

Aandachtspunten bij het toekennen van (extra) vrije dagen aan werknemers

Op 9 juni 2023 heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen over onder meer de vraag:

- wanneer een vrije tijdsaanspraak kan worden aangemerkt als vakantie en
- wat de waarde is van een bovenwettelijke vakantiedag

Omdat het aanmerken van een vrije tijdsaanspraak als vakantie voor werkgevers grote (financiële) gevolgen kan hebben, hebben wij voor u een SE-paper aan deze twee onderwerpen gewijd. Wij gaan daarbij in op de definitie van het begrip ‘vakantiedag’¹ (par. 1), geven een handig schematisch overzicht van de loonbestanddelen die dienen te worden meegenomen bij het bepalen van de waarde van een vakantiedag (par. 2) en sluiten af met een aantal praktische tips (par. 3).

1. Wanneer is een vrije dag een vakantiedag?

De wet kent geen definitie van het begrip ‘vakantie’. De wetgever vond het bij invoering van de vakantieregeling beter om geen algemene definitie van het begrip ‘vakantie’ op te nemen, omdat het antwoord op de vraag of sprake is van vakantie afhankelijk zou kunnen zijn van de concrete omstandigheden van het geval. Het vakantiebegrip is nader gedefinieerd in de rechtspraak.

1.1. Wat was al bekend?

De Hoge Raad heeft zich meermaals uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van een vakantiedag. Zo heeft de Hoge Raad in zijn arresten van 6 februari 1998, 28 april 2000 en 2 oktober 2009 geoordeeld dat zogenoemde Atv-dagen geen vakantiedagen zijn, omdat deze niet, zoals de vakantieregeling, ten doel hebben ‘*de werknemer in verband met de werkbelasting die op hem drukt betaald verlof te verschaffen*’.² Deze arresten leren ons dat moet worden gekeken naar het doel van de vrije dag.

¹ Zie hierover ook het artikel van Simone Slootweg en Gerdien van der Voet in het Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk (TAP): S.A. Slootweg & G.W. van der Voet, ‘Vakantievoer’ van de Hoge Raad’, TAP 2023/6, p. 4-9.

² HR 6 februari 1998, ECLI:NL:PHR:1998:ZC2572, r.o. 3.3; HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5650, r.o. 3.4; HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9633, r.o. 3.2.1.

1.2. Wat is nieuw?

Op 9 juni 2023 heeft de Hoge Raad zich in een viertal uitspraken opnieuw uitgelaten over de vraag wanneer een vrije dag kan worden aangemerkt als een vakantiedag.³ Wederom herhaalt de Hoge Raad in deze uitspraken dat het ervan afhangt of de vrije tijds aanspraak tot doel heeft 'de werknemer betaald verlof te verschaffen in verband met de werkbelasting die op hem drukt'. Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat het erop aankomt of de vrije tijds aanspraak **op het moment van toekenning** is bedoeld om de werknemer in verband met zijn werkbelasting gelegenheid te bieden voor rust en ontspanning. Indien de vrijetijds aanspraak met dit doel is toegekend, verandert de aard van die aanspraak niet als de toegekende uren vervolgens worden ingezet voor andere doeleinden. Daarmee kan de doelstelling dus niet op een later moment van kleur verschieten. Is de vrije dag eenmaal als vakantiedag aan de werknemer toegekend, dan blijft dit een vakantiedag ongeacht wat er vervolgens met deze dag gebeurt.

In de vier zaken die recent bij de Hoge Raad voorlagen, had de werkgever aan zijn werknemers vrije uren toegekend. Deze vrije uren konden in het kader van een Keuzeplan worden ingeruild voor allerlei zaken, zoals onder andere fiets(accessoires), vakliteratuur, extra verlof, pensioen of werkverkorting in het kader van de Regeling Werktijdverkorting Oudere Werknemers. In de cao van de desbetreffende werkgever werd geen onderscheid gemaakt tussen de vrije uren en de vakantieuren. Ook werd geen onderscheid gemaakt bij het opnemen van de vrije uren en de vakantieuren. Dit kwam de werkgever duur te staan. De Hoge Raad oordeelde dat de toegekende vrije uren kwalificeerden als vakantiedag. De uitleg van de werkgever dat de vrije uren niet bedoeld waren als vakantieuren, maakte geen verschil. De doelstelling van de vrije uren was immers nergens opgenomen in de cao.

2. Het belang van de vraag of sprake is van een vakantiedag

2.1. Verjaring en verval

Wanneer een vrije dag als vakantie wordt aangemerkt, is afdeling 3 van titel 10 van Burgerlijk Wetboek 7 (artikel 7:634 e.v. BW) van toepassing. Ook wel de 'vakantie-afdeling' genoemd. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen. De wettelijke vakantiedagen zien op het minimum dat de werknemer ieder jaar moet worden toegekend en dat is volgens artikel 7:634 BW viermaal de overeengekomen arbeidsduur per week (bij een voltijd dienstverband zijn dit dus 20 dagen). Alle vakantiedagen die boven dit aantal aan de werknemer (extra) worden toegekend zijn bovenwettelijk.

In de 'vakantie-afdeling' is onder andere opgenomen dat niet opgenomen wettelijke vakantiedagen in beginsel zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven vervallen (artikel 7:640a BW). Oftewel de niet opgenomen vakantiedagen over het kalenderjaar 2023 vervallen op 1 juli 2024. De vakantiedagen kunnen niet vervallen, wanneer de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest de vakantie op te nemen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit bijvoorbeeld aan de orde is bij langdurig

³ HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:816, ECLI:NL:HR:2023:867, ECLI:NL:HR:2023:869, ECLI:NL:HR:2023:866.

zieke werknemers die zijn vrijgesteld van de verplichtingen tot re-integratie.⁴ Overigens verjaren alle vakantiedagen (dus ook bovenwettelijke vakantiedagen) na vijf jaren (artikel 7:642 BW).

Verder volgt uit de 'vakantie-afdeling' dat nog openstaande vakantieaanspraken bij het einde van de arbeidsovereenkomst moeten worden uitbetaald in de vorm van een uitkering in geld tot een bedrag van het loon over een tijdvak overeenkomend met de aanspraak (artikel 7:641 BW). Dit geldt voor zowel wettelijke als bovenwettelijke vakantiedagen, waarover hieronder meer.

2.2. De (loon)waarde van een vakantiedag

In zijn arresten van 9 juni 2023 heeft de Hoge Raad zich ook uitgelaten over de waarde van een bovenwettelijke vakantiedag. De Hoge Raad heeft hierover, kort samengevat, geoordeeld dat de wet het niet toestaat dat voor bovenwettelijke vakantiedagen een minder ruim loonbegrip wordt overeengekomen dan geldt voor wettelijke vakantiedagen. Met andere woorden: een bovenwettelijke vakantiedag (of een niet nader gedefinieerde vrije dag waarvan op enig moment vast komt te staan dat deze als vakantiedag moet worden aangemerkt) moet hetzelfde worden beloond als een wettelijke vakantiedag.

Wanneer vrije dagen (bedoeld of onbedoeld) als vakantie kwalificeren, heeft dit dus tot gevolg dat hetzelfde loonbegrip moet worden gehanteerd als bij de wettelijke vakantiedagen. Maar, wat houdt dit loonbegrip dan in? Volgens het Hof van Justitie van de EU (hierna: 'HvJ EU') moet de werknemer tijdens zijn vakantie in een situatie worden gebracht die qua beloning gelijk is aan de situatie tijdens de gewerkte periodes. Dit veronderstelt een ruim loonbegrip, waarbij volgens het HvJ EU rekening moet worden gehouden met de volgende loonbestanddelen:

- Het normale of gebruikelijke brutoloon;
- Vergoedingen voor lasten die intrinsiek samenhangen met de uitvoering van de taken uit de arbeidsovereenkomst;
- Vergoedingen die de werknemer uit hoofde van zijn persoonlijke of professionele status ontvangt.

Vergoedingen van incidentele of bijkomende kosten (oftewel: zuivere (on)kostenvergoedingen) vallen volgens het HvJ EU niet onder het loonbegrip.⁵

In de Nederlandse jurisprudentie heeft dit loonbegrip door de jaren heen nadere invulling gekregen. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het bij het 'vakantieloonbegrip' gaat om het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon.⁶ In onderstaand schema

⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32465, nr. 3, p. 6, 7 en 11.

⁵ Zie o.a. HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (*Williams e.a./British Airways*); HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, ECLI:EU:C:2014:351 (*Lock/British Gas*).

⁶ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1017.

SE-paper

wordt weergegeven welke looncomponenten onderdeel uitmaken (of juist geen onderdeel uitmaken) van dit 'vakantieloonbegrip' en onder welke voorwaarden⁷:

Looncomponent	Voorwaarde(n)/Opmerking(en)
Basisloon (✓)	Incl. vakantietoeslag.
Dertiende maand (✓)	Mits afgesproken en structureel uitbetaald.
Ploegentoeslag/onregelmatigheidstoeslag (✓)	Mits deze intrinsiek samenhangt met de taken en structureel wordt uitgekeerd (wanneer dit als een standaardonderdeel van het werk kan worden gezien).
Bonussen (✓)	Wanneer de hoogte van de bonus afhankelijk is van de prestatie van de werknemer en/of de bonus door de werknemer zou zijn ontvangen wanneer hij tijdens zijn vakantie had gewerkt (doordat deze structureel is of afhankelijk is van het feitelijk verrichten van werkzaamheden).
Werkgeversdeel pensioenpremie (alleen bij uitbetalen openstaande vakantiedagen bij einde dienstverband) (?)	De rechtspraak is nog verdeeld op dit punt. Tot 2018 leek het merendeel van de rechtspraak ervan uit te gaan dat dit wel onder het vakantieloonbegrip viel. Vanaf 2018 lijkt de meerderheid juist uit te gaan van het tegenovergestelde.
Vergoeding voor overwerk (?)	In beginsel geen onderdeel van het vakantieloonbegrip, maar de vergoeding kan wel onderdeel gaan worden wanneer: <ul style="list-style-type: none">• de werknemer op regelmatige basis overuren maakt;• deze verplichting uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit; en• de vergoeding een belangrijk deel van het arbeidsloon vormt.⁸

Indien een vrije dag wordt aangemerkt als vakantie, moet dus in ieder geval het basisloon, de vakantietoeslag, dertiende maand, (standaard) ploegentoeslag en onregelmatigheidstoeslag, (structurele) bonussen en (verplichte en structurele) overwerkvergoedingen worden uitbetaald tijdens of over deze vrije dag.

⁷ Zie ook A.M. Merks, 'De reikwijdte van het loonbegrip over vakantiedagen', *ArbeidsRecht* 2015/38 en S.S.M. Peters, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:639 BW, aant. 1.2.

⁸ HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*).

2.3. Het aansporen van werknemers tot het (op)nemen van vakantie

Daarnaast moet een werkgever zijn werknemer op tijd aansporen om zijn (wettelijke) vakantiedagen op te nemen. Dit houdt in dat de werkgever de werknemer concreet en in alle transparantie daadwerkelijk de mogelijkheid moet verschaffen zijn vakantie op te nemen en hem zo nodig formeel moet aanzetten dat te doen. De werkgever moet daarbij de werknemer op precieze wijze en tijdig informeren dat zijn (wettelijke) vakantiedagen vervallen wanneer hij deze niet opneemt. Doet een werkgever dit niet of kan hij niet bewijzen dat hij dit heeft gedaan, dan kunnen de (wettelijke) vakantiedagen niet vervallen en/of verjaren.⁹ Met als gevolg dat een werknemer een stukje meer aan vakantiedagen opbouwt, waarover de werkgever het bovengenoemde loon is verschuldigd.¹⁰ Het is dus van belang dat werkgevers hun werknemers tijdig informeren over en zo nodig aansporen tot het opnemen van hun (wettelijke) vakantiedagen.

2.4. Conclusie

Een vrije dag, die eigenlijk niet als vakantie was bedoeld maar toch door een onjuiste of onduidelijke duiding als vakantiedag wordt aangemerkt, kan daarmee dus best duur worden voor een werkgever. Hoe u dit risico – zo veel mogelijk – kunt beperken, leest u in paragraaf 3.

3. Praktische tips voor werkgevers

Om de in paragraaf 2 genoemde consequenties zo veel mogelijk te ondervangen, is het voor werkgevers raadzaam een duidelijk onderscheid te maken tussen vrije dagen die *niet* als vakantiedag zijn bedoeld en dagen die *wel* als vakantiedag zijn bedoeld. De nieuwe jurisprudentie van de Hoge Raad leert ons dat het opnemen van vrije dagen die niet als vakantiedagen zijn bedoeld en dagen die wel als vakantiedagen zijn bedoeld in hetzelfde artikel, paragraaf of hoofdstuk van de arbeidsovereenkomst respectievelijk collectieve arbeidsvoorwaardenregeling (/cao), waarbij de doelstelling van deze dagen ook niet expliciet wordt besproken, voor rekening van de werkgever komt. Om misverstanden te voorkomen, is het daarom voor werkgevers raadzaam om te letten op de duiding van de vrije dagen in de arbeidsovereenkomst en/of collectieve arbeidsvoorwaardenregeling (/cao). Omschrijf daarbij ook met welk doel de dagen zijn toegekend en plaats vakantiedagen en eventuele – niet als vakantiedagen bedoelde – overige vrije dagen in een apart onderdeel van de arbeidsovereenkomst en/of collectieve arbeidsvoorwaardenregeling (/cao). Indien u de werknemer keuze-uren wenst toe te kennen, is het voorts raadzaam om deze direct als keuze-uren aan te duiden en niet eerst als vrije dag. Ook de wijze van registratie en opname van deze dagen is van belang. Wij raden werkgevers daarom aan om ook in de urenadministratie een onderscheid te maken tussen vakantiedagen en overige vrije dagen. Als vrije uren

⁹ HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck-Gesellschaft*); HvJ EU 6 november 2018, C-619/16, ECLI:EU:C:2018:872 (*Kreuziger*).

¹⁰ HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955.

SE-paper

eenmaal als vakantie zijn aangemerkt, wees er dan van bewust dat de wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen op een gelijke en juiste wijze moeten worden gewaardeerd.

Voor wat betreft het aansporen van werknemers om tijdig hun vakantie op te nemen, is het belangrijk dat dit op een bewijsbare, op enig moment formele, manier gebeurt. Ga bijvoorbeeld met de werknemer om de tafel om de vakantiedagen vast te stellen. Zorg ervoor dat de werknemer de ruimte heeft om zijn vakantie op te nemen op een moment dat hij dit wenst (mits niet te bezwaarlijk voor de organisatie). Taken van de werknemer die aan het opnemen van die vakantie in de weg staan, moeten worden overgenomen. Wijs werknemers ook tijdig (en schriftelijk) op de consequentie van het niet opnemen van de vakantiedagen (namelijk dat deze op enig moment vervallen dan wel verjaren).

Praktische tips op een rijtje!

Hieronder worden alle praktische tips nogmaals op een rijtje gezet.

- ✓ Duid de vrije dagen onder de juiste benaming aan in de arbeidsovereenkomst en/of cao en benoem expliciet het doel van deze dagen;
- ✓ Maak een apart kopje in de arbeidsovereenkomst, dan wel een apart hoofdstuk in de collectieve arbeidsovereenkomst (/cao) voor de niet als vakantiedagen bedoelde overige vrije dagen en geef expliciet aan welk doel zij dienen;
- ✓ Houd een aparte urenadministratie bij voor vakantiedagen én voor niet als vakantiedagen bedoelde vrije dagen (en gooi dus niet alle vrije dagen 'op één hoop');
- ✓ Waardeer wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen op een gelijke en juiste wijze;
- ✓ Zet werknemers tijdig aan hun (wettelijke) vakantiedagen te genieten en doe dit op een bewijsbare, op enig moment formele, manier.

Bij verdere vragen over dit onderwerp, kunt u altijd contact met ons opnemen.



Contactpersoon:

Nikki Bakker

T +31 10 201 35 00

F +31 10 201 35 01

M +31 6 37 20 02 20

E nikki.bakker@steensmaeven.com