

131. Vakantie in tijden van corona

MR. DRS. J.R. VOS¹

De coronacrisis heeft grote impact op de economie. Ondernemers zien inkomsten wegvallen en moeten maatregelen nemen, onder andere op arbeidsrechtelijk vlak. Naast zaken als looncompensatie gaat het daarbij ook om het strategisch inzetten van arbeidsproductiviteit. In dit artikel onderzoek ik de mogelijkheden om hierbij de vakantie in te zetten.

Inleiding

In het eerste kwartaal van 2020 is de wereld getroffen door het coronavirus. Dit heeft geleid tot *lockdowns*: het platleggen van het maatschappelijk verkeer en daarmee grote delen van de economie. Dit leidt tot problemen voor werkgevers. De vraag is of (en hoe) zij die het hoofd kunnen bieden. Weliswaar heeft de regering de nodige maatregelen in het leven geroepen, maar het is de vraag of die toereikend zijn, zeker als de coronacrisis voortduurt.

In de arbeidsrechtpraktijk spelen momenteel de nodige vragen over vakantie. Het komt voor dat werknemers hun geplande vakantie willen intrekken, om alsnog op vakantie te gaan zodra de maatregelen zijn opgeheven. Voor werkgever spelen er bedrijfseconomische belangen bij. Vakantieplanning is een manier voor het beheersen van arbeidsproductiviteit. Huidige of toekomstige drukte maken dat vakantie nu of later ongewenst kan zijn. Tegen deze achtergrond spelen de volgende vragen, die ik in dit artikel behandel:

- Kan een werkgever eenzijdig vakantiedagen vaststellen?
- Kan een werknemer een reeds vastgestelde vakantie wijzigen of (laten) intrekken?
- Kan een werkgever een door de werknemer gevraagde vakantie weigeren?
- Kan een werkgever een vakantieplanning afdwingen?

De eerste vraag is met enige regelmaat bediscussieerd.² De huidige omstandigheden en bredere ontwikkelingen in het afgelopen decennium vormen aanleiding tot heroverweging. Met name is het zaak om breder te kijken dan naar art. 7:638 BW alleen. De tweede vraag is bij mijn weten nooit heel duidelijk beantwoord. De derde vraag is aan bod gekomen in de wetsgeschiedenis en sporadisch ook in jurisprudentie. Op dat vlak is het tijd voor een update over de stand van zaken. Voordat we de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie beschouwen, moeten we echter naar de Europese stand van zaken kijken.

Een aantal andere vakantie- en daaraan aanverwante zaken komt in deze bijdrage niet aan bod. Zo zal ik geen aandacht besteden aan de (on)mogelijkheid tot het opnemen van anti-oppotbedingen.³ Evenmin komen andere vormen van verlof, plus- en minuren en afwijkingen in cao's aan de orde.

Tot slot nog een opmerking over het 'eenzijdig vaststellen' van vakantie. Ik doel hiermee op manieren die de werkgever heeft om te realiseren dat een werknemer vakantie opneemt op door de werkgever gewenste tijdstippen. Dat kan op verschillende manieren. In de eerste plaats kan een werkgever de vakantie simpelweg vaststellen. In de tweede

¹ De tekst van dit artikel werd afgesloten op 23 april 2020; met latere ontwikkelingen kon geen rekening meer worden gehouden.

² Zie bijv. G.C. Boot en J.H. Lange, 'De nieuwe wet vakantie en ouderschapsverlof', *ArbeidsRecht* 2001/10; H.J. Funke, 'De nieuwe vakantiewetgeving: een reactie', *ArbeidsRecht* 2001/39; C.J. Loonstra, 'Laat de praktijk het maar uitzoeken. Over de nieuwe vakantiewet', *Sociaal Recht* 2001, p. 323-324; M.M. Olbers, 'Mislukte flexibilisering van de vakantiewetgeving', *SMA* 2001, p. 5-13; R.L. van Heusden, 'Vakantiedagen en "anti-oppotregelingen": een kwestie van uitleg(?)', *SMA* 2008, p. 361-371; S.A.H. Bouman, 'Vaststelling van vakantiedagen: de wens van de werknemer, of niet?', *ArbeidsRecht* 2011/31; J.R. Vos, 'Cash of costa: aanpak van vakantiestuwmeren', *TAP* 2012, p. 199-203 en, uitvoerig, J.R. Vos, *Cash of costa. De aanpak van vakantiestuwmeren nader bezien*, Den Haag: Boom Uitgevers 2012, p. 28-41. Ook verschillende commentarenbundels en handboeken besteden aandacht aan deze vraag.

³ Zie hiervoor bijv. N.M. Cuppen en M. van den Eeckhout, 'De (on)mogelijkheid tot het laten vervallen van bovenwettelijke vakantiedagen: oplossingen gezocht!', *TAP* 2020/132 in ditzelfde nummer.

plaats kunnen er situaties zijn waarin een werknemer tegen diens wil gehouden is toch vakantie op te nemen. Strikt genomen is dan geen sprake van eenzijdig vaststellen, maar toch valt dit wat mij betreft onder dezelfde categorie.

Europeesrechtelijke aspecten

Vaststellen van vakantie Europees geoorloofd?

Allereerst kort aandacht voor Europeesrechtelijke aspecten. Het recht op vakantie staat zowel in art. 31 lid 2 van het Handvest Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) als art. 7 van Richtlijn (EG) nr. 2003/88 (hierna: de Richtlijn) van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2003, L299.⁴ In de arresten *Bauer en Max-Planck* heeft het Hof van Justitie aan art. 31 lid 2 van het Handvest horizontale rechtstreekse werking toegekend.⁵ Als gevolg hiervan heeft het bepaalde in art. 7 van de Richtlijn en de jurisprudentie hierover van het Hof van Justitie rechtstreekse werking in relaties tussen particulieren.⁶

Art. 7 lid 1 van de Richtlijn schrijft voor dat lidstaten de nodige maatregelen treffen opdat aan werknemers een vakantie van ten minste vier weken wordt toegekend, ‘overeenkomstig de in nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.’ Ondanks dit citaat mogen lidstaten aan de totstandkoming van het recht op vakantie zelf geen voorwaarden stellen.⁷ Dit citaat ziet enkel op de concrete omstandigheden waarin werknemers gebruik mogen maken van hun recht op vakantie. EU-lidstaten mogen dus alleen uitvoeringsmodaliteiten vaststellen. De manier waarop vakantie wordt vastgesteld is zo’n uitvoeringsmodaliteit.

Het Hof van Justitie lijkt de wijze van het vaststellen van vakantie (met inbegrip van weigering ervan) aan de lidstaten te laten. Dit onderwerp stond nog niet expliciet ter discussie. Het Hof heeft zich gebogen over verschillende zaken waarin op de achtergrond een collectieve vakantie speelde, doorgaans gebaseerd op een cao.⁸ In algemene

zin heeft het verder overwogen dat lidstaten bij uitstrek de mogelijkheid hebben in de vaststelling van vakantie met allerhande belangen rekening te houden, mits die maar niet leiden tot verval van het recht op vakantie.⁹ Dat is alles wat ‘Europa’ hierover tot dusver heeft geregeld. In Nederland heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ooit gesteld dat uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat vakantie in beginsel conform de wens van de werknemer moet worden vastgesteld,¹⁰ maar dat lijkt onjuist.

Verder heeft het Hof van Justitie meermaals overwogen dat de verplichtingen uit de richtlijn niet zo ver gaan dat werkgevers hun werknemers zouden moeten *verplichten* vakantie op te nemen.¹¹ Dit zegt echter niets over werkgevers die dit wel willen.

‘Europa’ lijkt het vaststellen van vakantie dus toe te staan. Wel past daarbij een kanttekening. Volgens het Hof van Justitie is het doel van vakantie tweeledig, namelijk ‘de werknemer in staat stellen uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken.’¹² In dit kader suggereerde A-G Bot in zijn conclusie bij het *Max-Planck*-arrest dat een werknemer in de laatste periode van zijn arbeidsovereenkomst geen vakantie kan genieten, als hij nog geen nieuwe baan heeft.¹³ Ook in de coronacrisis kun je betwijfelen of vakantie in een periode van ontspanning en vrije tijd kan voorzien. De meest traditionele bestedingen van vakantie zijn immers aan banden gelegd. Tegelijk valt er ook veel te zeggen voor het juist nu opnemen van vakantie (‘staycation’). Bovendien lijkt het erop dat de vakantie-mogelijkheden nog lang beperkt blijven en moeten we met ‘het nieuwe normaal’ en de ‘anderhalvemeter-samenleving’ (leren) leven. Die beperking neemt bovendien niet weg dat ontspanning en vrije tijd nog steeds mogelijk zijn, alleen moeten we die tijd voorlopig anders invullen. Daarbij komt dat vakantie idealiter in het referentiejaar wordt opgenomen.¹⁴ Tot slot nam het Hof van Justitie in zijn uiteindelijke arrest voornoemde suggestie van A-G Bot niet over.¹⁵ Europeesrechtelijk lijkt het daarom mogelijk vakantie zo nodig vast te stellen of te weigeren (mits de vakantie dan op een ander moment wordt vastgesteld).

4 Richtlijn (EG) nr. 2003/88, *PbEG* 2003, L299, p. 9.

5 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*) en HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck*).

6 Zie hierover uitvoerig J.R. Vos, ‘Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht’, *ArA* 2019, afl. 2, p. 50-80.

7 HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356 (*BECTU*).

8 Voorbeelden: HvJ EG 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*), HvJ EU 21 juni 2012, C-78/11, ECLI:EU:C:2012:372 (*AN-GED*) en HvJ EU 21 februari 2013, C-194/12, ECLI:EU:C:2013:102 (*Maestre García*).

9 Arrest *Max-Planck*, punt 34-38. In arrest *Vicente Pereda*, punt 22, benadrukte het HvJ EU zelfs dat met name met dwingende redenen die samenhangen met de belangen van de onderneming rekening moet worden gehouden. Die overweging lijkt echter mede ingegeven door de context van cumulatie van vakantie en ziekte.

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

11 HvJ EG 7 september 2006, C-484/04, EU:C:2006:526 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*), punt 43, en HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck*), punt 44.

12 Zie bijv. HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff*), punt 25.

13 Conclusie A-G Bot bij arrest *Max-Planck*, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:338, punt 61. Zie hierover uitgebreider: J.R. Vos, ‘Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht’, *ArA* 2019, afl. 2, p. 50-80 (in het bijzonder p. 66-67).

14 HvJ EG 6 april 2006, C-124/05, ECLI:EU:C:2006:244 (*FNV/Staat der Nederlanden*), punt 30. Weliswaar overweegt het Hof ook dat het belang niet inboet als vakantie later wordt opgenomen, maar de boodschap is duidelijk.

15 HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874, C-684/16 (*Max-Planck*).

Wettelijke en bovenwettelijke aanspraken: een juridisch én psychologisch verschil

Een ander punt is het verschil tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantieaanspraken. Het Handvest en de Richtlijn zien enkel op de wettelijke vakantie van vier weken, voor bovenwettelijke vakantieaanspraken mogen EU-lidstaten afwijken.¹⁶ Afwijking is in Nederland door art. 7:645 BW alleen maar zeer beperkt mogelijk. De wet behandelt wettelijke en bovenwettelijke aanspraken zoveel mogelijk gelijk.¹⁷ In de vorige paragraaf legde ik uit dat ‘Europa’ de mogelijkheden tot eenzijdige vaststelling van vakantie in principe niet beperkt – en dat ziet dus op de wettelijke vakantie. Niettemin heb ik de indruk dat het verschil tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantie in de praktijk ook doorwerkt in situaties waarin de verschillen strikt genomen juridisch niet relevant zijn.

Als de ideeën die ik in dit artikel opper hun weg gaan vinden in de praktijk, sluit ik niet uit dat de werking ervan zal worden beperkt tot de omvang van de bovenwettelijke vakantieaanspraken, zoals dit bijvoorbeeld is geformuleerd in art. 7:637 lid 3 BW. Wel neemt de werknemer volgens de wetsgeschiedenis in principe als eerste die vakantiedag op die het eerst voor verval (art. 7:640a BW) of verjaring (art. 7:642 BW) in aanmerking komt.¹⁸ In de regel is dit dan een wettelijke dag. Daar is niet veel mis mee, maar het is belangrijk dit te beseffen. Zo blijft het dan op grond van art. 7:640 BW bijvoorbeeld nog steeds mogelijk (enkel) bovenwettelijke vakantie af te kopen.¹⁹

Kan de werkgever eenzijdig vakantie vaststellen?

In deze paragraaf behandel ik de vraag of en zo ja, in hoeverre, de werkgever mogelijkheden heeft vakantie eenzijdig vast te stellen of een vaststelling tegen de wil van de werknemer af te dwingen.

Art. 7:638 lid 2 BW luidt:

‘Voorzover 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 of de wet, stelt de werkgever de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie vast overeenkomstig de wensen van de werknemer tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Indien de werkgever niet binnen twee weken nadat de werknemer zijn wensen schriftelijk heeft kenbaar gemaakt, schriftelijk aan de werknemer gewichtige redenen heeft aangevoerd, is

de vakantie vastgesteld overeenkomstig de wensen van de werknemer.’

De wensen van de werknemer zijn dus leidend als (cao-) partijen niet anders geregeld hebben.²⁰ De wet biedt geen expliciete grond dan toch vakantie af te dwingen.²¹ Tegen deze achtergrond zijn in de literatuur drie manieren ontwikkeld waarop dit toch mogelijk zou zijn:

- Je kunt art. 7:638 lid 2 jo. lid 3 BW zo interpreteren dat een werkgever vanwege een ‘gewichtige reden’ vakantie kan vaststellen.
- Je kunt betogen dat de betekenis van in de vaststelling van vakantie ‘voorzien bij schriftelijke overeenkomst’ ruim is op te vatten.
- Je kunt betogen dat werknemers op grond van art. 7:611 BW vakantie moeten opnemen.

Voor opties (i) en (ii) is het afgelopen decennium weinig veranderd. Ik bespreek deze dan ook kort. Meer aandacht besteed ik aan de derde optie, omdat ik meen dat hier ruimte zit. Tot slot introduceer ik een vierde optie: een wijziging van de vakantieregeling middels een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding. In zowel de derde als de vierde optie rijst ook de vraag hoe belangen van de werknemer en de werkgever moeten worden afgewogen. Daarnaast is het de vraag hoe deze opties zich tot elkaar verhouden. De rest van deze paragraaf ziet dan ook op deze vragen.

Vaststelling op grond van gewichtige redenen

In het verleden is gesuggereerd dat een werkgever vakantie zou kunnen vaststellen op grond van gewichtige redenen. Art. 7:638 lid 2 BW werd dan zo gelezen dat de werknemer de wens had geen vakantie op te nemen, waarna de werkgever dit vanwege gewichtige redenen kon doen. De wetgever heeft de gewichtige redenen echter geïntroduceerd voor de situatie waarin de werkgever het de werknemer wil beletten vakantie op te nemen. Deze optie lijkt daarom onmogelijk.²²

Ruime interpretatie van ‘voorzien bij schriftelijke overeenkomst’

Deze discussie draait om de vraag waarin men volgens art. 7:638 lid 2 BW precies moet voorzien bij een (collectieve) arbeidsovereenkomst. Grofweg zijn hier twee kampen te ontwaren. Het eerste kamp betoogt dat men de frase ‘voorzien bij schriftelijke overeenkomst’ ruim moet interpreteren.²³ In het uiterste geval betekent dit dat de arbeidsovereenkomst een bepaling zou kunnen bevatten als: ‘De werkgever stelt de vakantie van werknemer vast.’ Het wat mij betreft belangrijkste argument tegen deze interpretatie is dat deze lijnrecht ingaat tegen de bedoeling van de wetge-

16 HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken C-609/17 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (TSN).

17 Zie hierover uitvoeriger mijn annotatie bij het TSN-arrest (AR Updates 2019-1258). Cuppen en Van den Eeckhout 2020, a.w. bepleiten in dit kader een wetswijziging die het verval van bovenwettelijke vakantieaanspraken mogelijk moet maken.

18 Kamerstukken I 2010/11, 32465, nr. C, p. 5-6. Een leuke vraag daarbij is overigens of een dag pas voor verval of verjaring in aanmerking komt nadat een werkgever de Max-Planck-aanzegging heeft gedaan.

19 Zie wel de terechte nuance in H.J. Funke, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:640 BW, C.1 en art. 7:634 BW, C.5, Den Haag: Sdu 2019.

20 G.C. Boot en J.H. Lange, ‘De nieuwe wet vakantie en ouderschapsverlof’, *ArbeidsRecht* 2001/10.

21 M.M. Olbers, ‘Mislukte flexibilisering van de vakantiewetgeving’, *SMA* 2001, afl. 1, p. 5-13.

22 Zie uitgebreider J.R. Vos, ‘Cash of costa: aanpak van vakantiestuwmeren’, *TAP* 2012, p. 201 en J.R. Vos, *Cash of costa: de aanpak van vakantiestuwmeren nader bezien*, 2012, p. 32-35 met verwijzingen aldaar.

23 Zie bijv. H.J. Funke, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:638 BW, C.2, Den Haag: Sdu 2019 en verwijzingen aldaar.

ver met deze bepaling. Die was namelijk het initiatief tot het nemen van vakantie bij de werknemer neer te leggen. Dat initiatief moet een werkgever vervolgens niet te makkelijk kunnen wegcontracteren.²⁴

Het tweede kamp, waar ik mijzelf onder schaar, vat de bepaling strikter op.²⁵ Zo meent Olbers bijvoorbeeld dat de wetgever slechts bedrijfsvakanties voor ogen had.²⁶ Zelf heb ik in het verleden een andere, doch eveneens beperkte interpretatie bepleit. Die houdt in dat het voor een werknemer vooraf duidelijk moet zijn welke of hoeveel dagen zijn werkgever mag vaststellen. Een bepaling als ‘*De werknemer neemt zijn vakantiedagen in juli op*’ of ‘*De werkgever stelt jaarlijks in overleg met de ondernemingsraad vijf vakantiedagen vast*’ is in die optiek toegelaten.²⁷ Argument tegen deze benadering is dat de wettekst het strikt genomen wel toelaat dat partijen bij schriftelijke overeenkomst afwijken van de wijze waarop vakantie wordt vastgesteld.

Ook de (schaarse) jurisprudentie op dit punt is wisselend.²⁸ Mijn mening op dit punt is niet veranderd, maar ik sluit niet uit dat de praktijkjurist in de huidige situatie zo nodig gehoor zal vinden bij de rechter. Een poging waard dus, mits de arbeidsovereenkomst of cao aanknopingspunten biedt.

Vaststelling op grond van het goed werknemerschap

Stand van zaken

Ten derde kan een werknemer op grond van het goed werknemerschap gehouden zijn vakantie op te nemen. Blijkens de wetsgeschiedenis gaat het hier om een uitzonderingssituatie. Uitgangspunt is de regeling van art. 7:638 lid 2 BW. Daar kwam bij dat een van de achterliggende doelen van de aanpassing van de vakantiewetgeving was de werknemer in de gelegenheid te stellen verlof te sparen.²⁹ Vaststelling van vakantie op grond van het goed werknemerschap was volgens de minister slechts in uitzonderingsgevallen mogelijk. Als geen afspraken waren gemaakt en het niet-opnemen van vakantie ten koste ging van het functioneren van

de werknemer, kon de werkgever de werknemer aanspreken op zijn goed werknemerschap. Dit was afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval en uiteindelijk aan de rechter.³⁰ In de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 32465, dat leidde tot de huidige vakantiewetgeving, kwam de mogelijkheid tot vaststelling op grond van art. 7:611 BW andermaal aan de orde. Volgens de minister was het niet nodig expliciet te verlangen dat een werknemer zijn minimaal aanspraak opneemt. Blijkens art. 7:640a BW kwam die immers zes maanden na afloop van het jaar te vervallen. De minister herhaalde hierbij dat een werkgever het een werknemer niet kon verplichten vakantie op te nemen anders dan bijvoorbeeld bij cao voorgeschreven (de bedrijfsvakantie).³¹

Uit de wetsgeschiedenis komt dus het beeld naar voren dat de procedure in art. 7:638 lid 2 BW uitgangspunt is. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling geweest via art. 7:611 BW een alternatieve, reguliere weg naar het ‘afdwingen’ van vakantie te bewerkstelligen.³² Die is er enkel in bijzondere omstandigheden (zie een aantal voorbeelden hierna). Uit de de wetsgeschiedenis en jurisprudentie valt niet goed op te maken hoe een vaststelling op grond van art. 7:611 BW tot stand komt. Het lijkt logisch eerst een dialoog aan te gaan. Een werkgever zal zijn werknemer(s) moeten verzoeken vakantie op te nemen. Als werknemers dit weigeren, kan de werkgever de rechter verzoeken te oordelen dat zij (op grond van het goed werknemerschap) vakantie zullen opnemen, bijvoorbeeld op straffe van een dwangsom. Denkbaar, maar mijns inziens minder wenselijk, is ook dat werkgevers die vakantie eenzijdig vaststellen zonder tussenkomst van de rechter.

Volgens Kantonrechter Rotterdam kan een vaststelling van vakantie tegen de wens van werknemer in op grond van het goed werknemerschap of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid rechtsgeldig zijn. In de concrete casus – het ging om het opnemen van vakantie in de context van beëindiging van het dienstverband – zag hij daar evenwel geen ruimte voor.³³ Verdere jurisprudentie op dit punt ontbreekt.³⁴ De mogelijkheden om vakantie op grond van het goed werknemerschap vast te stellen lijken dus beperkt.

Kan er meer? Art. 7:611 BW als directe rechtsbron

Als je in tijden van crisis ruimere mogelijkheden wilt benutten, biedt art. 7:611 BW de meeste ruimte. Als uitwerking van de redelijkheid en billijkheid binnen de arbeidsovereenkomst heeft dit artikel in het arbeidsrecht een bijzondere positie.³⁵ Zo biedt art. 7:611 BW de mogelijkheid nieuwe

24 Zie uitgebreider J.R. Vos, ‘Cash of costa: aanpak van vakantiestuwmeren’, *TAP* 2012, p. 200 en J.R. Vos, *Cash of costa: de aanpak van vakantiestuwmeren nader bezien*, 2012, p. 30-32 met verwijzingen aldaar.

25 Zie bijv. G.C. Boot en J.H. Lange, ‘De nieuwe wet vakantie en ouderschapsverlof’, *ArbeidsRecht* 2001/10 en C.J. Loonstra, ‘Laat de praktijk het maar uitzoeken. Over de nieuwe vakantiewet’, *Sociaal Recht* 2001, p. 323-324.

26 M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst Plus (losbladig)*, art. 7:638 BW, Deventer: Kluwer 2001.

27 J.R. Vos, ‘Cash of costa: aanpak van vakantiestuwmeren’, *TAP* 2012, p. 200.

28 Argumenten voor een ruime(re) interpretatie kunnen worden ontleend aan Rb. Rotterdam (ktr.) 20 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0274, *RAR* 2007/72 en Rb. Utrecht (ktr.) 16 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK8474, «JAR» 2010/32. Argumenten tegen de ruime interpretatie kunnen worden gevonden in Rb. Alkmaar (ktr.) 15 maart 2006, ECLI:NL:RBALK:2006:AX3985, *RAR* 2006/116 en Rb. Utrecht (ktr.) 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3789, «JAR» 2011/307 m.nt. Funke. Zie verder ook J.R. Vos, ‘Cash of costa: aanpak van vakantiestuwmeren’, *TAP* 2012; S.S.M. Peeters, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:638 BW, aant. 2.2 (online, bijgewerkt 10 februari 2020), inclusief verwijzingen naar jurisprudentie en H.J. Funke, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:638 BW, C.2, Den Haag: Sdu 2019.

29 *Kamerstukken II* 1997/98, 26079, nr. 3, p. 11.

30 *Kamerstukken I* 1999/00, 26079, nr. 176, p. 11.

31 *Kamerstukken II* 2010/11, 32465, nr. 6, p. 4 en p. 7.

32 S.S.M. Peeters, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:638 BW, aant. 1.2, Deventer: Kluwer 2020, voegt hieraan toe dat dit te meer geldt nu art. 7:640a BW in de vervaltermijn voorziet.

33 Rb. Rotterdam (ktr.) 20 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0274, *RAR* 2007/72, r.o. 7-8.

34 Rb. Utrecht (ktr.) 16 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK8474, «JAR» 2010/32 haalt art. 7:611 BW wel aan, maar zag op de vraag of de werkgever zich als goed werkgever op een in de cao omschreven bevoegdheid tot vaststellen van vakantie mocht beroepen.

35 G.J.J. Heerma van Voss, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst* 2015/56.

ontwikkelingen in het arbeidsrecht te incorporeren³⁶ en heeft het een rechtscheppende werking.³⁷ De eenzijdige wijziging op basis van het goed werknemerschap, de introductie van de verzekeringsplicht voor bepaalde verkeersongevallen die buiten het bereik van art. 7:658 BW vielen, re-integratie van gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers, de verplichting tot het verrichten van overwerk, alle zijn ze gebaseerd op het goed werknemerschap.³⁸ Ook in het afgelopen jaar is de rechtscheppende werking van art. 7:611 BW springlevend gebleken. Zo zijn de verplichting tot het beëindigen van slapende dienstverbanden³⁹ en de gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst⁴⁰ in meerdere of mindere mate op art. 7:611 BW gebaseerd. Niet zelden ging het om ‘verlengstukken’ van bestaande wetgeving in situaties waarin de wet – al dan niet bewust – geen specifieke oplossing bood. Voor een verzoek tot het opnemen van vakantie op grond van art. 7:611 BW is dit niet anders. Dit geldt te meer nu de huidige omstandigheden niet normaal zijn. Ik meen dus dat art. 7:611 BW reeds nu ruimte biedt voor maatwerk en breder getrokken kan worden dan de ‘noodsituaties’ die de minister voorstond. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan situaties waarin werknemers thuis zitten en niet kunnen werken, maar waarin het afdwingen van vakantie voor een werkgever het verschil kan zijn tussen overleven of faillissement. Ook denkbaar is dat werkgevers ‘afdwingen’ dat werknemers een aantal bovenwettelijke vakantiedagen opnemen in bijvoorbeeld het eerste halfjaar. Als een werkgever er een gerechtvaardigd belang bij heeft dat een werknemer vakantie opneemt dat het belang van de werknemer dat niet te doen overstijgt, zou art. 7:611 BW grond moeten zijn het opnemen van vakantie af te dwingen. Niettemin zal het uiteindelijk draaien om de omstandigheden van het geval. Zie daarvoor de paragraaf ‘Belangenafweging’ hierna.

De waarde van wetsgeschiedenis en de kamerbrief

De kritische lezer vraagt zich wellicht af of ik de wetsgeschiedenis hiermee niet al te gemakkelijk opzijschuif. Ik meen dat dit meevalt. Natuurlijk, wetsgeschiedenis is een belangrijk instrument bij de toepassing van wetgeving. Dat betekent alleen niet dat deze doorslaggevend is. Niet de wetsgeschiedenis, maar de wet bindt ons. Er zijn veel zowel praktische als principiële argumenten tegen een al te doorslaggevende rol van wetsgeschiedenis aan te voeren. De waarde van wetsgeschiedenis is dan ook contextgebonden en afhankelijk van meerdere factoren, zoals van wie de betreffende uiting afkomstig is, het verloop van tijd, opvat-

tingen, etcetera.⁴¹ In dit kader meen ik dat de wetsgeschiedenis van de vakantiewetgeving veelal voorbeelden bevat en geen limitatieve opsomming.⁴² Hierbij komt dat al deze opmerkingen niet aan de betekenis van art. 7:611 BW (en de betekenis van de wetsgeschiedenis over dát artikel) in de weg staan.

In hun onderzoek naar de invloed van wetsgeschiedenis op de Wwz-rechtspraak karakteriseren Bennaars, Diepenbach en Jovovic wetsgeschiedenis in het arbeidsrecht als ‘alle-mansvriend’. Niettemin ontwaren zij twee algemene richtlijnen: bij onduidelijkheden in de parlementaire geschiedenis is de betekenis ervan beperkt, en uitingen in de Kamer ná inwerkingtreding van een wet hebben geen bijzondere betekenis.⁴³

Dit laatste is bijzonder relevant gelet op de kamerbrief met beantwoording van verschillende vragen over de NOW van 10 april 2020.⁴⁴ Op pagina’s 21 en 22 behandelt de minister enkele vragen van de PvdA- en SGP-fractie over werkgevers die hun werknemers verplichten vakantiedagen op te nemen. De minister antwoordt hierop dat het mogelijk is dat er collectieve vakantie-afspraken gelden, zoals in het onderwijs of de bouw. Eveneens kan de werkgever op grond van de afspraken in de arbeidsovereenkomst de werknemer verzoeken verlofdagen op te nemen. Als uitgangspunt heeft echter te gelden dat de werknemer bepaalt wanneer hij vakantie wil genieten, zonder dat de werkgever ‘dwang’ kan uitoefenen. In zoverre herhaalt de minister de geldende leer. Voor bovenwettelijke vakantieaanspraken zou anders mogen worden afgesproken. Die stelling is nieuw en mijns inziens ongegrond. In het licht van de conclusie van Bennaars, Diepenbach en Jovovic kunnen we dus ook de betekenis van de kamerbrief op het gebied van vakantie relativeren.⁴⁵

Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst kan een middel zijn vakantie eenzijdig vast te stellen

Wat we mijns inziens wel uit de wetsgeschiedenis mogen afleiden is datgene dat de wettelijke regeling rechtstreeks

36 G.J.J. Heerma van Voss, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst* 2015/58.

37 P.A. Hogewind-Wolters en W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:611 BW, C.1.2, Den Haag: Sdu 2019 en *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, nr. 3, p. 15.

38 Zie voor een uitvoerig overzicht P.A. Hogewind-Wolters en W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:611 BW, C.1.2, Den Haag: Sdu 2019.

39 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*), zie bijv. annotatie A.R. Houweling (AR 2019-1182).

40 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*).

41 Zie reeds P. Scholten, *Asser Algemeen deel* * 1974/11 en ook uitvoerig J.B.M. Vranken, *Asser Algemeen deel* ** 1995, p. 141-154.

42 Zie ook H.J. Funke, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:638 BW, C.2, Den Haag: Sdu 2019. Funkes stelling is overigens iets specifiekier toegespitst op een aantal concrete voorbeelden.

43 J.H. Bennaars, M. Diepenbach & M. Jovovic, ‘De wetsgeschiedenis als bron van rechtsvinding in het arbeidsrecht (I)’, *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2017, p. 118-126.

44 Koolmees, W. Rijksoverheid, Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid: Beantwoording Kamervragen over NOW, 2020-0000052689, 10 april 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/regering/bewindspersonen/wouter-koolmees/documenten/kamerstukken/2020/04/10/beantwoording-kamervragen-over-now>.

45 Van Slooten concludeert in gelijke zin over de interpretatie van de minister van art. 7:628 BW. Zie: J.M. van Slooten, ‘De NOW: een loonsubsidie-regeling met enkele strategische aspecten’, *Ondernemingsrecht* 2020/XII, par. 6.

ondersteunt. Dat betekent dat de procedure van art. 7:638 lid 2 BW *in beginsel* leidend is, maar dat er situaties zijn waarin de werknemer op grond van art. 7:611 BW gehouden kan zijn vakantiedagen op te nemen.⁴⁶ Daar zal de werkgever in principe om moeten verzoeken. Vervolgens biedt art. 7:611 BW de ruimte tot maatwerk. Zeker in de coronacrisis.

Wijziging van de arbeidsovereenkomst

Een andere mogelijkheid vakantie eenzijdig vast te stellen is door middel van wijziging van de arbeidsovereenkomst. De wet biedt die optie via art. 7:613 BW en, in uitzonderlijke gevallen, art. 6:248 lid 2 en 258 BW. Die mogelijkheden bestaan ook als een werkgever de vakantieregeling wil wijzigen, waarbij overigens zij opgemerkt dat voor invoering of wijziging van een vakantieregeling instemming nodig is van de ondernemingsraad (art. 27 lid 1 sub b WOR). De mogelijkheid is bovendien expliciet erkend in de wetsgeschiedenis. In de memorie van toelichting bij de eerste introductie van de vakantiewetgeving had de Minister (toen nog van Justitie) gesteld dat een wijziging van het vastgestelde tijdvak van vakantie niet mogelijk was via het instructierecht (destijds art. 1639b BW (oud)).⁴⁷ Na vragen van Kamerleden erkende de minister echter dat het mogelijk was dat werkgevers naast wijziging van de vaststelling van vakantie eveneens het arbeidsreglement (art. 1637k BW (oud) – de voorloper van ons huidige art. 7:613 BW) konden wijzigen, mits de werkgever dan maar eventueel door de wijziging geleden schade zou vergoeden.⁴⁸

Een eenzijdige wijziging van de vakantieregeling is dus mogelijk. Die kan er op verschillende manieren uitzien. Een werkgever kan een vakantieregeling introduceren, een bestaande regeling wijzigen of incidenteel een aantal dagen verplichtstellen.

De lezer mist in de uiteenzetting wellicht de *Stooff/Mammoet*-leer over de individuele wijziging van de arbeidsovereenkomst.⁴⁹ Dat arrest gaat in essentie (onder meer) over de vraag wat van een goed werknemer op grond van art. 7:611 BW mag worden verwacht. Omdat datzelfde art. 7:611 BW al een zelfstandige grond is voor het vaststellen van vakantie (zie de paragraaf ‘Vaststelling op grond van het goed werknemerschap’) meen ik dat voor de *Stooff/Mammoet*-toets als zodanig geen ruimte bestaat in het eenzijdig vaststellen voor vakantie. Concreet gevolg daarvan is mijns inziens dat een werkgever niet per se de procedurestappen uit *Stooff/Mammoet* hoeft te doorlopen als hij vakantie wil vaststellen op grond van het goed werknemerschap.

Zwaarwichtig belang en aanleiding voor de wijziging

Art. 7:613 BW vereist dat de werkgever een zwaarwichtig belang heeft. Ik wijs hierbij op het *Fair Play*-arrest van de

Hoge Raad.⁵⁰ Daaruit volgt dat het ‘voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede [wordt] bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.’ Door deze omarming van de ‘relatieve benadering’ lijkt de horde van het zwaarwichtig belang te zijn verlaagd.⁵¹ Dat is van belang voor regelingen rondom vakantie, waarvoor een zwaarwichtig belang in de absolute benadering voor de werkgever nog wel eens een lastig te nemen horde kon zijn. De door de coronacrisis veroorzaakte problemen moeten in dit zwaarwichtig belang worden meegewogen. Ook in de boek-6-gronden is het de vraag in hoeverre de coronacrisis aanleiding vormt tot aanpassing van bestaande contractuele afspraken. In het licht van de onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW meent Tjittes dat de coronacrisis (indien een contract niet in pandemieën voorziet) als onvoorziene omstandigheid heeft te gelden,⁵² al houden Drion,⁵³ Schelhaas en Spanjaard⁵⁴ zich meer op de vlakte. Dan resteert nog een beroep op art. 6:248 lid 1 of 2 BW (afhankelijk van de toepasselijke bepalingen). In de regel geldt die toets als zwaarder dan art. 7:613 BW, maar in tijden van crisis zijn ook deze bepalingen het overwegen waard.⁵⁵

Belangenafweging

Of nu sprake is van een wijziging van de arbeidsovereenkomst, of een vaststelling op grond van art. 7:611 BW, uiteindelijk zal de rechter de betrokken belangen moeten afwegen. Veel zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Maar ook hier speelt een aantal algemene factoren. In de eerste plaats is daar het karakter van de arbeidsvoorwaarde vakantie. Niet zelden associëren we eenzijdige wijziging met stevige nadelige gevolgen voor werknemers, zoals loonsverminderingen of wijziging van een bonusregeling, leaseregeling of pensioen. Deze kunnen in de jurisprudentie (terecht) rekenen op een stevige toets. Vakantiedagen zijn in die zin ‘lichter’ en dat zou je in algemene zin terug moeten zien in de belangenafweging.

Hier komt bij dat doorgaans geen sprake zal zijn van het ontnemen van het recht op vakantie. Veelal zal het gaan om het verplicht (vervroegd) genieten ervan. Dat wil niet zeggen dat die vrije keuze geen waarde heeft. Integendeel, blijkens de wetsgeschiedenis moet de waarde van een vakantiedag

46 Zie de voorbeelden hierboven en de paragraaf ‘Belangenafweging’ hierna.

47 *Kamerstukken II* 1962/63, 7168, nr. 3, p. 8.

48 *Kamerstukken II* 1965/66, 7168, nr. 5, p. 5.

49 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, «JAR» 2008/204 (*Stooff/Mammoet*).

50 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, «JAR» 2020/11 (*Fair Play Centers*) m.nt. Cancian-van Ballegooien.

51 Zie in gelijke zin HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, «JAR» 2020/11 (*Fair Play Centers*) m.nt. Cancian-van Ballegooien, alsmede L.A.J. Kuijpers en R.C. Akkermans, ‘Het eenzijdig wijzigingsbeding na het *Fair Play*-arrest’, *TAP* 2020/46, p. 9 en E. Wies en A.M. Westerduin in hun noot bij hetzelfde arrest in «JIN» 2020/19. Zie terughoudender J.J.M. de Laat, ‘Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarde(n)’, *TRA* 2020/15.

52 Tjittes, R.P.J.L. *Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel*, 9 april 2020, <https://www.barentskrans.nl/nieuws/commerciële-contracten-en-corona-uitgangspunt-50-50-verdeling-nadeel/>.

53 C.E. Drion, ‘Corona en het recht’, *NJB* 2020/761.

54 H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *NJB* 2020/881.

55 H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *NJB* 2020/881.

worden gesteld op het recht op loon en daarbij de (onbepaalde) waarde op het recht op vrijaf.⁵⁶ Goed pleitbaar is dat het recht op vrijaf meer waard is als de werknemer het moment van vakantie zelf kan bepalen, mede in het licht van de door het Hof van Justitie gepropageerde periode van ontspanning en vrije tijd. Anderzijds wordt die waarde wellicht genuanceerd door het feit dat die mogelijkheden voor ontspanning en vrije tijd ook zijn afgenomen (zie ook de paragraaf ‘Vaststellen van vakantie Europees geoorloofd?’ hierboven). Van het zonder meer ‘afnemen’ van een recht is echter geen sprake.

Van het zonder meer ‘afnemen’ van een recht is bij het eenzijdig vaststellen van vakantie geen sprake

Tot slot is daar de *hindsight bias*. Over een tijd zal misschien blijken dat de gevolgen van de coronacrisis zijn meegevallen (of juist helemaal niet). Maar net als voor de regering geldt op dit moment dat werkgevers hun beslissingen moeten nemen met (zeer) beperkte kennis. Dit betekent niet dat men niet van werkgevers mag verwachten dat zij hun strategie zo nodig aanpassen, maar wel dat begrip mag worden getoond voor een zekere *ex tunc*-benadering. Uiteindelijk hangt de kans van slagen evenwel vooral af van de concrete omstandigheden van het geval. De volgende gezichtspunten en factoren zouden hierbij bijvoorbeeld een rol kunnen spelen (uiteraard is deze lijst niet limitatief):

- De (financiële) situatie van de werkgever: hoe nijpend is de situatie? Kan de werkgever een geslaagd beroep doen op de tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW) en in welke mate? Tegelijkertijd hoeft het niet om een *last resort* te gaan, zo volgt uit de relatieve benadering van het zwaarwichtig belang.
- De impact van de maatregelen: gaat het om een nieuwe vakantieregeling of om het incidenteel vaststellen van een aantal vakantiedagen? Om hoeveel vakantiedagen gaat het en hoe verhoudt zich dat tot het totaal? Raakt de maatregel alleen bovenwettelijke vakantiedagen (Europees gezien hoeft dit dus niet)?
- Flexibiliteit: heeft de werknemer nog enige keuze vakantiedagen naar eigen inzicht op te nemen? Bijvoorbeeld: ‘neem drie dagen op vóór 1 juni’?
- Verzachtende maatregelen: zijn deze getroffen? Bijvoorbeeld vijf vakantiedagen voor de ‘prijs’ van vier?
- Overleg: heeft de werkgever overleg gevoerd? Heeft de OR ingestemd met het voorstel (zie ook de WOR-verplichting)?
- Noodzaak: zijn er mogelijkheden om thuis wél werk te verrichten?
- Verwachtingen: wat is de verwachte werkdruk na afloop van de thuisisolatie? Kan deze een gewichtige reden gaan vormen voor het weigeren van vakantie?

- Voldoen de maatregelen (tot op zekere hoogte) aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit?
- Persoonlijke omstandigheden: zijn er werknemers die voor het najaar al een grote vakantie hebben geboekt, of vakantiedagen willen gaan inzetten voor bijvoorbeeld een verhuizing of de geboorte van een kind?

Individueel of collectief?

Voor welk anker moet de werkgever die vakantie wil vaststellen nu gaan liggen? Allereerst: zoals volgt uit mijn betoog meen ik dat de toetsingsmaatstaf tussen art. 7:613 BW enerzijds en art. 7:611 BW anderzijds niet wezenlijk zou moeten verschillen. Ik meen dat aansluiting bij hetgeen de Hoge Raad in *Stoof/Mammoet* overwoog hier aanknopingspunten biedt. Een werkgever zal in collectieve gevallen veeleer voor de weg van art. 7:613 BW (of art. 6:248 en art. 6:258 BW) (moeten) kiezen. Ook in een individueel geval kan een werkgever echter belang hebben bij een beroep op art. 7:613 BW. Het voordeel is dan immers dat de werkgever in principe kan overgaan tot de wijziging van de vakantieregeling. Het is dan aan de werknemer zich tot de rechter te wenden, als hij het er niet mee eens is.

De werkgever zonder eenzijdig wijzigingsbeding kan zich in een individueel geval beroepen op art. 7:611 BW. Voor collectieve gevallen lijkt dit lastig, nu een beroep op art. 7:611 BW gelet op de wetsgeschiedenis vooral bedoeld lijkt voor individuele gevallen. In collectieve gevallen zal de werkgever zonder eenzijdig wijzigingsbeding dus belanden bij art. 6:248 of 258 BW.

Tussenconclusie

In deze paragraaf kwamen de mogelijkheden aan de orde om tegen de wil van de werknemer in vakantie vast te (laten) stellen. Die ruimte is beperkt, zo volgt uit het systeem van art. 7:638 lid 2 BW. Niettemin meen ik dat er wel enige mogelijkheden liggen. Het meest reëel zijn deze in een ruime interpretatie van art. 7:638 lid 2 BW, vaststelling op grond van het goed werknemerschap ex art. 7:611 BW en de eenzijdige wijziging ex art. 7:613 BW. Wel geldt voor alles dat jurisprudentie op dit vlak schaars (art. 7:638 lid 2 en 7:611 BW) of non-existent (art. 7:613 BW) is.

Intrekken van een reeds vastgestelde vakantie

Een tweede vraag is of een werknemer een reeds vastgestelde vakantie kan intrekken of wijzigen. Met wederzijds goedvinden is dit uiteraard mogelijk. In andere gevallen is de vraag wat rechtens heeft te gelden.

De wetsgeschiedenis suggereert dat een vastgestelde vakantie in principe vaststaat. Als reden voor het opnemen van wat nu art. 7:638 lid 5 BW is – de mogelijkheid om een reeds vastgestelde vakantie wegens gewichtige redenen te wijzigen – gaf de wetgever aan dat de werkgever hiertoe een expliciete grond nodig had, omdat een vastgestelde vakantie anders niet te wijzigen zou zijn.⁵⁷ Zoals beschreven erkende de minister later de mogelijkheid van wijziging

⁵⁶ Kamerstukken II 1989/99, 26079, nr. 5, p. 12.

⁵⁷ Kamerstukken II 1962/63, 7168, nr. 3, p. 8.

van het arbeidsreglement, maar een werknemer kan zich hierop niet beroepen. Vastgesteld is dus vastgesteld, is het uitgangspunt.

Het goed werkgeverschap kan in de weg staan aan het vasthouden aan de vastgestelde vakantie

Je kunt op drie manieren proberen onder de vaststelling uit te komen. In de eerste plaats kun je art. 7:638 lid 2 BW zo interpreteren dat de vakantie niet conform de wens van de werknemer is vastgesteld. Dat miskent alleen dat dit in eerste instantie wel degelijk zo is geweest. Dit argument heeft enige basis in de jurisprudentie. Het Hof Amsterdam overwoog dat het vasthouden aan een (eventuele) afspraak over vakantie tegen de wens van de werknemer in niet past bij de strekking van het bepaalde in art. 7:638 BW.⁵⁸ De zaak lijkt echter te atypisch om breder te trekken. Het betrof een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, waar de werkgever meende dat tegenover de verleende vrijstelling van werk stond dat alle vakantiedagen werden geacht te zijn genoten, iets dat de werkneemster van meet af aan ontkende. Tegen die achtergrond valt de overweging van het hof moeilijk te veralgemeniseren. Logischer lijkt de overweging van het Hof Arnhem-Leeuwarden dat een werknemer in verband met onvoorziene omstandigheden een vastgestelde vakantieperiode kan wijzigen, maar dat hij dan in overleg zal moeten treden met zijn werkgever.⁵⁹

Een tweede mogelijkheid is art. 7:638 lid 5 BW zo te interpreteren dat de werkgever, na overleg met de werknemer – die dus zijn vakantie wil intrekken – het tijdstip van vakantie kan wijzigen. Zowel de wetsgeschiedenis als de tweede zin van die bepaling – het recht op schadevergoeding – maken echter duidelijk dat die bepaling niet voor deze situatie is geschreven. Daar komt bij dat de werkgever de vaststelling blijkens de wettekst kan wijzigen; het hoeft niet.

De derde en voor de werknemer meest kansrijke optie is dat het goed werkgeverschap in de weg kan staan aan het vasthouden aan de vastgestelde vakantie, bijvoorbeeld als de werkgever geen redelijk belang heeft bij het weigeren van de intrekking. Het gebrek aan een redelijk belang heeft via de band van het goed werkgeverschap bijvoorbeeld geleid tot de *Xella*-beschikking (gebrek aan redelijk belang leidt mede tot opzeggingsverplichting slapend dienstverband),⁶⁰ maar bijvoorbeeld ook tot een verbod op een plotselinge en structurele locatiewisseling.⁶¹ Bij gebrek aan een

redelijk belang zal ook een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk worden vernietigd (art. 7:653 lid 3 sub b BW). Een werkgever kan uiteraard stellen dat hij wel degelijk een redelijk belang heeft bij het vasthouden aan vastgestelde vakanties. Mogelijke redenen zijn de reeds vastgestelde vakantieplanning, de verwachte drukte na afloop van de coronacrisis en voorziene problemen omdat iedereen dan vakantie wil opnemen.

Een ander argument voor een beroep op het goed werkgeverschap kan zijn dat de door het Hof van Justitie geïntroduceerde functie van ‘vrije tijd en ontspanning’ tijdens vakantie niet wordt benut. Zie echter voor de tegenargumenten de paragraaf ‘Europeesrechtelijke aspecten’ hierboven.

In elk geval zit de werkgever in de *driver’s seat*: vastgesteld is in principe vastgesteld en het is vervolgens aan de werknemer aan te tonen dat van dit uitgangspunt moet worden afgeweken.

Weigering van vakantie en gewichtige redenen

Als de grootste beperkingen zijn opgeheven, zullen werknemers waarschijnlijk vakantie willen opnemen. Op dat moment kunnen werkgevers echter problemen hebben met het opnemen van (te veel) vakantie. Art. 7:638 lid 2, 3 en 5 BW zien op die situatie. Uitgangspunt is dat een werkgever een vakantie kan weigeren of wijzigen wegens gewichtige redenen. Alsdan moet men naar een alternatief zoeken, waarbij de werknemer ten minste twee weken of tweemaal een week kan opnemen.⁶²

Blijkens de wetsgeschiedenis moest men het begrip ‘gewichtige redenen’ aanvankelijk terughoudend interpreteren. Toen het initiatief voor het vaststellen van vakantie nog bij de werkgever lag, kon vakantie door ‘inmiddels opgekomen omstandigheden’ zeer ongelegen komen, bijvoorbeeld door een ‘stroom van spoedopdrachten’ of, in een individueel geval, doordat ‘de enige in aanmerking komende plaatsvervanger van een met vakantie gaande arbeider in een sleutelpositie [...] plotseling ziek [werd], waardoor bedrijfsstagnatie kan ontstaan.’⁶³

Toen het initiatief tot het opnemen van vakantie naar de werknemer verschoof, lijkt ook de zwaarte van het benodigde gewichtige belang iets te zijn gerelativeerd, zij het niet veel. De memorie van toelichting stelt dat ‘niet lichtvaardig kan worden gesteld dat de wensen van de werknemer niet gehonoreerd kunnen worden’ en dat gewichtige redenen concreet moeten zijn.⁶⁴ Een voorbeeld was dat ‘de door werknemer gewenste vakantie de gang van zaken in het bedrijf zo zou ontwrichten dat het belang van de werknemer daar niet tegen opweegt.’⁶⁵ De nota naar aanleiding van het verslag voegt daaraan toe dat een belangenafweging nodig is tussen de gevolgen van de verstoring van de

58 Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3848, AR Updates 2015-0093.

59 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3991, Prg. 2016/172. Overigens oordeelde het hof dat de werkgever niet in een rechtsgeldige vaststelling conform art. 7:638 lid 2 BW had voorzien, zodat het de vordering van de werknemer alsnog toewees.

60 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*), r.o. 2.7.2.

61 Rb. Rotterdam (ktr.) 18 juni 2018, AR Updates 2018-0757.

62 Zie hierover S.S.M. Peeters, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:638 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt 10 februari 2020).

63 *Kamerstukken II* 1962/63, 7168, nr. 3, p. 8.

64 *Kamerstukken II* 1997/98, 26079, nr. 3, p. 6-7 en 11.

65 *Kamerstukken II* 1997/98, 26079, nr. 3, p. 7.

bedrijfsvoering en de gevolgen van het niet-inwilligen van het verzoek om vakantie voor de werknemer. Nieuwe voorbeelden in die nota betroffen (i) vakantie willen opnemen tijdens de seizoenspiek in een seizoenbedrijf, of (ii) een klein bedrijf dat zou moeten sluiten omdat geen vervanging te regelen zou zijn. Ook schoolvakanties en mogelijkheden tot kinderopvang leggen in de belangenafweging gewicht in de schaal.⁶⁶ In de Eerste Kamer voegde de minister nog toe dat een met instemming van de ondernemingsraad goedgekeurde bedrijfssluiting veelal zou slagen, hoewel een individuele werknemer hier wellicht nog onderuit zou kunnen.⁶⁷

Blijkens de jurisprudentie slaagt weigering van vakantie wegens gewichtige redenen sneller dan in de wetsgeschiedenis werd voorzien

In de praktijk lijkt de lat lager te liggen. De jurisprudentie toont voorbeelden van drukke werkzaamheden op een scheepswerf (in verband met een geplande oplevering),⁶⁸ en een inwerkperiode in een nieuwe functie in aanloop naar een piekperiode.⁶⁹ Zelfs als de reden niet gewichtig is doet een werknemer er verstandig aan niet zomaar weg te blijven, omdat hij een ontslag op staande voet riskeert.⁷⁰ Het aanhouden van een beslissing door de werkgever in voorbereiding op het maken van een vakantieplanning binnen de onderneming is evenwel geen gewichtige reden.⁷¹

Ik verwacht dat werkgevers zich in voorkomende gevallen op gewichtige redenen kunnen beroepen. Wel zal dan een alternatieve vaststelling van vakantie moeten plaatsvinden op grond van art. 7:638 lid 3 BW.

Is het mogelijk een vakantieplanning af te dwingen?

Voor veel werkgevers zal het interessant zijn in hoeverre het mogelijk is nu (nog) een jaarplanning af te dwingen. In wezen komt dit neer op een combinatie van de vragen die hiervoor behandeld zijn. De combinatie maakt de onderliggende juridische analyse niet anders. Wel zal een geïntegreerde benadering aan kracht winnen.

Zo kan het goed werkgeverschap met zich brengen dat een werkgever de werknemer reeds nu wijst op de mogelijkheid

dat zich in het tweede halfjaar, althans na opheffing van de maatregelen, problemen zullen voordoen in de vakantieplanning en dat hij in voorkomende gevallen een beroep kan doen op gewichtige redenen. Een werkgever kan ook aanvoeren dat als eenieder nu een x-aantal dagen opneemt, de kans groter is dat werknemers in het tweede halfjaar meer (of op zijn minst enige) vakantie kunnen opnemen. Denkbaar is dat dit met name speelt in ondernemingen waarin werknemers thuis kunnen werken. Ik meen dat informatieverstrekking in de discussie over gewichtige redenen straks een rol zal spelen. Voor zover eenzijdige vaststelling van vakantie mogelijk is, kan een werkgever de effecten voor een werknemer beperken door minder vakantiedagen af te schrijven dan hij vrijaf geeft (dus korting geeft).

Als een werkgever zich redelijk en als goed werkgever opstelt, mag hij ditzelfde van een werknemer verwachten. Daarbij past het bijvoorbeeld de dialoog aan te gaan, hetzij met de ondernemingsraad hetzij met individuele werknemers. Zonder die dialoog zal het succesvol afdwingen of vaststellen van vakantiedagen een lastige kluit worden.

Conclusie

In dit artikel heb ik verkend op welke manier werkgevers met verschillende vragen over de vakantiewetgeving kunnen omgaan. In tijden van crisis is men gedwongen buiten de gebaande paden naar oplossingen te zoeken. De in dit artikel aangedragen oplossingen zijn niet gangbaar – althans in de context van vakantie nog niet vaak geopperd – maar niet zonder goede gronden. Ze zijn inpasbaar in het bestaande systeem en bieden voldoende mogelijkheden tot maatwerk. Wel vereisen zij wellicht moed. Werkgevers(advocaten) moeten zich op onontgonnen terrein begeven en ook rechters zullen wat dat betreft nieuwe standpunten moeten innemen. Maar in tijden van crisis is niets wat het was.

Over de auteur



Mr. drs. J.R. (Jan-Pieter) Vos

Wetenschappelijk docent arbeidsrecht aan de Erasmus School of Law. Hij doet promotie-onderzoek naar de vakantiewetgeving.

66 *Kamerstukken II* 1998/99, 26079, nr. 5, p. 10-11.

67 *Kamerstukken I* 1999/00, 26079, nr. 176, p. 7.

68 HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1846, «JAR» 2018/276, waarin de gewichtige reden uit het weergegeven hof-arrest blijkt.

69 Rb. Rotterdam (ktr. vzr.) 21 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9398, AR Updates 2018-1309.

70 Hof 's-Hertogenbosch 20 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:138.

71 Rb. 's-Hertogenbosch 30 juni 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ3050,

AR Updates 2009-0552; Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014,

ECLI:NL:GHSHE:2014:1433, AR Updates 2014-0471; Rb. Utrecht (ktr.)

6 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4648, AR Updates 2017-1127.