inhielden dat vakantie in de referentieperiode, dus in het kalenderjaar, moesten worden opgenomen, lijkt een aanzegging vier maanden voor de vervaldatum dus te laat.⁵³ Toegepast op de Nederlandse situatie, waarbij wettelijke vakantie doorgaans op 1 juli vervalt, zou dit

betekenen dat een aanzegging in maart te laat is. Wat dan nog wel op tijd is, blijft helaas onduidelijk.

4.2 Aanzegplicht tijdens ziekte: verval tijdens ziekte toch mogelijk?

Bijzonder aan *Fraport* is dat het Hof het verval van vakantie aan de *Max-Planck*-verplichtingen koppelt, terwijl sprake is van ziekte. Dat is opmerkelijk aangezien het in *Schultz-Hoff* nog overwoog dat vakantie niet kan vervallen in geval van ziekte die voortduurt tot aan het einde van de referentie- dan wel overdrachtsperiode. Het Hof had het resultaat in *Fraport* dus eenvoudigweg kunnen bereiken door te overwegen dat de vakantie die werd opgebouwd in het jaar waarin de werknemer ziek werd, reeds vanwege het bepaalde in *Schultz-Hoff* niet kon vervallen. Het had daarbij desgewenst eenvoudig kunnen verduidelijken dat dit deel van de vakantieopbouw niet door *KHS* beheerst wordt,⁵⁴ zelfs niet als sprake blijkt van een langdurige ziekte. Anders gezegd: het Hof had de zaak makkelijk binnen het onderwerp ‘verval tijdens ziekte’ kunnen houden. Toch ziet het Hof ook in deze situatie kennelijk een rol weggelegd voor de *Max-Planck*-verplichtingen.

Heeft dit iets te betekenen? Mogelijk. Logischerwijs hebben de *Max-Planck*-verplichtingen in situaties rondom ziekte alleen nut als verval van vakantie ook daadwerkelijk mogelijk is. Anders zouden die verplichtingen immers niets toevoegen. Dit zou de in paragraaf 2.2.1 benoemde onduidelijkheid ophelderen: niet het enkele feit dat een werknemer ziek is geweest staat dan in de weg aan verval van vakantie. Bovendien lijkt art. 7:640a BW in die lezing Unierechtelijk houdbaar (paragraaf 2.4). Immers: als vakantie tijdens ziekte(verlof) kan vervallen, geldt dit a fortiori tijdens re-integratie. Wel gelden dan dus de *Max-Planck*-verplichtingen.

Tegelijkertijd zijn er argumenten tegen dergelijke conclusies. Hoe verhouden die zich immers tot de regel dat de vakantie van de werknemer die tot het einde van het jaar ziek blijft, niet kan vervallen (*Schultz-Hoff*)? Die werknemer is dan wegens ziekte immers alsnog niet in staat vakantie te nemen.

Fraport en *Schultz-Hoff* zijn wel met elkaar in overeenstemming te brengen als je *Fraport* zo interpreteert dat de aanzegging alleen vakantie raakt die is opgebouwd in het jaar waarin de werknemer ziek wordt, terwijl de daaropvolgende vakantie ‘automatisch’ kan vervallen op grond van *KHS*. En toegegeven: dit is ook hetgeen met zoveel woorden uit het dictum volgt. Maar toch: het HvJ had hetzelfde resultaat dus veel eenvoudiger kunnen bereiken (zie begin paragraaf). Bovendien wordt in deze lezing pas na lange tijd duidelijk of een aanzegging überhaupt effect sorteert. Tot slot leidt deze interpretatie tot ongelijke behandeling van zieke werknemers ten opzichte van elkaar. Werknemers die tot het einde van het jaar ziek zijn, zijn immers niet in staat

50 Conclusie *Fraport*, punt 9–10. De A-G lijkt 1 december 2014 als aanvangsdatum van de ziekte te nemen, hoewel de betreffende uitkering bij mijn weten pas na zes maanden ziekte verschuldigd is.

51 Conclusie *Fraport*, punt 13 en voetnoot 10. Een concrete datum wordt niet genoemd, ook niet in het verwijzingsarrest (*Bundesarbeitsgericht* 7 juli 2020, ECLI:DE:BAG:2020:070720.B.9AZR401.19A.0).

52 Ook voor A-G Bot hing de tijdigheid mede af van het resterende vakantie-saldo. Zie concl. A-G Y. Bot 29 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:338, punt 60–61 (*Max-Planck*).

53 Buiten ziekte vervalt vakantie in Duitsland in beginsel na afloop van de referentieperiode (art. 7 lid 3 *Bundesurlaubgesetz*).

54 Dit had het Hof namelijk al gesuggereerd in *Schultz-Hoff*, punt 19, en in *KHS*, punt 24.

vakantie op te nemen. Het doet wrang aan dat de omvang van de vakantieaanspraak over die periode dan afhangt van de vraag of de werkgever wel of niet aan de *Max-Planck*-verplichtingen heeft voldaan.

Natuurlijk kan het ook zo zijn dat het Hof dermate vergaande conclusies niet heeft willen trekken. Maar dan heeft het op zijn minst onduidelijkheid in de hand gewerkt en is het arrest ofwel inconsistent met eerdere rechtspraak, ofwel op punten slecht doordacht.

5. **Fraport: een belangrijk arrest!**

Hoewel *Fraport* op het eerste gezicht onbeduidend is voor de Nederlandse rechtspraak, lijkt het tegendeel waar. Het biedt aanknopingspunten voor de invulling van de *Max-Planck*-verplichtingen en laat enige ruimte voor situaties waarin deze verplichtingen mogelijk niet gelden. Aan de praktijk de schone taak hieraan invulling te geven, waarbij het Hof in toekomstige zaken een duidelijke richting kan geven.

Fraport lijkt bovendien een breuk met de jurisprudentie waardoor het (Unierechtelijke) beeld dat vakantie tijdens ziekte nagenoeg niet kan vervallen, wellicht nuancering behoeft, met name als de werknemer slechts een deel van het jaar ziek is. Waar eerdere ontwikkelingen de houdbaarheid van art. 7:640a BW bij ziekte ter discussie stelden, kan men aan *Fraport* argumenten ontleen voor het tegendeel. Evenwel zal echte zekerheid toch van het HvJ moeten komen. Of dat snel gebeurt, valt te bezien. Tot dat moment biedt *Fraport* genoeg voer voor discussie.