

Arbeidsrecht

138

Bouwt de arbeidsongeschikte werknemer zonder recht op loon wel vakantiedagen op in zijn derde ziektejaar?

Kantonrechter rechtbank Gelderland zp Nijmegen
5 juni 2024, nr. 10683573 \ HA VERZ 23-44,
ECLI:NL:RBGEL:2024:3780
(mr. De Groot)
Noot mr. A. van der Vis en mr. R. de Vos

Achterstallig loon. Opbouw vakantiedagen. Derde ziektejaar. Arbeidsongeschiktheid. Richtlijnconforme interpretatie. Contra legem.

[BW art. 7:629, 7:634]

Essentie: Deze uitspraak betreft de uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen gedurende het derde ziektejaar. Het relevante art. 7:634 BW is in strijd met de Europese Richtlijn. Richtlijnconforme interpretatie is niet mogelijk.

Samenvatting: Werknemer is sinds 9 september 2005 in dienst bij het bedrijf van zijn vader. Op 23 oktober 2022 is de wachttijd van 104 weken arbeidsongeschiktheid verstreken. Aan werknemer is een WIA-uitkering toegekend. Op 6 februari 2023 geeft het UWV aan werkgever toestemming het dienstverband met werknemer op te zeggen. Per 4 juni 2023 is het dienstverband ook daadwerkelijk beëindigd. Bij eindbeschikking van 31 oktober 2023 is werkgever veroordeeld tot betaling van de netto-equivalenten van respectievelijk € 650,25 bruto en € 768,98 bruto aan achterstallig loon, € 1.069,52 bruto aan achterstallig vakantiegeld en de transitievergoeding van € 19.437,90 bruto. Gelijkijdig is bij tussenbeschikking aan werknemer een bewijsopdracht gegeven te bewijzen dat hij vóór 1 augustus 2020 € 500 contant per week aan loon ontving. Aan werkgever is de bewijsopdracht gegeven dat werknemer zijn vakantiedagen in de jaren 2021, 2022 en 2023 heeft genoten.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft voor zijn stelling dat hij vóór 1 augustus 2020 wekelijks € 500 contant ontving bij akte kopieën van een boekje waarin hij zijn administratie bijhield overgelegd. Werkgever heeft bij brief van 8 mei 2024 betwist contante loonbetalingen voorafgaand aan 1 augustus 2020 te hebben gedaan. Werkgever merkt in dit verband op dat werknemer zijn zoon is, en werknemer toegang had tot alle betalingsmiddelen van werkgevers bedrijf. Zo er al contanten naar werknemer zijn gegaan, heeft werknemer (mogelijk) uitkeringen aan zichzelf gedaan. De kantonrechter constateert dat in de overgelegde kopieën van het boekje verschillende bedragen staan genoteerd (soms met een omschrijving erbij), maar het wordt niet duidelijk dat dit een wekelijkse betaling van € 500 contant betrof. Werknemer heeft ook nagelaten een nadere toelichting bij dit boekje en de daarin opgenomen bedragen te geven. Daarom is er geen grond voor toewijzing van de verzoeken om correcte loonstroken en inkomensgegevens te verstrekken op basis van de – vermeende – contante loonbetalingen.

Voorts zijn partijen verdeeld over de vraag of werkgever nog niet-genoten vakantiedagen over 2021, 2022 en 2023 moet uitbetalen aan werknemer. Werkgever heeft bij tussenbeschikking de bewijsopdracht gekregen dat werknemer al zijn vakantiedagen in die jaren heeft opgenomen. Werkgever heeft van die gelegenheid geen gebruik gemaakt. Dat betekent dat wordt uitgegaan van de stelling dat werknemer de over de jaren 2021 tot en met 4 juni 2023 opgebouwde vakantiedagen niet heeft opgenomen, nog daargelaten of werknemer heeft ingestemd met het afboeken van de vakantiedagen (zie HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1603). De niet-genoten dagen over 2021 en 2022 (naar rato opgebouwd tot 23 oktober 2022, de datum einde wachttijd), dienen door werkgever te worden uitbetaald. Anders dan werknemer stelt, heeft hij geen vakantiedagen opgebouwd over het derde ziektejaar tot einde dienstverband, dus van 23 oktober 2022 tot en met 4 juni 2023. Vakantiedagen worden alleen opgebouwd over de arbeidsduur waarover hij loon ontvangt (art. 7:634 lid 1 BW). Werknemer had na einde wachttijd, per 23 oktober 2022, geen aanspraak meer op loon. Dus heeft hij gelet op het bepaalde in art. 7:634 BW geen vakantiedagen meer opgebouwd en daarom wordt zijn vordering tot uitbetaling van niet-genoten dagen over de periode na 23 oktober 2022 afgewezen. In de literatuur is terecht opgemerkt dat art. 7:634 BW in strijd is met art. 7 lid 1 Richtlijn (EG) nr. 2003/88 en rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Hoezeer de Nederlandse rechter gehouden is tot richtlijnconforme interpretatie als het gaat om wettelijke bepalingen waarmee Europese richtlijnen zijn geïncorporeerd in de Nederlandse wetgeving, is dat hier onmogelijk. Art. 7:634 BW biedt geen ruimte voor interpretatie. Het artikel is duidelijk, maar wel in strijd met de Europese richtlijn als hiervoor genoemd. Gelet op de tekst van art. 7:634 BW en de wetsgeschiedenis bij dat artikel, valt een werknemer die in zijn derde ziektejaar zit niet onder het bereik van art. 7:635 BW. Dit betekent dat werknemer enkel over de jaren 2020 t/m 23 oktober 2022 aanspraak heeft op uitbetaling van in totaal 56 (11 + 25 + 20) niet-genoten vakantiedagen. Werkgever wordt tot uitbetaling hiervan veroordeeld, waarbij de dagen moeten worden vergoed op basis van het gebruikelijk loon in het geval dat werknemer zou hebben gewerkt en derhalve niet op basis van het (lagere) loon bij ziekte (zie hof Amsterdam 20 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3607). Dit resulteert in een bedrag van € 7.618,24 bruto.

Werkgever wordt tevens veroordeeld tot het verstrekken van deugdelijke bruto/nettospecificaties van de nabetalingen, en dit te doen binnen één maand na datum beschikking. De gevorderde dwangsom wordt eveneens toegewezen, met dien verstande dat deze in redelijkheid zal worden gematigd tot € 100 per dag, met een maximum van € 2.000.

[Werknemer], te [woonplaats],
verzoekende partij,
hierna te noemen: werknemer,
gemachtigde: mr. W.G.A. van Hoogstraten,
tegen
[werkgever], H.O.D.N. [bedrijf van verweerder], te [woonplaats],
verwerende partij,
hierna te noemen: werkgever,
aanvankelijk gemachtigde: mr. W.R. Gorseling,
inmiddels procederend in persoon.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de (tussen)beschikking van 31 oktober 2023 waarbij onder meer aan werkgever en werknemer een bewijsopdracht is gegeven en zij in de gelegenheid zijn gesteld uiterlijk op 21 november 2023 te laten weten of, en zo ja op welke wijze, zij bewijs wensen te leveren;
- de akte uitlaten bewijslevering tevens overlegging van een productie, gedateerd 17 november 2023, met het verzoek tot het houden van een getuigenverhoor;
- de akte wijziging/vermindering van de vordering van 8 maart 2024 aan de zijde van werknemer waarbij is medegedeeld dat wordt afgezien van bewijslevering en het reeds voor 25 maart 2024 geplande getuigenverhoor geen doorgang hoeft te vinden;
- de e-mail van 15 maart 2024 aan de zijde van werknemer waarbij hij heeft verzocht de op 8 maart 2024 genomen akte als niet genomen te beschouwen en het getuigenverhoor alsnog doorgang te laten vinden. De gemachtigde van werkgever heeft laten weten daarmee niet in te stemmen. Vervolgens heeft de griffie bij e-mail van 21 maart 2024 partijen laten weten dat het verzoek aan de zijde van werknemer om alsnog een getuigenverhoor te houden wordt afgewezen en (eind) beschikking zal worden gegeven;
- nadat bleek dat werkgever nog niet in de gelegenheid was gesteld te reageren op de door werknemer bij akte overgelegde productie 10 (akte van 17 november 2023), is werkgever bij brief van 26 april 2024 daartoe alsnog in de gelegenheid gesteld;
- werkgever heeft vervolgens op de akte schriftelijk gereageerd bij brief gedateerd 8 mei 2024.

2. De verdere beoordeling

2.1. Bij beschikking van 31 oktober 2023 is werkgever reeds veroordeeld tot betaling van het netto equivalent van:

- de eenmalige loonbetalingen van in totaal € 650,25 bruto;
- het achterstallig loon ad € 768,98 bruto;
- het achterstallig vakantiegeld ad € 1.069,52 bruto.

Daarnaast is werkgever veroordeeld tot betaling van:

- de wettelijke verhoging van 10% over voormelde bedragen, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van 10 juli 2023 tot de dag van algehele voldoening;
 - (het netto equivalent van) de transitievergoeding van € 19.437,90 bruto, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van 10 juli 2023 tot de dag van algehele voldoening.
- Ter zake die veroordeling is de beschikking van 31 oktober 2023 een eindbeschikking.

2.2. Voorts is die beschikking een tussenbeschikking waarbij:

- werknemer in de gelegenheid is gesteld te bewijzen dat hij vóór 1 augustus 2020 € 500,00 contant per week aan loon ontving;
- werkgever in de gelegenheid is gesteld te bewijzen dat werknemer zijn vakantiedagen in de jaren 2021, 2022 en 2023 heeft genoten.

Het loon vóór 1 augustus 2020

2.3. Werknemer heeft, als hiervoor aangehaald, voor zijn stelling dat hij vóór 1 augustus 2020 wekelijks € 500,00 contant ontving, een bewijsopdracht gekregen. Werknemer heeft voor het leveren van dat bewijs bij akte kopieën van een boekje waarin hij zijn administratie bijhield overgelegd (productie 10). Van het aanvankelijk gedane verzoek tot het horen van getuigen heeft werknemer bij akte van 8 maart 2024 afgezien. Dat betekent dat uitsluitend de kopieën van het boekje zijn stelling ondersteunen. Tijdens de mondelinge behandeling

voorafgaand aan de tussenbeschikking heeft de gemachtigde van werknemer dat boekje getoond.

2.4. Werkgever heeft bij brief van 8 mei 2024 betwist contante loonbetalingen voorafgaand aan 1 augustus 2020 te hebben gedaan. Werkgever wijst er op dat het door werknemer overgelegde boekje met daarin door werknemer gemaakte aantekeningen ter zake – vermeende – contante betalingen niet tot bewijs kan strekken van werknemers stelling dat werkgever € 500,00 per week contant loon heeft betaald. Werkgever merkt in dit verband op dat partijen een familiale relatie hebben, werknemer zijn zoon is, en zijn zoon toegang had tot alle betalingsmiddelen van werkgevers bedrijf. Zo er al contanten naar werknemer zijn gegaan heeft werknemer (mogelijk) uitkeringen aan zichzelf gedaan.

2.5. Gelet op de (eerdere) betwisting van werkgever is werknemer opgedragen om bewijs te leveren van zijn stelling dat hij vóór 1 augustus 2020 wekelijks € 500,00 contant loon van werkgever ontving. Op grond van artikel 152 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter overgelaten. De rechter is vrij in de waardering van het bewijs. Voor het oordeel dat een partij is geslaagd in een op haar rustende bewijsopdracht dient de kantonrechter een redelijke mate van zekerheid te hebben dat het betreffende feit zich heeft voorgedaan. Met andere woorden: het feit dient voor de kantonrechter voldoende aannemelijk te zijn.

2.6. De kantonrechter constateert dat in de overgelegde kopieën van het boekje verschillende bedragen staan genoteerd (soms met een omschrijving erbij), die de ene keer bij elkaar worden opgeteld en de andere keer van elkaar worden afgetrokken en waar soms 'tegoed' bij staat. Het bedrag '500' komt weliswaar regelmatig voor, maar niet wekelijks en bovendien is onduidelijk wat er met die '500' is gebeurd. Indien dit loon zou betreffen, zou er toch een dergelijke omschrijving bij hebben moeten staan. Werknemer heeft ook nagelaten een nadere toelichting bij dit boekje en de daarin opgenomen bedragen te geven. Tijdens de mondelinge behandeling voorafgaand aan de tussenbeschikking heeft zijn gemachtigde alleen verklaard dat 'het een boekje is met alle betalingen', maar dat is onvoldoende.

2.7. Werkgever betwist uitdrukkelijk dat er vóór 1 augustus 2020 wekelijks € 500,00 contant is uitbetaald aan werknemer, terwijl het boekje het enige bewijsmiddel is dat werknemer in het geding heeft gebracht. Dat is naar oordeel van de kantonrechter onvoldoende overtuigend bewijs, werknemer is in het leveren van het hem opgedragen bewijs niet geslaagd.

2.8. Voorts heeft werknemer bij akte van 8 maart 2024 zijn verzoek verminderd, in die zin dat zijn verzoek onder 7. van zijn verzoekschrift komt te luiden dat hij verzoekt werkgever te veroordelen om over te leggen:

- correcte loonstroken over de maanden augustus tot en met december 2020, alsmede over de jaren 2021 en 2022 inclusief de daarbij behorende jaaropgaven;
 - bewijs van het (alsnog) aan de belastingdienst, alsmede aan het UWV overleggen van de correcte inkomensgegevens en jaaropgaven over de jaren 2020, 2021 en 2023, zodat het UWV de WIA-uitkering op basis van de juiste gegevens kan vaststellen;
- een en ander binnen één maand na de te geven beschikking, op (de kantonrechter leest: straffe van) verbeurte van een dwangsom van € 250,00 per dag dat werkgever daarmee in gebreke blijft en te vermeerderen met de samengestelde wettelijke rente per dag.

2.9. Ter zake wordt als volgt overwogen. Werknemer heeft niet bewezen dat hij wekelijks € 500,00 contant loon van werkgever heeft ontvangen. Daarom is er geen grond voor toewijzing van de verzoeken om correcte loonstroken en inkomensgegevens te verstrekken op basis van de – vermeende – contante loonbetalingen.

De (niet-genoten) vakantiedagen

2.10. Zoals bij tussenbeschikking is overwogen zijn partijen verdeeld over de vraag of werkgever nog niet-genoten vakantiedagen moet uitbetalen aan werknemer. Bij tussenbeschikking is reeds overwogen dat vaststaat dat werknemer over 2020 nog 11 niet-genoten vakantiedagen had. Aangezien werknemer volledig arbeidsongeschikt was gemeld vanaf 23 oktober 2020 moet het ervoor worden gehouden dat werknemer redelijkerwijs niet in staat was die vakantiedagen op te nemen (zie artikel 7:640a BW alsmede de *Kamerstukken II* 2010/211, 32465, 6, p. 5 e.v.). Werkgever zal tot uitbetaling van 11 niet-genoten vakantiedagen over 2020 worden veroordeeld.

2.11. Zoals in de tussenbeschikking is overwogen bestaat tussen partijen discussie over de jaren daarna: 2021, 2022 en 2023 (tot en met 4 juni 2023, de datum waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd). Werkgever is bij tussenbeschikking in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat werknemer al zijn vakantiedagen in die jaren heeft opgenomen. Werkgever heeft van die gelegenheid geen gebruik gemaakt. Dat betekent dat het ervoor gehouden moet worden dat werknemer de over de jaren 2021 tot en met 4 juni 2023 opgebouwde vakantiedagen niet heeft opgenomen (genoten), nog daargelaten de vraag of werknemer ermee heeft ingestemd dat die dagen als vakantiedagen mogen worden afgeboekt (zie HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1603).

De niet-genoten dagen over 2021 en 2022 (naar rato opgebouwd tot 23 oktober 2022, de datum einde wachttijd), dienen door werkgever te worden uitbetaald.

Anders dan werknemer stelt heeft hij geen vakantiedagen opgebouwd over het derde ziektejaar tot einde dienstverband, dus van 23 oktober 2022 tot en met 4 juni 2023. Vakantiedagen worden alleen opgebouwd over de arbeidsduur waarover hij loon ontvangt (artikel 7:634 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Werknemer had na einde wachttijd, per 23 oktober 2022, geen aanspraak meer op loon. Dus heeft hij gelet op het bepaalde in artikel 7:634 BW geen vakantiedagen meer opgebouwd en daarom wordt zijn vordering tot uitbetaling van niet-genoten dagen over de periode na 23 oktober 2022 afgewezen. In de literatuur¹ is terecht opgemerkt dat artikel 7:634 BW in strijd is met artikel 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG en rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU). Hoezeer de Nederlandse rechter gehouden is tot richtlijnconforme interpretatie als het gaat om wettelijke bepalingen waarmee Europese richtlijnen zijn geïncorporeerd in de Nederlandse wetgeving, is dat hier onmogelijk. Artikel 7:634 BW biedt geen ruimte voor interpretatie. Het artikel is duidelijk, maar wel in strijd met de Europese richtlijn als hiervoor genoemd. Gelet op de tekst van artikel 7:634 BW en de wetgeschiedenis bij dat artikel, valt een werknemer die in zijn derde ziektejaar zit niet onder het bereik van artikel 7:635 BW. Hier ligt een taak voor de wetgever.

Het door werkgever uit te betalen aantal vakantiedagen betreft dan 25 dagen over 2021 en (afgerond) 20 dagen opgebouwd over januari tot en met 23 oktober 2022. Dit betekent dat werknemer over de jaren 2020 t/m 23 oktober 2022 aanspraak heeft op uitbetaling van in totaal 56 (11 + 25 + 20) niet-genoten vakantiedagen. Werkgever zal tot uitbetaling daarvan worden veroordeeld.

2.12. De dagen moeten worden vergoed op basis van het gebruikelijk loon in geval werknemer zou hebben gewerkt en derhalve niet gebaseerd zijn op het (lagere) loon bij ziekte (zie Gerechtshof Amsterdam 20 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3607). De kantonrechter volgt de berekening van werknemer, die werkgever niet heeft weersproken, waarin wordt uitgegaan van een dagloon van € 136,04, met dien verstande dat het uit te betalen bedrag wordt berekend op basis van de hiervoor berekende 56 vakantiedagen (in plaats van de 71 dagen zoals werknemer heeft gedaan). Dit resulteert in een bedrag van € 7.618,24 bruto, te vermeerderen met de wettelijke verhoging, die de kantonrechter – conform de tussenbeschikking van 31 oktober 2023 – zal matigen tot 10%, en vermeerderd met de wettelijke rente als verzocht.

De specificaties

2.13. Voor zover werknemer tevens heeft bedoeld te verzoeken om werkgever te veroordelen tot het verstrekken van deugdelijke bruto/netto specificaties van de nabetalings waartoe werkgever wordt veroordeeld binnen één maand na het wijzen van deze beschikking zal dat verzoek worden toegewezen.

2.14. De gevorderde dwangsom zal eveneens worden toegewezen, met dien verstande dat de kantonrechter deze in redelijkheid zal matigen tot € 100,00 per dag, met een maximum van € 2.000,00. In de gegeven omstandigheden, waarin werkgever niet heeft gereageerd op de brieven die (de gemachtigde van) werknemer hem in de periode voor het starten van deze procedure heeft gestuurd, lijkt een dwangsom aangewezen als prikkel tot nakoming. De gevorderde wettelijke rente over de dwangsom wordt afgewezen nu daarvoor thans onvoldoende grond bestaat.

De proceskosten

2.15. Werkgever is in deze procedure grotendeels in het ongelijk gesteld. Hij wordt daarom veroordeeld in de kosten van deze procedure, aan de zijde van werknemer tot aan deze beschikking begroot op € 814,00 ter zake salaris gemachtigde en € 693,00 ter zake griffierecht. De nakosten worden vastgesteld op een half salarispunt van het toegewezen salaris met een maximum van € 135,00, te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met de exploitkosten van betekening van het vonnis.

3. De beslissing

De kantonrechter

3.1. veroordeelt werkgever om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan werknemer te betalen (het netto equivalent van) het bedrag van € 7.618,24 bruto aan niet-genoten vakantiedagen;

3.2. veroordeelt werkgever tot betaling aan werknemer van de wettelijke verhoging van 10% over het in 3.1. vermelde bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 10 juli 2023 tot de dag van algehele voldoening;

3.3. veroordeelt werkgever tot het verstrekken van deugdelijke bruto/netto specificaties aan werknemer van de nabetalings waartoe werkgever in deze beschikking en in de beschikking

1 Zie Q. van Vliet, Geen arbeid, geen loon en toch vakantie, *Arbeids-Recht* 2024/28.

van 31 oktober 2023 is veroordeeld binnen één maand na de datum van deze beschikking, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100,00 per dag, voor elke dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat werkgever in gebreke blijft te voldoen aan dit gebod, met een maximum van € 2.000,00;

3.4. veroordeelt werkgever in de kosten van de procedure, tot deze uitspraak aan de kant van werknemer begroot op € 814,00 ter zake salaris gemachtigde en € 693,00 ter zake griffierecht en € 135,00 aan kosten die na dit vonnis zullen ontstaan, te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met de exploitkosten van betekening van het vonnis;

3.5. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

3.6. wijst af tegen meer of anders is verzocht.

NOOT

Inleiding

1. De opbouw van vakantie-uren door de arbeidsongeschikte werknemer: enkel gedurende de loondoorbetalingsverplichting van 104 weken of ook nog daarna?

2. De kerndiscussie in de gewezen beschikking van de rechtbank Gelderland (hierna: de beschikking) is of een arbeidsongeschikte werknemer die geen loon meer ontvangt in zijn derde ziektejaar (dus na 104 weken arbeidsongeschiktheid) wél vakantie opbouwt over die periode. Hierbij wordt gekeken naar de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving omtrent de opbouw van vakantie. Het gaat in de uitspraak om een werknemer in een zogenoemd slapend dienstverband; de werknemer is na 104 weken arbeidsongeschiktheid nog wel in dienst maar werkt niet meer en ontvangt geen loon meer.

Juridisch kader: opbouw van vakantiedagen

3. Op grond van art. 31 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000/C 364/01) heeft iedere werknemer recht op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

4. In art. 7 lid 1 van de Richtlijn (EG) nr. 2003/88 van 4 november 2003 (hierna: de Arbeidstijdenrichtlijn) is dit nader uitgewerkt: 'De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.' Op grond van de Arbeidstijdenrichtlijn heeft iedere 'werknemer' recht op vakantie.

5. De Nederlandse wetgever heeft art. 7 lid 1 van de Arbeidstijdenrichtlijn verwerkt in art. 7:634 lid 1 BW: 'De werknemer verwerft over ieder jaar waarin hij gedurende de volledige overeengekomen arbeidsduur recht op loon heeft gehad, aanspraak op vakantie van ten minste vier maal de overeengekomen arbeidsduur per week of, als de overeengekomen arbeidsduur in uren per jaar is uitgedrukt, van ten minste een overeenkomstige tijd.'

6. Meteen valt op dat waar in art. 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn enkel wordt gesproken over de 'werknemer', in art. 7:634 BW wordt gesproken over 'de werknemer die recht op loon heeft gehad'. Art. 7:634 BW koppelt de opbouw van vakantie aan het recht op loon en hanteert daarmee een strengere maatstaf voor de opbouw van vakantie dan de Arbeidstijden-

richtlijn. Art. 7:634 BW is dus in feite in strijd met de Arbeidstijdenrichtlijn. Dit wordt ook bevestigd in de literatuur.¹

7. In art. 7:635 BW staan enkele uitzonderingen op de hoofdregel van art. 7:634 lid 1 BW. Dit zijn situaties waarin een werknemer in afwijking van art. 7:634 lid 1 BW aanspraak verwerft op vakantie ondanks dat hij géén recht heeft op loon. Een van deze uitzonderingen is, op grond van art. 7:635 lid 1 sub d BW, de werknemer die tegen zijn wil niet in staat is om de overeengekomen arbeid te verrichten.

8. Tot 1 januari 2012 bevatte art. 7:635 BW een bepaling (het oude lid 4) over arbeidsongeschikte werknemers. Deze bepaling hield in dat de arbeidsongeschikte werknemer tijdens de ziekteperiode slechts vakantie opbouwde over een periode van maximaal zes (6) maanden, ongeacht of de werknemer recht had op loon. Dit voormalig lid 4 is na Europese rechtspraak door de wetgever uit de Nederlandse wet gehaald omdat deze opbouw van vakantie voor arbeidsongeschikte werknemers in strijd bleek met de Arbeidstijdenrichtlijn.²

9. Sindsdien bestaat er geen aparte bepaling meer voor de opbouw van vakantie door arbeidsongeschikte werknemers. Zowel de arbeidsongeschikte als de arbeidsgeschikte werknemers vallen nu onder art. 7:634 BW en bouwen dus vakantie op zolang zij recht hebben op loon. Op grond van de Nederlandse wetgeving (art. 7:629 BW) heeft de arbeidsongeschikte werknemer in beginsel 104 weken recht op loondoorbetaling.

10. De wetgever heeft dus in 2012 art. 7:635 BW met het schrappen van het toenmalige lid 4 in overeenstemming gebracht met de Arbeidstijdenrichtlijn. Art. 7:634 BW is daarentegen nog steeds in strijd met de Arbeidstijdenrichtlijn. Zoals aangegeven, wordt in art. 7:634 BW de opbouw van vakantie namelijk nog steeds gekoppeld aan loon, terwijl de Arbeidstijdenrichtlijn deze koppeling niet maakt.

11. Dat deze (gezien de Arbeidstijdenrichtlijn onterechte) koppeling met loon volgens de wetgever ook geldt voor arbeidsongeschikte werknemers, blijkt uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:635 BW. De wetgever geeft in de memorie van toelichting aan dat arbeidsongeschikte werknemers dezelfde aanspraken op minimumvakantie krijgen als andere werknemers omdat het verwerven van vakantieaanspraak gekoppeld is aan het recht op loon dat ook in geval van ziekte bestaat (art. 7:629 BW).³ In een nota over (onder andere) de financiële gevolgen van de wetswijziging kijkt de wetgever naar het percentage van de instroom in de WIA dat recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte, en daarmee verlof opbouwt, en hoeveel dagen zij extra opbouwen na twee jaar ziekte door de wetswijziging.⁴

12. De vraag is of de wetgever deze beperking in de opbouw van vakantie voor de arbeidsongeschikte werknemer die géén loon (meer) ontvangt inderdaad zo bedoeld heeft, of dat hier sprake is van een lacune in de wet waar de wetgever ten tijde van de wetswijziging van art. 7:635 BW in 2012 niet goed over heeft nagedacht. Dit volgt niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis.

1 W.H.A.C.M. Bouwens, 'Vakantie en Ziekte', *Ars Aequi* mei 2012, p. 388; Q.B.J. Van Vliet, 'Geen arbeid, geen loon en toch vakantie', *ArbeidsRecht* 2024/28; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 512.

2 *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 1-4 (MvT); HvJ EU 20 januari 2009, C-350/06 (*Schultz-Hoff*) en C-520/06 (*Stringer*).

3 *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 4 (MvT).

4 *Kamerstukken II* 2010/11, 32465, nr. 6, p. 11.

13. Het ligt niet voor de hand dat de wetgever wel de ene strijdigheid met de Arbeidstijdenrichtlijn (in art. 7:635 BW) wil repareren, maar de andere strijdigheid met de Arbeidstijdenrichtlijn (in art. 7:634 BW) niet. Doordat in art. 7:634 BW aan de opbouw van vakantie de voorwaarde van loon(door)betaling wordt gekoppeld, wordt de opbouw van vakantie-dagen tijdens arbeidsongeschiktheid gedeeltelijk (vanaf het moment dat de loondoorbetaling eindigt) uitgesloten. Wij vermoeden daarom dat de wetgever niet zo expliciet bedoeld heeft de arbeidsongeschikte werknemer na 104 weken uit te sluiten van de opbouw van vakantie.

Mogelijk richtlijnconforme toepassing door de kantonrechter?

14. De kantonrechter oordeelt in de beschikking dat art. 7:634 BW in strijd is met art. 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn. Hier zijn wij het gelet op het voorgaande mee eens. Tot zover is de kantonrechter te volgen. Hier ligt dus hoe dan ook een taak voor de wetgever om art. 7:634 BW nader te bekijken en richtlijnconform te maken. Dit geeft de kantonrechter ook aan in haar oordeel.

15. Echter, vervolgens oordeelt de kantonrechter dat hoewel de Nederlandse rechter gehouden is tot richtlijnconforme interpretatie van wettelijke bepalingen waarmee Europese richtlijnen zijn geïncorporeerd in de Nederlandse wetgeving, dit hier onmogelijk is. De kantonrechter geeft aan dat, gelet op art. 7:634 BW en de wetsgeschiedenis bij art. 7:635 BW, de werknemer in zijn derde ziektejaar niet onder het bereik van art. 7:635 BW valt. Art. 7:634 BW biedt volgens de kantonrechter geen ruimte voor interpretatie en daar ligt volgens haar een taak voor de wetgever.

16. De kantonrechter legt de spreekwoordelijke bal dus enkel bij de wetgever. Daarin volgen wij de kantonrechter niet meer. Naar onze mening had de kantonrechter het beginsel van richtlijnconforme uitleg kunnen toepassen in deze kwestie. Op grond van vaste Europese rechtspraak dient de nationale rechter namelijk bij de toepassing van het interne recht dit zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn.⁵ Dit is het beginsel van richtlijnconforme uitleg. Dit beginsel wordt uiteraard begrensd door algemene rechtsbeginselen en kan niet dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem* van het nationale recht. Maar het beginsel vereist wel dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden, met inachtneming van het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, *al het mogelijke* doet om de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen *die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling*.⁶

17. Op grond hiervan stellen wij ons op het standpunt dat de kantonrechter in de beschikking art. 7:635 BW richtlijnconform had kunnen uitleggen zodat de arbeidsongeschikte werknemer in deze kwestie onder lid 1 sub d van art. 7:635 BW zou vallen. Art. 7:635 lid 1 sub d BW biedt namelijk wél ruimte voor interpretatie, zodat er geen sprake is van een uitleg *contra legem*. Als dit artikel strikt tekstueel wordt uitgelegd, is een arbeidsongeschikte werknemer namelijk ook een werknemer die tegen zijn wil, ervan uitgaande dat hij wel wil werken, zijn werkzaamheden niet kan verrichten. Het beginsel van richtlijnconforme uitleg zou hier dus juist een goede

'tool' zijn geweest om de Nederlandse wetgeving in overeenstemming te brengen met de Arbeidstijdenrichtlijn.

18. De literatuur ondersteunt het standpunt dat de zieke werknemer ook na 104 weken arbeidsongeschiktheid op grond van art. 7:635 lid 1 sub d BW vakantiedagen opbouwt. Onder andere prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens stelt zich op het standpunt dat de arbeidsongeschikte werknemer die na 104 weken nog steeds verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten als gevolg van ziekte, als regel tegen zijn wil niet in staat is om de overeengekomen arbeid te verrichten en een beroep kan doen op art. 7:635 lid 1 sub d BW.⁷ Q.B.J. van Vliet stelt dat om de strijdigheid van art. 7:634 BW weg te nemen, het Nederlands recht in overeenstemming gebracht moet worden met de Arbeidstijdenrichtlijn door art. 7:635 BW zuiver tekstueel en conform de Arbeidstijdenrichtlijn uit te leggen.⁸

19. Echter, niet iedereen ondersteunt het standpunt dat art. 7:635 lid 1 sub d BW in de situatie van de arbeidsongeschikte werknemer kan worden toegepast. Zo geeft mr. H.J. Funke aan dat men uit de parlementaire geschiedenis kan opmaken dat de regering er niet van uitgaat dat een zieke werknemer die na 104 weken ziekte geen recht meer op loon heeft, vakantie opbouwt op grond van art. 7:635 lid 1 sub d BW.⁹ Wij hebben in de alinea's 12 en 13 reeds uiteengezet waarom wij hieraan twijfelen.

20. Omdat de wetgever in de parlementaire geschiedenis niet ondubbelzinnig aangeeft dat de arbeidsongeschikte werknemer die na 104 weken arbeidsongeschiktheid geen loon meer ontvangt niet onder art. 7:635 lid 1 sub d BW valt, en de kantonrechter er binnen zijn bevoegdheden alles aan moet doen om richtlijnconform uit te leggen, had het op de weg van de kantonrechter gelegen om art. 7:635 lid 1 sub d BW door middel van richtlijnconforme interpretatie toe te passen op de situatie. Daarmee had zij een praktische oplossing gecreëerd voor deze lacune in de wet.

21. Voor de werknemer in deze kwestie staat nu, als partij die benadeeld is doordat het nationale recht niet met het recht van de Unie strookt, (onder voorwaarden) nog de mogelijkheid open om op grond van Europese rechtspraak de Staat aansprakelijk te stellen voor vergoeding van de schade die hij hierdoor heeft geleden.¹⁰

Conclusie

22. Uit het voorgaande volgt dat de kantonrechter in de beschikking terecht oordeelt dat de opbouw van vakantie in Nederland op grond van art. 7:634 BW niet in lijn is met art. 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn, maar, naar onze mening, het beginsel van richtlijnconforme uitleg had kunnen toepassen in deze kwestie. Door de beschikking van de kantonrechter ligt er nu voor de betreffende werknemer enkel de omslachtige route om de Staat aansprakelijk te stellen. Dit had veel praktischer opgelost kunnen worden door art. 7:635 lid 1 sub d BW door middel van richtlijnconforme interpretatie toe te passen. Naar onze mening ligt hier met betrekking tot de opbouw van vakantie van een arbeidsongeschikte werkne-

5 HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), r.o. 24.

6 HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), r.o. 25 en 27.

7 W.H.A.C.M. Bouwens, 'Vakantie en Ziekte', *Ars Aequi* mei 2012, p. 388.

8 Q.B.J. van Vliet, 'Geen arbeid, geen loon en tóch vakantie', *Arbeids-Recht* 2024/28.

9 H.J. Funke, Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch, art. 7:634 BW, par. 13, Den Haag: Sdu 2024.

10 HvJ EU 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90 (*Franovich en Bonifaci*).

mer zonder recht op loon: i) een taak voor de wetgever om art. 7:634 BW aan te passen en richtlijnconform te maken en ii) een mogelijkheid voor de Nederlandse rechterlijke macht om erbij stil te staan dat door middel van richtlijnconforme toepassing art. 7:635 lid 1 sub d BW mogelijk kan worden toegepast op de arbeidsongeschikte werknemer die na 104 weken geen recht meer heeft op loon. Concluderend is het feit dat de Nederlandse wetgeving in strijd is met de Arbeidstijdenrichtlijn een lacune die enkel de Nederlandse rechterlijke macht kan repareren zolang de Nederlandse wetgeving niet wordt aangepast.

23. Los van het feit dat art. 7:634 BW onmiskenbaar in strijd is met de Arbeidstijdenrichtlijn, geeft de beschikking stof tot nadenken over de toepassing van de Arbeidstijdenrichtlijn op de arbeidsongeschikte werknemer. Er valt namelijk wel wat te zeggen voor de Nederlandse regel dat de werknemer die na twee jaar ziekte in een slapend dienstverband terecht is gekomen en geen loon meer ontvangt, ook geen vakantiedagen meer opbouwt. Waarom zou een werknemer die niet meer werkt en geen loon meer ontvangt, met andere woorden een werknemer in een slapend dienstverband, nog wel vakantie opbouwen? Dit is een andere discussie die hier nu niet aan de orde is, maar wel interessant is.

mr. A. van der Vis en mr. R. de Vos
Stamoulis Advocaten

139

Mediationplicht voor werknemers?

Kantonrechter rechtbank Amsterdam
25 juni 2024, nr. 11112133 KK EXPL 24-349,
ECLI:NL:RBAMS:2024:3866
(mr. Van Löben Sels)
Noot mr. D.H.B. Rijsemus

Verplichte medewerking aan mediation. Redelijke voorwaarden. Loosansctie. Re-integratieverplichtingen.

[BW art. 7:629 lid 3, 7:658a, 7:660a lid 1]

Essentie: Werkgever was gerechtigd een loosansctie op te leggen na het weigeren door de werknemer van medewerking aan door de bedrijfsarts geadviseerde mediation. Hoe verhoudt deze uitspraak zich tot het vrijwillige karakter van mediation?

Samenvatting: De medewerker treedt op 23 september 2019 in dienst bij Securitas B.V. (Securitas). Op 17 januari 2024 meldt werknemer zich ziek. Vanaf 14 mei 2024 heeft Securitas het loon van werknemer opgeschort. De werknemer vordert betaling van loon vanaf 14 mei 2024. De kantonrechter wijst deze (loon)vordering af.

In het kader van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer heeft de bedrijfsarts in een drietal adviezen aangegeven dat er gesprekken tussen werknemer en Securitas tot stand dienen te worden gebracht en dat als dit niet zal leiden tot goede afspraken, mediation kan worden ingezet. Tussen werknemer en Securitas heeft op 15 maart 2024 een gesprek plaatsgevonden. Dit was zonder resultaat. Werknemer heeft een second opinion bij een andere bedrijfsarts gevraagd, maar gebruik-

gemaakt van zijn blokkeringsrecht.¹ Door het blokkeringsrecht kon de kantonrechter zijn oordeel alleen baseren op de hiervoor genoemde adviezen van de bedrijfsarts van Securitas. Nu het gesprek tussen de werknemer en Securitas geen positief resultaat had, diende conform de adviezen van de bedrijfsarts zo spoedig mogelijk mediation te worden opgestart. De werknemer weigerde echter medewerking te verlenen aan mediation.

De kantonrechter overweegt, onder verwijzing naar een arrest van het hof Den Haag,² dat het voeren van gesprekken en het meewerken aan mediation tot de re-integratieverplichtingen van de werknemer kunnen behoren. Nu de werknemer nog geen medewerking had gegeven aan het advies van de bedrijfsarts om mediation in te zetten, handelde de werknemer in strijd met zijn re-integratieverplichtingen en was Securitas op grond van art. 7:629 lid 3 BW gerechtigd het loon stop te zetten. Securitas had echter niet gekozen voor een loonstop maar voor een loonopschorting. De kantonrechter gaat hier niettemin pragmatisch mee om door te oordelen dat nu een loonopschorting een minder ingrijpende maatregel is dan een loonstop, Securitas gerechtigd was voor deze sanctie te kiezen, hetgeen immers inhoudt dat het opgeschorte salaris zal worden nabetaald zodra de werknemer alsnog aan zijn re-integratieverplichtingen zal voldoen.

[Eiser], wonende te [woonplaats],
eiser
nader te noemen: [eiser],
gemachtigde: mr. S. Buzhu,
tegen
Securitas Direct B.V., gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
nader te noemen: Securitas,
gemachtigde: mr. J.M. Vrijaldenhoven.

1. De mondelinge behandeling:

Op 25 juni 2024 zijn voor mr. T.M.A. van Löben Sels, kantonrechter, bijgestaan door de griffier, ter zitting verschenen: Partijen, Securitas verschenen bij [naam 1] en [naam 2], en hun gemachtigden. Partijen hebben hun standpunten mede aan de hand van een pleitnota toegelicht en op elkaars standpunten gereageerd. De kantonrechter sluit de behandeling van de zaak en deelt partijen mee dat hij mondeling uitspraak zal doen. De kantonrechter doet de volgende uitspraak.

2. De gronden van de beslissing

- 2.1. [eiser] is bij Securitas is op 23 september 2019 in dienst getreden als regio manager.
- 2.2. [eiser] heeft zich op 17 januari 2024 bij Securitas ziek gemeld.
- 2.3. Securitas heeft het loon van [eiser] opgeschort vanaf 14 mei 2024.
- 2.4. [eiser] vordert – kort gezegd – veroordeling van Securitas tot betaling van het loon vanaf 14 mei 2024, vermeerderd met rente, wettelijke verhoging en buitengerechtelijke kosten.

1 Een werknemer heeft op grond van art. 7:464 lid 2 onder b BW het recht om het rapport van de second opinion van de bedrijfsarts te 'blokkeren'. Dit betekent dat de inhoud niet mag worden gedeeld met derden, waaronder de primaire bedrijfsarts.

2 Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:250.