

160. Corona: geen werk, geen vakantie

De rol van art. 7:628 BW bij beantwoording van de vraag of de werkgever eenzijdig vakantie mag vaststellen

MR. K. BOELE EN MR. DRS. L. WINDE

In TAP 2020/131 bespreekt Vos de mogelijkheden van de werkgever tot het eenzijdig vaststellen van vakantie. Vos komt tot de conclusie dat het niet mogelijk is eenzijdig vakantie vast te stellen op basis van gewichtige redenen (art. 7:638 lid 2 BW). Ook de mogelijkheid middels een ruime interpretatie van 'voorzien bij schriftelijke overeenkomst' is beperkt.

Daarentegen ziet Vos wel mogelijkheden voor werkgevers om eenzijdig vakantie vast te stellen op grond van goed werknemerschap of op grond van wijziging van de arbeidsovereenkomst. De vraag is hoe deze mogelijkheden zich verhouden tot het beginsel 'geen arbeid, toch loon' van art. 7:628 BW.

Goed werknemerschap

Art. 7:611 BW zou volgens Vos ruimte kunnen bieden voor maatwerk, bijvoorbeeld in een situatie waarin werknemers thuiszitten en niet kunnen werken. Het belang van de werkgever om bijvoorbeeld faillissement af te wenden, zou volgens Vos kunnen prevaleren boven het belang van de werknemer om op eigen initiatief vakantie te genieten. Wat betreft een dreigend faillissement zij opgemerkt dat opname van vakantiedagen door werknemers weliswaar de balanspositie van de werkgever enigszins kan verbeteren, maar dat dit de liquiditeit niet (direct) zal verbeteren. De betaling van een vakantiedag is immers gelijk aan de betaling van een werkdag. In geval van opname van een vakantiedag neemt slechts het vakantiesaldo op papier af, maar verandert de cashflow niet.

Door werknemers te verplichten vakantiedagen op te nemen, ontwijkt de werkgever zijn verplichting het loon te blijven betalen

Voorafgaand aan de vraag of het belang van de werkgever daadwerkelijk wordt gediend met het eenzijdig aanwijzen van vakantiedagen, dient eerst te worden vastgesteld of überhaupt ruimte bestaat voor een belangenafweging op grond van art. 7:611 BW. Hoe verhoudt zich dit met het uitgangspunt 'geen arbeid, toch loon', zoals verankerd in art. 7:628 BW? Volgens art. 7:628 BW moet de werkgever het loon betalen aan de werknemer, ook indien de werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht. Dit is slechts anders

indien het niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.¹

De omstandigheid dat een werkgever minder of geen werk kan aanbieden aan de werknemer, bijvoorbeeld door overheidsmaatregelen wegens de coronapandemie of door verminderde omzet vanwege de daaruit voortvloeiende wereldwijde crisis, behoort niet in redelijkheid voor rekening van de werknemer te komen. Hoe machteloos een werkgever zich door de coronasituatie ook kan voelen, de directe gevolgen (door overheidsmaatregelen) of indirecte gevolgen (door een langdurige economische crisis) blijven een ondernemersrisico.² Het is de werkgever die geen werk kan aanbieden, terwijl de werknemer wel beschikbaar is om te werken. De werknemer moet dus zijn normale loon blijven ontvangen.

Als een werknemer vervolgens (over de band van art. 7:611 BW) wordt gedwongen vakantiedagen op te nemen wordt in feite afgeweken van art. 7:628 BW. Door werknemers te verplichten vakantiedagen op te nemen, ontwijkt de werkgever zijn verplichting

1 Per 1 januari 2020 is de formulering van art. 7:628 BW aangepast. Met deze wijziging is geen wezenlijke verandering door wetgever beoogd. Het lijkt voornamelijk een wijziging in de bewijslastverdeling. Op de werkgever rust thans de bewijslast dat sprake is van een oorzaak die in redelijkheid voor de werknemer behoort te komen. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 87-89 (MvT). Zie ook mr. E. Wies & mr. D.R. Stolk-wijk, 'Geen arbeid, toch loon, de gevolgen van de wijzigingen van art. 7:627 BW en art. 7:628 BW', TAP 2020/47.

2 Ook de Tijdelijke noodmaatregelen overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW-regeling) neemt dit als uitgangspunt, zie nota van toelichting, *Stcrt.* 2020, 19874, p. 14. In lijn met dit uitgangspunt overwoog de Rechtbank Oost-Brabant dat een werknemer die geen arbeid heeft verricht door onder andere de maatregelen in verband met de coronacrisis wel recht heeft op loon conform art. 7:628 BW. Rb. Oost-Brabant 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838. Denkbaar is dat het loon in bepaalde omstandigheid niet hoeft te worden doorbetaald, bijvoorbeeld als een werknemer niet kan werken omdat hij op vakantie in een lockdown is terechtgekomen terwijl hij met deze omstandigheid rekening diende te houden.

ting het loon te blijven betalen. De voor werk beschikbare werknemer ontvangt in feite geen loon, maar de dagwaarde van een vakantiedag. Zijn vakantiesaldo neemt dienovereenkomstig af. Het ondernemersrisico wordt alsnog afgewenteld op de werknemer. Een afwijking ten nadele van de werknemer van art. 7:628 BW is immers nietig op grond van het tiende lid.³

Relevant is in dit kader de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak tussen *FNV Waterbouw* en *Van Oord*. Partijen hadden een geschil over de mogelijkheid om, voorafgaand aan de wachtgeldregeling uit de cao, eenzijdig verlofdagen af te schrijven. *Van Oord* wilde eenzijdig verlof afschrijven in de situatie dat zij geen werk kon aanbieden aan de zeevarenden door een gebrek aan opdrachten alsook in de situatie dat aanmonstering van de zeevarenden aan boord niet tijdig kon plaatsvinden door rooster-technische problemen. Dit was volgens de Rechtbank Rotterdam niet toegestaan:

‘Bij het voorgaande dient in aanmerking te worden genomen dat – zoals onder 5.7 is overwogen – indien niet wordt gewerkt omdat Van Oord geen werk beschikbaar heeft, dit in redelijkheid voor rekening van Van Oord behoort te komen, zodat een werknemer op grond van artikel 7:628 BW recht heeft op loon. Indien Van Oord in dit geval eenzijdig verlofdagen zou kunnen aanwijzen, komt het niet beschikbaar zijn van werk alsnog voor rekening van de werknemer.’⁴ Dit is in strijd met artikel 7:628 BW. Aangezien de Wachtgeldregeling kan worden begrepen als een uitwerking van artikel 7:628 BW geldt het voorgaande ook ten aanzien van de Wachtgeldregeling. Van Oord dient dan ook indien geen werk beschikbaar is de Wachtgeldregeling toe te passen en kan niet eenzijdig afschrijven op verlof.’⁵

Het Gerechtshof Den Haag liet dit oordeel in stand.⁶ Ten tijde van de huidige coronacrisis doen zich in veel branches soortgelijke situaties voor, zoals een gebrek aan werk of bedrijfsorganisatorische problemen door maatregelen zoals reisverboden. In deze gevallen wenst menig werkgever eenzijdig verlof af te schrijven, soms zelfs resulterend in een negatief saldo. In lijn met voornoemde rechtspraak is dit echter niet toegestaan.

Gelet op het dwingendrechtelijke en werknemers-beschermende karakter van art. 7:628 BW lijkt geen ruimte te bestaan om eenzijdig vakantie vast te stellen met een beroep op goed werknemerschap.

Wijziging arbeidsovereenkomst

Vos ziet voorts een mogelijkheid voor de werkgever om vakantie vast te stellen over de band van art. 7:613 BW.

Ook hier geldt dat art. 7:628 BW weinig ruimte biedt om in een situatie van ‘geen werk’ af te wijken ten nadele van de werknemer – ook niet bij een zwaarwegend bedrijfsbelang. Los van art. 7:628 BW, staat art. 7:638 BW slechts beperkte afwijkingen toe van het beginsel dat de vakantie overeenkomstig de wensen van de werknemer wordt vastgesteld. Daarbij zijn drie aspecten van belang.

Ten eerste, blijkt lid 2 staat het zelfbeschikkingsrecht van de werknemer ten aanzien van de vaststelling van vakantiedagen voorop, tenzij daarvan bij schriftelijke overeenkomst is afgeweken. Uit de literatuur blijken verschillende opvattingen over de ruimte van deze afwijkingmogelijkheid. Wij onderschrijven de opvatting, tezamen met Vos, dat deze afwijkingmogelijkheid beperkt is, zoals tot het vooraf vaststellen van een aantal verplichte jaarlijkse vakantiedagen.

Ten tweede, bieden de ‘gewichtige redenen’ in lid 2 geen ruimte voor het eenzijdig aanwijzen van vakantiedagen door de werkgever, hetgeen Vos ook bevestigt.

Ten derde, is in lid 5 BW voorzien in een wijzigingsmogelijkheid. In geval van ‘gewichtige redenen’ kan de werkgever het vastgestelde tijdvak wijzigen. In de wetgeschiedenis worden als voorbeelden van gewichtige redenen genoemd plotselinge drukte in het bedrijf of onmisbaarheid van de werknemer in verband met plotselinge ziekte van diens vervanger.⁷ Deze voorbeelden hebben betrekking op de situatie dat een vakantie wordt gewijzigd omdat de werknemer nodig is op de werkvloer. De spiegelbeeldige situatie, waarin de werknemer niet nodig is op de werkvloer, lijkt niet te zijn bedoeld. Dit zou verband kunnen houden met de omstandigheid dat ingevolge art. 7:628 BW het niet voorhanden hebben van werk niet voor rekening van de werknemer kan komen.

Er kan dus slechts sprake zijn van een wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:613 BW binnen de ruimte die art. 7:638 lid 2 BW biedt. Bovendien mag deze ruimte niet worden benut om ten nadele van de werknemer af te wijken van art. 7:628 BW. De wet lijkt aldus zeer weinig ruimte te laten voor werkgevers om eenzijdig vakantie vast te stellen. Uiteraard kan een werkgever wel proberen in overleg met zijn werknemers (en dus met hun, uit vrije wil gegeven, instemming) vakantiedagen in te plannen.

Over de auteurs



Mr. K. (Kirsten) Boele

Advocaat te Rotterdam bij Wybenga Advocaten gespecialiseerd in (maritiem) arbeidsrecht.



Mr. drs. L. (Lisanne) Winde

Advocaat te Rotterdam bij Wybenga Advocaten gespecialiseerd in (maritiem) arbeidsrecht.

3 Behoudens de afwijkingmogelijkheid voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst conform art. 7:628 lid 5 BW.

4 Uit deze overweging blijkt dat de rechtbank geen onderscheid maakt tussen het verplicht opnemen van een vakantiedag en het afnemen van het recht op vakantie. Daaruit lijkt te volgen dat de rechtbank niet relevant achtte in hoeverre de werknemer daadwerkelijk van deze verplichte verlofdag kon genieten.

5 Rb. Rotterdam 2 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1553.

6 Hof Den Haag, 10 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3207.

7 *Kamerstukken II 1962/63, 7168, nr. 3, p. 8 (MVT).*