

Europeesrechtelijke achtergronden bij de ‘zieke’ Nederlandse vakantiewetgeving

Schultz-Hoff and beyond



Saskia Peters
VvA 18-11-2010



OUTLINE

- 📄 **Probleem: Nederlandse vakantieregeling versus Richtlijn 2003/88/EG**
- 📄 Nederlandse regeling
- 📄 Richtlijn 2003/88/EG
- 📄 Jurisprudentie HvJ EU (*Schultz-Hoff*, *Stringer* en *Pereda*) en gevolgen daarvan voor de Nederlandse vakantiewetgeving
- 2. **Wat kunnen Nederlandse werknemers hiermee zolang Nederlandse wetgeving niet is aangepast?**
- 📄 Via richtlijnconforme uitleg
- 📄 Beroep op ‘bovenliggend’ algemeen beginsel van gemeenschapsrecht? (*Kücükdeveci/Swedex*)
- 📄 Andere opties? (*Francovichen*’; beroep op art. 7:611; art. 6:248 BW)

Probleem: Nederlandse vakantieregeling versus RI. 2003/88

a. Nederlandse regeling

Art. 7:634 BW:

- Wettelijk minimum van 20 vakantiedagen per jaar; dwingend recht (art. 7:645)

Uitzondering in art. 7:635 lid 4 BW:

- zieke werknemer bouwt slechts vakantiedagen op over de laatste zes maanden van de ziekteperiode
- Ratio?

b. Richtlijn 2003/88/EG van 4 november 2003
betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de
arbeidstijd, PbEU 2003, L 299/9.

Artikel 7

Jaarlijkse vakantie

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.

c. Jurisprudentie HvJ EU

Schultz-Hoff (HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, JAR 2009/58)

Staat de richtlijn in de weg aan:

1. een verbod in de nationale wetgeving om tijdens ziekte vakantie op te nemen?
 2. een nationale bepaling die bepaalt dat het recht op vakantie vervalt na een bepaalde referentieperiode, ook als men tijdens die hele referentieperiode ziek is geweest?
 3. een nationale bepaling volgens welke een werknemer bij einde dienstverband geen recht heeft op een financiële vergoeding ter zake van niet-opgenomen vakantiedagen, als hij tijdens de gehele of deel referentieperiode ziek is geweest?
- Als werknemer niet in staat is om vakantiedagen op te nemen omdat hij ziek is, dan kunnen die dagen niet vervallen of verjaren (zolang de ziekte duurt).
- Want... doel.

c. Jurisprudentie HvJ EU

Stringer e.a. (HvJ EG 20 januari 2009, zaak C-520/06, JAR 2009/58)

1. Nationale wetgeving mag bepalen dat zieke werknemer geen recht heeft vakantie op te nemen tijdens zijn ziekteverlof.
2. Voorwaarde: werknemer kan in een andere periode zijn vakantiedagen opnemen.
3. Daarbij mag een overdrachtsperiode worden gecreëerd waarin bedoelde werknemer zijn vakantie alsnog kan opnemen.
4. Maar: als werknemer door ziekte zijn vakantie niet kan opnemen, ook niet in overdrachtsperiode, dan moet hem *bij einde ao* een vergoeding worden betaald.

c. Jurisprudentie HvJ EU

Pereda (HvJ EG 10 september 2009, zaak C-277/08, JAR 2009/253)

- Volgens de Spaanse wet wordt in elke onderneming een vakantieplanning opgesteld met daarin de vakantieperiode.
 - Wat indien werknemer ziek is tijdens die vakantieperiode (of een van tevoren vastgestelde bedrijfsvakantie)?
- Werknemer moet daadwerkelijk van zijn recht op jaarlijkse vakantie gebruik kunnen maken.

d. Gevolgen Eur. jurisprudentie voor Nederlandse vakantiewetgeving

- Volgens het Hof mogen lidstaten *het ontstaan* van het recht op jaarlijkse vakantie niet van enige voorwaarde afhankelijk stellen (*Schultz-Hoff*, r.o. 28).
 - Een beperking van de opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte is daarmee onverenigbaar.
 - Ergo: Nederlandse vakantieregeling is in strijd met de richtlijn.
- Is dit dan nieuw? Nee! *BECTU* (HvJ EG 26- juni 2001, zaak C-173/99, *Jur.* 2001, p. I-04881).

2. Wat kunnen Nederlandse werknemers hiermee zolang Nederlandse wetgeving niet is aangepast?






a. Via richtlijnconforme uitleg

In horizontale verhoudingen hebben richtlijnen slechts indirecte werking – via de nationale implementatiewetgeving

Wat indien implementatiewetgeving niet juist?

- doctrine van de richtlijnconforme interpretatie
 - (*Marleasing*, HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, Jur. 1990, p. I-4135).
- zitten wel grenzen aan deze verplichting voor nationale rechter ...

Factoren die reikwijdte verplichting tot richtlijnconforme uitleg bepalen:

-  Grens wordt minder snel bereikt als het gaat om bewuste implementatiewetgeving.
-  Uit te leggen bepaling niet geïsoleerd bekijken, maar het nationale recht in zijn geheel bezien.
-  Geen uitleg contra legem.
-  'Binnen het kader van zijn bevoegdheden' → taakverdeling tussen rechter en wetgever respecteren.
-  Rechtszekerheidsbeginsel en verbod van terugwerkende kracht.

Toepassing factoren op art. 7:635 lid 4 BW

Ad. 1: vakantieregeling in het BW is niet opgesteld ter implementatie van art. 7 Richtlijn; maar zie wel opmerking Nederlandse wetgever.

Ad. 2 en 3: bepaling zien in het licht van gehele vakantieregeling? Volgens Ktr. Utrecht 14 oktober 2009, LJN: BK0017, RAR 2010/12; JAR 2009/280 wél. Anders: Hof Amsterdam 10 november 2009, LJN: BK4648, JAR 2010/13.
Ktr. Utrecht: beroep werkgever op 635 lid 4 is in strijd met goed werkgeverschap en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar .

Ad. 4 en 5: specifieke en bewuste afwijking van algemene minimumnorm van 634 leidt tot strijd met taakverdeling en rechtszekerheidsbeginsel.

B. Geen beroep op richtlijn, maar op algemeen beginsel van gemeenschapsrecht?

B.1 Uitstapje naar *Kücükdeveci/Swedex*

(HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, TRA 2010, 42)

Over Duitse regeling opzegtermijn: dienstjaren die werknemer vóór leeftijd van 25 heeft vervuld, tellen niet mee.

Hof:

-Leeftijdsdiscriminatie;

-Veel interessanter: vraag waaraan in casu getoetst moest worden: aan het primaire EU-recht dan wel aan de betreffende richtlijn (Kaderrichtlijn 2000/78/EG)?

Toetsing aan het primaire EU-recht dan wel aan de richtlijn?

-Richtlijnen geen directe werking in horizontale verhoudingen.

-Duitse rechter stelde dat de Duitse regeling niet richtlijnconform kon worden uitgelegd.

→Dan lijkt alleen een Francovich-vordering nog open te staan voor de werknemer.

→Aanlokkelijker alternatief: *doctrine van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht.*

Doctrine van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht

Swedex:

-Het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd is een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht (art. 19 VWEU, art. 21 Handvest van de grondrechten jo. art. 6 VEU).

-Dit beginsel is niet in richtlijn zelf neergelegd, maar wordt daarin *nader uitgewerkt*. Rechter moet aan dit algemene beginsel toetsen en daarmee strijdige nationale wetgeving *buiten beschouwing laten*. NB Vergelijk *Mangold*.

-Geen substituerende, maar 'slechts' uitsluitende werking.

Ergo: wat moet de nationale rechter doen volgens het Hof:

- hij moet de nationale regeling *toetsen aan het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht* (non-discriminatie), zoals uitgewerkt in de richtlijn – het is dus niet de richtlijn zelf, maar een algemeen beginsel van EU-recht dat horizontaal doorwerkt; en
- indien de regeling daarmee *strijdig én niet voor richtlijnconforme interpretatie vatbaar* is, moet hij de strijdige nationale regeling buiten beschouwing laten – dus geen ‘substituerende’ werking, maar uitsluitende werking.

B.2 Vervolgvraag is dan:

In hoeverre is het **recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon** vergelijkbaar met beginsel van non-discriminatie?

Vraag is dus of in richtlijn 2003/88 een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is geconcretiseerd dat zich kan lenen voor 'uitsluitende horizontale werking'.

Erkende algemene beginselen: non-discriminatie op grond van leeftijd, geslacht en nationaliteit (vrij verkeer); recht op privacy (uitgewerkt in Richtlijn bescherming persoonsgegevens (Richtlijn 95/46/EG))

*Voor erkenning lijken zonder meer in
aanmerking te komen:*

- Andere beginselen van gelijke behandeling:
andere specifieke discriminatieverboden die door
richtlijnen worden uitgewerkt, dus (naast leeftijd
en geslacht), bijvoorbeeld ook handicap
(Kaderrichtlijn 2000/78) en ras (Richtlijn 2000/43
gelijke behandeling ras of etnische afstamming).

PLUS mogelijk erkenning van andere in het Handvest van de grondrechten van de EU opgenomen rechten als algemene beginselen

Zoals: Het *‘recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon’* (art. 31 lid 2 Handvest)!

Wat pleit vóór deze mogelijkheid?

- expliciete verwijzing naar het Handvest in *Swedex*;
- status van het Handvest;
- vakantie erkend als *‘bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht’* (*Pereda*)

Kanttekeningen:

- Vakantie met behoud van loon duidelijk een lichter beginsel dan dat van non-discriminatie (EVRM, 'gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten').
- Ook niet zeker of enkele feit dat richtlijn een algemeen beginsel concretiseert automatisch tot toepassing Swedex-mechanisme leidt.
- Vraag is of een algemeen beginsel wel steeds oplossing kan bieden voor een concreet geschil voor nationale rechter.

Conclusie:

- Het Hof plaveit in *Swedex*-arrest de weg voor erkenning van meer algemene beginselen van gemeenschapsrecht, waar dus door werknemers (jegens hun werkgever) een beroep op kan worden gedaan en waardoor meer richtlijnen dus per saldo horizontaal effect zullen krijgen.
- Dat lijkt in ieder geval te kunnen gebeuren voor andere discriminatiegronden dan m/v, nationaliteit en leeftijd.

C. Andere opties? ('*Francovich*'; beroep op art. 7:611; art. 6:248 BW)

C.1 Francovich

HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich*).

Bij schending EU-recht die aan een lidstaat kan worden toegerekend en waardoor particulieren schade lijden, moeten die particulieren de mogelijkheid hebben om schadevergoeding van de lidstaat te krijgen.

Belangrijkste voorwaarden voor aansprakelijkheid staat:

- a. Het door de richtlijn voorgeschreven resultaat moet de toekenning van rechten aan particulieren inhouden.
- b. Inhoud van die rechten moet kunnen worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn.
- c. Causaal verband tussen schending van de op de staat rustende verplichting en de door benadeelde personen geleden schade.

→ Wordt in casu aan voldaan. Als gevolg van 635 lid 4 BW lopen werknemers vakantiedagen (in tijd of in geld) mis, als zij langer dan zes maanden achter elkaar ziek zijn.

C. 2 Goed werkgeverschap of art. 6:248 lid 2 BW?

Volgens Ktr. Utrecht mogelijk.

Lastig, want gaat hier om:

- helder geformuleerde uitzonderingsbepaling;
- met duidelijk eenduidige uitvoering in de praktijk, geheel conform bedoeling Nederlandse wetgever.

We weten na *Schultz-Hoff* dat:

- substantiële verandering Nederlandse recht nodig is om tot een richtlijnconform resultaat te komen (schrappen 7:635 lid 4);
- die verandering valt buiten de taak van de rechter (is taak wetgever).

→ ‘Weg’ lezen wettelijke bepaling m.b.v. redelijkheid en billijkheid komt dan neer op het op indirecte wijze aan werkgevers opleggen van verplichtingen uit de richtlijn.

→ Bovendien komt rechtszekerheid daarmee in het geding (vertrouwen in ‘Europa-proof’ regeling).

Wellicht anders voor ‘post-Schultz ziektegevallen’:

- rechtszekerheidsbeginsel verzet zich niet (/minder);
- zekere spanning met EU-uitgangspunt dat aan particulieren geen richtlijnverplichtingen kunnen worden opgelegd, maar dat is uitgehold na *Swedex*;
- ligt voor de hand te anticiperen op het Nederlandse wetsvoorstel.

Verder lezen?

- D.F. Berkhout, Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen, ArA 2010/2.
- D.F. Berkhout, Het Schultz-Hoff-arrest: nooit te ziek voor vakantie, TAP 2009/3.
- K. Boonstra, Vakantieverlof moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair recht, TRA 2010, 19.
- J.H. Jans, 'De doorwerking in de nationale rechtsorde van het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht', in: Sociale zekerheid voor het oog van de meester. Opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam, Kluwer 2006.
- S.S.M. Peters, Leeftijdsdiscriminatie in nationale ontslagregeling – welke rol is weggelegd voor de rechter?, TRA 2010/4, 42.
- S.S.M. Peters & E.J.A. Franssen, Vakantierechten van zieke werknemers na Schultz-Hoff: wie betaalt de Europese rekening?, TRA 2010, 22.
- P.C. Vas Nunes, Küçükdeveci: een wake-up call, TAP 2010/4.
- H. de Waele & I. Kieft, De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht. De stand van zaken na het arrest Küçükdeveci, NTER 2010/5.