

Vergaderjaar 2009–2010

32 465

Het afschaffen van de beperkte opbouw van minimum vakantierechten tijdens ziekte, de invoering van een vervaltermijn voor de minimum vakantiedagen en de aanpassing van enige andere artikelen in de regeling voor vakantie en verlof in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen

1. Inleiding

In 2009 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) uitspraak gedaan in enkele prejudiciële zaken (de gevoegde zaken Schultz-Hoff, C-350/06 en Stringer, C-520/06 alsmede Pereda C-277/08) waarin het Hof werd gevraagd artikel 7 van 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 (PbEG L 2999) («arbeidstijdenrichtlijn») uit te leggen met betrekking tot vakantierechten bij ziekte. Het HvJEG heeft in deze uitspraken artikel 7 van de richtlijn 2003/88/EG zo uitgelegd dat het recht op jaarlijkse vakantie van vier weken met behoud van loon, toekomt aan alle werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand. Ook zieke werknemers die door hun arbeidsongeschiktheid (gedeeltelijk) geen arbeid hebben verricht, hebben volledig recht op de jaarlijkse minimumvakantie met doorbetaling van loon. Door de uitspraken van het HvJEG is een wijziging van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) betreffende de opbouw van minimum vakantieaanspraken bij ziekte noodzakelijk ten einde de Nederlandse wet- en regelgeving in overeenstemming te brengen met de uitleg die het HvJEG geeft aan artikel 7 van voornoemde richtlijn. Dit wetsvoorstel voorziet daarin.

Daarnaast wordt in dit wetsvoorstel de bestaande mogelijkheid van samenloop van periodes van vakantie en ziekte in het BW verduidelijkt in de zin dat duidelijk wordt dat ook tijdens ziekte vakantie opgenomen kan worden. Tevens wordt ter stimulering van het tijdig en met regelmaat opnemen van de minimumvakantie een vervaltermijn voor deze vakantieaanspraken voorgesteld. De regering acht deze (aanvullende) maatregelen nodig om tot een meer evenwichtige balans te komen tussen de opbouw van vakantieaanspraken en een tijdige en regelmatige opname van minimum vakantierechten in het belang van de veiligheid en gezondheid van werknemers.

2. Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd

In deze richtlijn worden regels gesteld aangaande de arbeids- en rusttijden met het oog op de veiligheid en gezondheid van werknemers. In artikel 7 van de richtlijn wordt aangegeven welke norm in acht genomen moet worden ten aanzien van de minimum vakantierechten.

Artikel 7 van de richtlijn 2003/88/EG bepaalt over de jaarlijkse vakantie¹:

1. 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.

2. De minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband.

Arrest Schultz-Hoff/Stringer

In dit arrest ging het om de vraag of een wegens ziekteverlof afwezige werknemer recht heeft om tijdens dat ziekteverlof de jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen, en de vraag of een werknemer die de gehele referentieperiode wegens ziekte afwezig is, bij beëindiging van het dienstverband recht heeft op een financiële vergoeding voor de minimumvakantie als die niet is opgenomen.

In het arrest stelt het HvJEG vast dat artikel 7 van de richtlijn 2003/88/EG een recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon toekent aan alle werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand. Dat betekent dat ook (langdurig) zieke werknemers jaarlijks een recht op ten minste vier weken minimumvakantie met behoud van loon hebben. Het HvJEG geeft in deze uitspraak aan dat de lidstaten zelf in hun nationale recht de voorwaarden voor de uitoefening en tenuitvoerlegging van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kunnen vastleggen, maar dat het ontstaan van dit recht niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk mag worden gesteld (r.o. 28).

Voorts bepaalt het HvJEG dat de richtlijn niet in de weg staat aan nationale bepalingen of gebruiken volgens welke een werknemer die met ziekteverlof is, zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon mag opnemen in een dergelijke periode. Ook geeft het HvJEG aan (r.o.43) dat de richtlijn in beginsel niet in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die voorwaarden voor de uitoefening van het recht op jaarlijkse vakantie stelt, zelfs met inbegrip van het verlies van dit recht aan het einde van een referentieperiode of overdrachtsperiode, mits de werknemer wiens recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon verloren gaat, daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van dat recht gebruik te maken. Het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon mag niet op enig moment vervallen, als de werknemer de vakantie door ziekte niet heeft kunnen opnemen.

Tot slot geeft het HvJEG aan dat als de arbeidsverhouding van een werknemer die ten gevolge van ziekte geen gebruik heeft kunnen maken van het recht op jaarlijkse vakantie wordt beëindigd, hem een financiële vergoeding dient te worden betaald ter hoogte van het salaris dat hem was betaald als hij de vakantie tijdens de arbeidsverhouding had opgenomen (r.o. 62).

¹ De richtlijn geeft de norm voor de minimum vakantie, de zogenaamde wettelijke vakantie.

Arrest Pereda

In dit arrest gaat het om de situatie dat de in de vakantieplanning van de onderneming vastgelegde vakantieperiode samenvalt met een kortduurende arbeidsongeschiktheid als gevolg van een arbeidsongeval dat heeft plaatsgevonden voor die vakantieperiode. Het HvJEG oordeelt in deze casus dat de werknemer het recht heeft om op zijn verzoek en ten einde daadwerkelijk van het recht op jaarlijkse vakantie gebruik te maken, deze op te nemen in een andere periode dan die samenvalt met de periode van ziekteverlof, eventueel zelfs na afloop van de referentieperiode voor de betrokken jaarlijkse vakantie.

De vaststelling van de nieuwe periode die overeenkomt met de duur van de overlapping van de aanvankelijk vastgestelde periode van jaarlijkse vakantie en ziekteverlof kan, aldus het HvJEG, plaatsvinden volgens de nationale regels en procedures voor de vaststelling van vakantie, waarbij rekening wordt gehouden met de verschillende betrokken belangen en met name met dwingend redenen die samenhangen met de belangen van de onderneming (r.o. 22). Als de bedrijfsbelangen zich verzetten tegen toekenning van de door de werknemer voorgestelde nieuwe vakantieperiode, moet de werkgever de werknemer, een andere, door die werknemer voorgestelde periode van jaarlijkse vakantie toekennen zonder bij voorbaat uit te sluiten dat die periode buiten de referentieperiode voor de betrokken jaarlijkse vakantie ligt (r.o. 23). Ook wanneer de nationale wetgeving het opnemen van vakantie tijdens ziekteverlof toestaat, moet aan de werknemer die met ziekteverlof is tijdens de van tevoren vastgestelde (bedrijfs)vakantieperiode, maar in die periode geen vakantie wenst op te nemen, de jaarlijkse vakantie worden toegekend in een andere periode (r.o. 25).

In deze uitspraak herhaalt het HvJEG dat de richtlijn zich niet verzet tegen nationale bepalingen volgens welke een werknemer die met ziekteverlof is, zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon mag opnemen in een dergelijke periode.

3. Huidige bepalingen in het Burgerlijk Wetboek betreffende vakantie

Opbouw van vakantierechten

De uitleg die het HvJEG geeft aan artikel 7 van de richtlijn 2003/88/EG met betrekking tot de aanspraak op minimum vakantierechten strookt niet met de wijze waarop in het BW de opbouw van de minimumvakantie bij ziekte tot op heden is geregeld.

Artikel 7:635, lid 4, van het BW beperkt de aanspraak op vakantie voor langdurig zieke en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers. Een werknemer die wegens ziekte langdurig geen arbeid verricht, bouwt alleen vakantieaanspraken op over de laatste zes maanden van de ziekteperiode. Een werknemer die de bedongen arbeid wegens ziekte slechts gedeeltelijk verricht, krijgt alleen vakantieaanspraken over de tijd dat hij daadwerkelijk arbeid verricht. Het doel van deze beperking was destijds om een sterke opeenstapeling van vakantieaanspraken bij langdurige arbeidsongeschiktheid te voorkomen en de aan ziekte en arbeidsongeschiktheid verbonden kosten voor het bedrijfsleven te beperken (Kamerstukken II 1985/86, 19. 575, nr. 3, pag. 7).

De jurisprudentie van het HvJEG betreft het wettelijke minimum aan vakantiedagen. De uitspraken raken niet de bovenwettelijke vakantiedagen die partijen bij individuele of collectieve arbeidsongeschiktheid hebben afgesproken. Wat betreft de opbouw van bovenwettelijke

vakantiedagen geldt dat bij schriftelijke overeenkomst ten nadele van de werknemer van de voorschriften betreffende de opbouw van vakantie-rechten kan worden afgeweken (art. 7:635, lid 6 BW).

Opnemen van vakantie

In artikel 7:638 van het BW is bepaald dat de werkgever verplicht is om de werknemer ieder jaar in de gelegenheid te stellen de minimumvakantie van tenminste 4 weken (4 maal de overeengekomen wekelijkse arbeidsduur) op te nemen. Het is de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer om vakantie op te nemen. De werknemer is op grond van de wet niet verplicht om vakantie op te nemen. Wel geldt een verjarings-termijn van 5 jaar voor een rechtsvordering tot toekenning van vakantie (voor zowel de minimum als bovenwettelijke vakantiedagen). Het uitgangspunt bij het opnemen van vakantie is dat de werkgever de vakantie vaststelt overeenkomstig de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Dat is alleen anders als de vakantievaststelling is geschiedt bij (collectieve) arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan of de wet (art 7:638, lid 2, van het BW).

Artikel 7:638 BW sluit niet uit dat tijdens ziekte vakantie wordt opgenomen en dat deze aldus opgenomen vakantiedagen worden afgeboekt van de minimum vakantiedagen. In de praktijk komt vakantie-opname tijdens (langdurige) ziekte nagenoeg niet voor, omdat de huidige beperkte opbouw van vakantieaanspraken in geval van arbeidsongeschiktheid in beperkte mate de mogelijkheid geeft om ook tijdens langdurige ziekte gebruik te maken van de minimum vakantie-rechten.

Van het opnemen van vakantie tijdens ziekte moet worden onderscheiden, het verrekenen van ziektedagen met vakantiedagen zoals geregeld in de artikelen 7:636 en 7:637 van het BW. Aan een dergelijke verrekening worden voorwaarden gesteld die duidelijk maken dat de werkgever niet zonder meer ziektedagen als vakantiedagen kan aanmerken. Daarover dient vooraf bij schriftelijke overeenkomst een afspraak te zijn gemaakt (art. 7:637, lid 1, van het BW) of, als dat niet zo is, zal de werknemer in voorkomend geval met het aanmerken van ziektedagen als vakantiedagen moeten instemmen (art. 7:636, lid 1, van het BW). Beide artikelen maximeren het aantal vakantiedagen dat in geval van ziekte kan worden afgeschreven. Per jaar mogen niet meer dan de voor dat jaar overeengekomen vakantiedagen die boven het minimum van artikel 7:634 van het BW uitkomen, worden verrekend met ziektedagen, waarbij in artikel 7:637, lid 1 BW, de verrekening begrensd is tot maximaal de bovenwettelijke vakantiedagen die voor dat jaar zijn overeengekomen.

4. De hoofdlijnen van het wetsvoorstel

Opbouw van vakantie bij ziekte

In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld geen onderscheid meer te maken in opbouw van minimum vakantie-rechten voor zieke en gezonde werknemers. De beperkte opbouw van vakantie-rechten voor gedeeltelijk en geheel arbeidsongeschikte werknemers (artikel 7:635, lid 4, BW) wordt geschrapt. Zieke werknemers krijgen daardoor dezelfde aanspraken op minimumvakantie als andere werknemers, omdat het verwerven van vakantieaanspraak gekoppeld is aan het recht op loon wat ook ingeval van ziekte bestaat (artikel 7:629 BW).

Voor de bovenwettelijke vakantie, die in een individuele of collectieve overeenkomst wordt overeengekomen, kunnen sociale partners zelf afspraken maken betreffende de opbouw bij ziekte.

Opnemen van vakantie bij ziekte

Zoals hiervoor aangegeven sluit de huidige wet vakantieopname tijdens ziekte niet uit, maar in de praktijk komt dit thans nagenoeg niet voor. Voor (gedeeltelijk) zieke werknemers is echter het opnemen van vakantie evenzeer van belang, omdat de recuperatiefunctie van vakantie ook voor zieke werknemers – die in beginsel gehouden zijn tot re-integratie – betekenis heeft. De verplichting van de werkgever om de werknemer in de gelegenheid te stellen om zijn minimum vakantie recht op te nemen geldt dan ook voor alle werknemers, ook voor zieke werknemers.

Werknemers die geheel arbeidsongeschikt zijn voor de bedongen arbeid, zijn in beginsel – als zij daartoe in staat zijn – gehouden om andere (passende) werkzaamheden te verrichten of om mee te werken aan inspanningen gericht op re-integratie. Voor deze re-integrerende «zieke» werknemers heeft vakantie hetzelfde doel als voor gezonde werknemers, namelijk recuperatie: herstellen c.q. uitrusten van verplichtingen voortvloeiend uit de dienstbetrekking, ook al zijn dat andere verplichtingen dan het verrichten van de bedongen (eigen) arbeid. Als de zieke werknemer tijdelijk vrijgesteld wil worden van zijn verplichtingen tot re-integratie dient hij hiervoor vakantie op te nemen, net als de werknemer die tijdelijk wil worden vrijgesteld van zijn arbeidsverplichtingen.

Voor arbeidsongeschikte werknemers die gedeeltelijk hun eigen werk (de bedongen arbeid) kunnen verrichten, zullen bij het opnemen van de minimumvakantie de vakantiedagen voor de gehele arbeidsduur (en niet alleen voor de uren dat er daadwerkelijk arbeid wordt verricht) in mindering gebracht kunnen worden op de minimum vakantie aanspraken. Dit is een logisch gevolg van het vervallen van de beperkte opbouw: tegenover een volledige opbouw van vakantiedagen gebaseerd op de volledige overeengekomen arbeidsduur, ongeacht het aantal uren dat daadwerkelijk arbeid wordt verricht, staat dat, als vakantie wordt opgenomen, ook over de volledige contractuele arbeidsduur vakantiedagen worden opgenomen. Er bestaan nu al enkele CAO's waarin dit zo is geregeld.

De regering acht het van belang dat de mogelijkheid van vakantieopname bij ziekte beter bekend en ook benut zal worden, waarmee duidelijk wordt dat tegenover een volledige opbouw van minimum vakantie rechten bij ziekte staat, dat ook tijdens ziekte vakantie kan worden opgenomen. Daartoe worden enkele wijzigingen aangebracht in de artikelen 7:636, 7:637 en 7:638 van het BW, die ertoe strekken dat duidelijk wordt dat ziekte niet in de weg hoeft te staan aan het opnemen van vakantie noch aan het verrekenen van ziektedagen met vakantiedagen, mits daarbij bepaalde voorwaarden in acht worden genomen.

Voorgesteld wordt een duidelijk onderscheid te maken tussen enerzijds verrekening van vakantiedagen met ziektedagen (art 7:637 BW) en anderzijds het opnemen van vakantie tijdens ziekte c.q. het kunnen laten gelden van ziektedagen tijdens een vastgestelde vakantie als vakantiedagen (art 7:638 BW). Daartoe worden de bepalingen inzake het verrekenen van ziektedagen met vakantiedagen (art. 7:636 en art. 7:637 BW) in één artikel opgenomen. Het bepaalde in art. 7:637, lid 2 BW over ziekte tijdens een vastgestelde vakantie wordt overgebracht naar art. 7:638 BW. In de artikelsgewijze toelichting wordt hier nader op ingegaan.

Stimuleren van vakantieopname

De werkgever is verplicht de werknemer ieder jaar in de gelegenheid te stellen de minimumvakantie (4 weken, zijnde 4 maal de overeengekomen arbeidsduur per week) op te nemen. Voor het opnemen van vakantie is en blijft het uitgangspunt dat de werkgever de vakantie vaststelt overeen-

komstig de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten.

Het initiatief voor vakantieopname gaat uit van de werknemer, voor zover in de vaststelling van de vakantie niet is voorzien bij schriftelijke overeenkomst dan wel bij of krachtens collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Het BW kent geen bepalingen op grond waarvan de werknemer gehouden is om binnen het opbouwjaar of kort daarna zijn opgebouwde minimum vakantiedagen op te nemen (behoudens de verjaringstermijn van 5 jaar in art. 7:642 BW).

Gelet op het belang van tijdige recuperatie door het opnemen van vakantie is het van belang dat alle werknemers met het oog op de veiligheid en gezondheid, gestimuleerd worden om met regelmaat gebruik te maken van hun minimum vakantieaanspraak. De huidige mogelijkheid van (meerjarig) uitstel van de minimum vakantieaanspraken doet naar het oordeel van de regering onvoldoende recht aan het doel en het belang van vakantieopname, te weten tijdige recuperatie.

De regering vindt voor deze opvatting steun in de jurisprudentie van het HvJEG. Volgens vaste rechtspraak beschouwt het HvJEG het recht op vakantie met behoud van loon als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht waarvan niet mag worden afgeweken. In het belang van een doeltreffende bescherming van zijn veiligheid en gezondheid moet een werknemer daadwerkelijk rust kunnen nemen. De rustperiode boet niet aan belang in wanneer hij in een volgende periode wordt genomen (r.o. 31 van het arrest Schultz-Hoff waarbij ook het zogenoemde FNV-arrest (C-124/05) wordt aangehaald). Alleen bij wijze van uitzondering, kan bij het einde van het dienstverband het minimumrecht worden vervangen door een financiële vergoeding. In de huidige vakantiewetgeving ontbreekt echter een stimulans om daadwerkelijk met regelmaat de minimum vakantierechten te effectueren.

Vervaltermijn

Om te bevorderen dat alle (gezonde en re-integrerende) werknemers in het belang van hun veiligheid en gezondheid daadwerkelijk met regelmaat en tijdig recupereren door vakantie op te nemen, wordt een vervaltermijn voorgesteld voor de minimum vakantiedagen. Daarmee kan worden voorkomen dat het opnemen van vakantie voor meerdere jaren wordt uitgesteld met mogelijke gevolgen van uitval wegens overbelasting.

Met een vervaltermijn blijft het uitgangspunt onverlet dat ook voor de zieke werknemer de werkgever de vakantie vaststelt conform de wensen van de werknemer. Ook het HvJEG hanteert dit uitgangspunt, blijkend uit het arrest Pereda waarin het ging om de situatie van een korte ziekte tijdens een vastgestelde bedrjfsvakantie. De werkgever kan dus niet eenzijdig de vakantieperiode voor de (zieke) werknemer vaststellen zonder zijn instemming. Met inachtneming van het uitgangspunt dat de zieke werknemer zelf bepaalt wanneer hij vakantie opneemt, wordt met een vervaltermijn gestimuleerd dat alle werknemers (ook zieke werknemers die re-integreren) daadwerkelijk tijdig hun minimum vakantierecht effectueren. Minimum vakantiedagen die voor het verstrijken van deze vervaltermijn niet worden opgenomen, vervallen. De werknemer dient daar dus rekening mee te houden bij de effectuering van de vakantieaanspraken.

Voorgesteld wordt om een vervaltermijn van zes maanden te hanteren. Concreet betekent een vervaltermijn van zes maanden dat alle werknemers binnen zes maanden na afloop van het kalenderjaar waarin

de minimaanspraak is verworven, hun (resterende) minimum vakantieaanspraken moeten effectueren. Voor situaties van tijdelijke verhindering voor het opnemen van minimumvakantie, waardoor dit minimum niet (volledig) in het opbouwjaar kan worden opgenomen, biedt een termijn van zes maanden na afloop van het opbouwjaar naar het oordeel van de regering voldoende ruimte om deze vakantie alsnog te kunnen benutten. Deze vervaltermijn laat overigens onverlet dat afwijkende maatwerkafspraken (ten gunste van de werknemer) mogelijk zijn. Artikel 7:645 BW laat dergelijke afwijkingen (ten gunste van de werknemer) immers toe. Dergelijke afspraken kunnen zowel op individueel niveau als op het niveau van een CAO worden gemaakt. Het is de verantwoordelijkheid van partijen zelf hoe hier mee om te gaan in het licht van de doelstelling die aan de minimumvakantie ten grondslag ligt.

In 2001 was de *verjaringstermijn* verlengd van 2 naar 5 jaar om de mogelijkheid van verlofsparen te verruimen. Nadien zijn echter diverse andere maatregelen getroffen om arbeid en zorg beter combineerbaar te maken, zoals de invoering van het kortdurend zorgverlof, het langdurend zorgverlof, de verlenging en tegemoetkoming kosten ouderschapsverlof en de levensloopregeling. Daardoor is de mogelijkheid van gebruik van de minimumvakantie voor de combinatie van arbeid en zorg minder noodzakelijk. Bovendien acht de regering het van belang dat de minimumvakantie ook daadwerkelijk benut wordt als vakantie in verband met de veiligheid en gezondheid van werknemers. Van een afkoop van deze minimumvakantie (aanwending voor andere doeleinden) kan ook volgens het HvJEG geen sprake zijn (zie FNV-arrest). De verwachting is dat een vervaltermijn een grotere stimulans biedt voor tijdige vakantieopname omdat deze, behoudens de in de wet gegeven uitzonderingen, niet opzij kan worden gezet. Een (korte) verjaringstermijn kan door de werknemer in principe worden gestuit.

Uitzonderingen op toepasselijkheid van de vervaltermijn

Het HvJEG heeft in het arrest Schultz-Hoff (r.o 43) aangegeven, dat verval van de vakantie mogelijk is mits de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om vakantie op te nemen. Ingevolge artikel 7:638, lid 1, BW is de werkgever verplicht om de werknemer in de gelegenheid te stellen zijn minimumvakantie op te nemen. In beginsel zal dus iedere werknemer zijn minimum vakantie-rechten uit het opbouwjaar vóór 1 juli van het daaropvolgende jaar kunnen effectueren.

Er zijn echter situaties denkbaar dat de werknemer niet in staat is geweest om de minimumvakantie op te nemen. In dat geval, zo is de uitleg van artikel 7 van de richtlijn 2003/88/EG door het HvJEG, mogen de minimum vakantieaanspraken niet vervallen. In verband daarmee wordt een uitzondering voorgesteld voor de situatie dat de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest om zijn minimumvakantie op te nemen. Het gaat hierbij om situaties dat de werknemer gedurende het gehele opbouwjaar en de daarop volgende 6 maanden om medische redenen of in verband met andere bijzondere omstandigheden niet in staat is geweest om zijn minimum vakantie-recht te benutten. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is bijvoorbeeld sprake als het door toedoen van de werkgever niet mogelijk is geweest (voldoende) vakantie op te nemen.

Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij langdurig zieke werknemers die gedurende die periode geheel zijn vrijgesteld van verplichtingen tot re-integratie. Voor hen is re-integratie en daarmee ook recuperatie (in de zin van uitrusten van verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst) niet aan de orde. Het gaat hier om werknemers die om medische

redenen niet in staat zijn de eigen arbeid te verrichten en evenmin andere duurzame benutbare mogelijkheden hebben om naar arbeid terug te keren. Voor de beoordeling en vaststelling van de mogelijkheden voor het verrichten van vervangende arbeid c.q. tot re-integratie geeft de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar de procedure aan. Of er nog duurzame benutbare mogelijkheden zijn om naar de arbeid terug te keren (re-integratie in brede zin) moet blijken uit het oordeel van de bedrijfsarts of arbodienst dat binnen zes weken na de eerste dag van ongeschiktheid wordt opgesteld.

Voor de meeste werknemers zal echter gelden dat zij bij (een dreiging van) langdurige ziekte wel gehouden zijn tot het verrichten van vervangende arbeid c.q. andere re-integratieverplichtingen. Het feit dat een werknemer niet aan zijn re-integratieverplichtingen voldoet, doet daar niet aan af en zal geen effect hebben op de toepassing van de vervaltermijn.

Slechts in uitzonderlijke gevallen zal de werkgever niet gehouden zijn om de werknemer te begeleiden naar een terugkeer naar arbeid, omdat daartoe om medische redenen geen mogelijkheden bestaan. Daarvan zal in ieder geval sprake zijn in situaties zoals omschreven in artikel 2, vijfde lid van het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten (Besluit van 8 juli 2000, Stb. 2000, nr. 307) waarin het evident is dat vanwege zeer beperkte zelfredzaamheid re-integratie niet aan de orde kan zijn.

Voor het verval van de minimum vakantierechten is bepalend of een werknemer zijn minimumrechten heeft kunnen benutten binnen de gehele opbouwperiode inclusief de periode vóór het verstrijken van de vervaltermijn. Naast de hierboven genoemde situatie van ziekte zal slechts in zeer bijzondere omstandigheden geen sprake kunnen zijn van verval van minimum vakantierechten, omdat de werknemer geen vakantie kon opnemen.

De werknemer die redelijkerwijs niet in staat is geweest om vóór het verstrijken van de vervaltermijn van zijn minimum vakantieaanspraak gebruik te maken, zal zijn minimumvakantie op een later tijdstip alsnog moeten kunnen opnemen. Voor deze vakantierechten blijft de verjaringstermijn van 5 jaar (artikel 7:642 BW) van toepassing. Voor werknemers voor wie er geen enkele mogelijkheid bestaat om naar arbeid terug te keren, zullen de resterende minimum vakantieaanspraken bij beëindiging van de dienstbetrekking alsnog uitbetaald moeten worden (zoals bepaald is in het huidige artikel 7:641 van het BW), als zij deze vakantierechten niet of niet volledig hebben gebruikt.

Overgangsrecht

De vervaltermijn is van toepassing op minimum vakantiedagen die vanaf de datum van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel worden opgebouwd. Zo zullen, bij bijvoorbeeld inwerkingtreding op 1-1-2011, de dagen opgebouwd over 2011 op 1 juli 2012 komen te vervallen. De vóór de datum van inwerkingtreding van deze wijziging opgebouwde minimum vakantierechten vallen hier dus buiten. Daarvoor blijft de verjaringsstermijn (art 7:642 BW) gelden.

5. Financiële gevolgen

De invoering van de volledige vakantieopbouw tijdens ziekte leidt tot extra lasten voor werkgevers. De kosten kunnen beperkt blijven omdat vakantie tijdens ziekte mogelijk is en ter stimulering van het opnemen van vakantie, een vervaltermijn voor nieuw opgebouwde minimum vakantiedagen wordt ingevoerd die ook voor re-integrerende werknemers zal

gelden. De kosten beperken zich daardoor tot extra verlofopbouw voor werknemers die op medische criteria volledig arbeidsongeschikt worden verklaard en voor wie de vervaltermijn niet zal gelden (naar schatting bedraagt dit 8000 werknemers). Voor andere werknemers die met ziekte worden geconfronteerd zal de vervaltermijn een stimulans zijn om tijdens de periode van re-integratie gebruik te maken van verlofrechten. De extra kosten voor werkgevers worden geschat op € 30 miljoen. Dit betreft de kosten van de extra minimum vakantiedagen van (zieke) werknemers aan wie de vervaltermijn niet tegengeworpen kan worden en aan wie de extra minimum vakantiedagen uiteindelijk uitbetaald zullen moeten worden bij de beëindiging van het dienstverband indien zij daarvóór geen vakantie meer hebben opgenomen ten laste van hun minimum vakantieaanspraken.

Een informatieverplichting maakt geen onderdeel uit van dit voorstel. De administratieve lasten voor werkgevers nemen als gevolg van dit voorstel dan ook niet toe of af. Op grond van de huidige bepalingen en de verschillen die er gelden tussen enerzijds de minimumvakantie en anderzijds de bovenwettelijke vakantiedagen zullen werkgevers in de registratie van vakantie en verlof onderscheid maken tussen bovenwettelijke en minimum vakantiedagen. Omdat dit onderscheid nu al bestaat is de verwachting gerechtvaardigd dat het wetsvoorstel geen grote aanpassing van bestaande systemen zal vergen.

6. Reactie sociale partners

De centrale werkgevers- en werknemersorganisaties verenigd in de Stichting van de Arbeid zijn in de gelegenheid gesteld om hun visie op het voorstel van wet te geven. Werkgevers en werknemers zijn het niet eens over de aanpassingsrichting. Van werkgeverszijde is naar voren gebracht dat kostenneutraliteit een belangrijke wens is, welke met het voorstel niet bereikt wordt (zie financiële paragraaf). In dat verband is gevraagd een fictie in de wet op te nemen op grond waarvan zou gelden dat een zieke werknemer ten minste de minimumvakantie aanspraak in het opbouwjaar opneemt, tenzij hij kan aantonen dat dat onmogelijk was. In het licht van de hiervoor besproken jurisprudentie is dat echter niet mogelijk. De vakantie dient conform de wens van de werknemer te worden vastgesteld. Door de introductie van een vervaltermijn waarbij de minimum vakantiedagen vervallen indien deze niet tijdig worden opgenomen, is het opnemen van een dergelijke fictie ook niet noodzakelijk. De werknemer zal zijn minimum vakantiedagen (uit het voorgaande jaar) vóór het verstrijken van de vervaltermijn moeten opnemen, op straffe van verval. Van verval zal alleen dan geen sprake zijn als de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest zijn vakantie op te nemen. In zijn effect komt dat nagenoeg overeen met in de wet (de fictie) vastleggen dat iedere (zieke) werknemer geacht wordt tenminste zijn minimumvakantie in het opbouwjaar op te nemen, tenzij hij kan aantonen dat dit onmogelijk was.

Vanuit de werknemersorganisaties is als belangrijkste bezwaar geuit dat zij een vervaltermijn voor alle werknemers te ongericht en te rigoueus vinden en dat een dergelijke termijn zich niet verdraagt met de in 2001 ingevoerde verlenging van de verjaringstermijn. Hiervoor is aangegeven waarom gekozen is voor het opnemen van een vervaltermijn met betrekking tot de minimum vakantiedagen. Te weten, werknemers te stimuleren daadwerkelijk en tijdig hun vakantie op te nemen en daarmee uitval wegens overbelasting te voorkomen. Daar is de minimumvakantie ook voor bedoeld. In 2001 was de verjaringstermijn verlengd van 2 naar 5 jaar om de mogelijkheid van verlofsparen te verruimen. Nadien zijn echter diverse andere maatregelen getroffen om arbeid en zorg beter combineerbaar te maken, zoals de invoering van het kortdurend zorgverlof, het

langdurend zorgverlof, de verlenging en tegemoetkoming kosten ouderschapsverlof en de levensloopregeling. Daardoor is de mogelijkheid van gebruik van de minimumvakantie voor de combinatie van arbeid en zorg minder noodzakelijk. Verder zij opgemerkt, dat het partijen vrij staat (op collectief of individueel niveau) om afspraken te maken die ertoe strekken dat dagen niet komen te vervallen c.q. een langere vervalltermijn in acht te nemen. Het is de verantwoordelijkheid van partijen zelf hoe hier mee om te gaan in het licht van de doelstelling die aan de minimumvakantie ten grondslag ligt.

De regering meent dat met het huidige voorstel van wet een evenwichtige balans is gevonden tussen de belangen van werkgevers en werknemers.

Artikelsgewijs

Artikel I

Onderdeel A, onder 1

Deze wijziging houdt verband met het vervallen van artikel 7:635, lid 4, van het BW waardoor ook de verwijzing naar arbeidsongeschiktheid kan komen te vervallen in lid 1, onderdeel d.

Onderdeel A, onder 2

Met het vervallen van artikel 7:635, lid 4 wordt bereikt dat de beperkte vakantieopbouw bij ziekte komt te vervallen. In het huidige lid 4 is geregeld dat er geen vakantieopbouw plaatsvindt voor de tijd gedurende welke een werknemer niet aan zijn re-integratie verplichtingen bij ziekte voldoet. Ook dit voorschrift kan komen te vervallen omdat zulks al volgt uit artikel 7:629, lid 3, waarin is bepaald dat de werknemer in dat geval geen recht op loon heeft, juncto artikel 7:634 waarin is bepaald dat de werknemer geen vakantie opbouwt over perioden waarin er geen recht op loon is.

Met de verwijzing in het nieuwe lid 5 naar de leden 1 tot en met 4 van artikel 7:635 wordt een omissie hersteld en ziet het nieuwe lid 5 ook op de jeugdige werknemer, bedoeld in het nieuwe lid 4. Deze omissie was het gevolg van de Invoeringswet arbeid en zorg waarin ten onrechte geen verwijzing naar dat lid was opgenomen.

Onderdelen B en C

Met deze wijzigingen komt de verrekeningsmogelijkheid van bovenwettelijke vakantiedagen met ziektedagen van de werknemer (mits hij daarmee in voorkomend geval instemt) in artikel 7:636 te vervallen (onderdeel B). Dit voorschrift wordt verplaatst naar artikel 7:637, lid 1.

Met het nieuwe lid 1 van artikel 7:637 wordt geregeld dat verrekening van ziektedagen met bovenwettelijke vakantiedagen slechts kan indien de werknemer daarmee in voorkomend geval instemt, zoals thans in het huidige artikel 7:636, lid 1 is geregeld. In artikel 7:637, lid 2 wordt geregeld dat, in afwijking van het bepaalde in lid 1, bij schriftelijke overeenkomst kan worden bepaald dat ziektedagen worden aangemerkt als vakantie-dagen voor zover het bovenwettelijke dagen betreft die voor dat jaar zijn overeengekomen (onderdeel C, onder 1).

Het huidige lid 2 van artikel 7:637 dat ziet op ziekte tijdens een vastgestelde vakantie, wordt verplaatst naar artikel 7:638 (nieuw lid 8).

De aanpassing van 7:637, lid 3 betreft een technische wijziging die voortvloeit uit de wijziging van artikel 7:637 en 7:638 (onderdeel C, onder 2). Toepassing van lid 1 van artikel 7:637 valt niet onder de werking van lid 3 omdat de beperking «voor dat jaar» niet geldt voor lid 1.

Onderdeel D

Omdat artikel 7:638 ook van toepassing is op zieke werknemers en omdat een zieke werknemer over het algemeen tijdens ziekte geen arbeid verricht, wordt in lid 3 «geen arbeid behoeft te verrichten» vervangen door «vakantie kan opnemen» (onderdeel 1).

In het nieuwe lid 8 van artikel 7:638 is het huidige lid 2 van artikel 7:637 in aangepaste vorm opgenomen. Lid 2 is verplaatst naar artikel 7:638 omdat het gaat om ziekte tijdens een vastgestelde vakantie. Over het vaststellen van vakantie stelt artikel 7:638 regels. De aanpassing houdt in dat indien een werknemer tijdens een vastgestelde vakantie ziek is, ziektedagen als vakantiedagen kunnen worden aangemerkt, mits hij hiermee instemt. Voor zover het bovenwettelijke vakantiedagen betreft kan dit ook bij schriftelijke overeenkomst worden bepaald. Dit laatste voorschrift is gelijkkluidend aan het huidige lid 2, tweede zin, van artikel 7:637.

Nieuw is dus dat dagen waarop de werknemer tijdens een vastgestelde vakantie ziek is, ook kunnen gelden als vakantiedagen die ten laste van het minimum kunnen worden afgeboekt, mits de werknemer hiermee instemt. Het maakt daarbij niet uit of het een individuele vakantie is of een collectief vastgestelde vakantie.

Onderdelen E en F

In onderdeel E wordt een vervaltermijn opgenomen. Deze termijn dient ertoe om regelmatige en tijdige opname van minimumvakantie te stimuleren, ook door werknemers die ziek zijn en voor wie re-integratieverplichtingen gelden. Uitsluitend voor werknemers die redelijkerwijs niet in staat zijn om vakantie op te nemen geldt de vervaltermijn niet. Indien deze minimum vakantieaanspraken niet vervallen dan geldt de verjaringstermijn die is opgenomen in artikel 642. Deze verjaringstermijn geldt ook voor bovenwettelijke vakantiedagen. Door het woord «onverminderd» in artikel 7:642 op te nemen wordt verduidelijkt dat voor minimum vakantieaanspraken die niet onder de vervaltermijn van artikel 7:640a vallen, alsmede de bovenwettelijke dagen waarop de vervaltermijn geen betrekking heeft, de verjaringstermijn van artikel 7:642 geldt. Zie verder de artikelsgewijze toelichting onder «Artikel II» en paragraaf 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting, onder «*Uitzonderingen op toepasselijkheid van de vervaltermijn*».

Artikel II

Voorgesteld wordt om de vervaltermijn (zie toelichting onderdelen E en F) alleen van toepassing te laten zijn op minimum vakantieaanspraken die zijn verworven na inwerkingtreding van deze wet. Minimum vakantieaan-

spraken die zijn verworven vóór de inwerkingtreding van deze wet vallen niet onder de vervaltermijn. Voor deze vakantieaanspraken geldt de verjaringstermijn van 5 jaar (artikel 7:642).

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
J. P. H. Donner

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin