Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 8 juli 2021 [1]

Zaak C-217/20

XXXX
tegen
Staatssecretaris van Financiën

[verzoek van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle (Nederland), om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Sociaal beleid – Bescherming van de gezondheid en de veiligheid van werknemers – Richtlijn 2003/88/EG – Artikel 7, lid 1 – Recht op jaarlijkse vakantie – Hoogte van het loon – Lager loon wegens arbeidsongeschiktheid”

I. Inleiding

1. Het Hof is in de loop der jaren bij veel gelegenheden verzocht om uitlegging van 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 [2]. Eén aspect van artikel 7 van die richtlijn is tot op heden evenwel niet door het Hof onderzocht, namelijk de hoogte van het loon dat is verschuldigd aan een werknemer die besluit zijn jaarlijkse vakantie op te nemen wanneer hij met (langdurig) ziekteverlof is. De gevolgen van een uitspraak op dat punt kunnen in de verschillende lidstaten sterk uiteenlopen. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft uiteengezet, varieert het percentage van het brutomaandloon dat in geval van een door de overheid opgelegde voorziening voor betaling bij ziekte in de verschillende lidstaten als ziekengeld wordt betaald tussen 25 % en 100 %, en is het sterk afhankelijk van verschillende factoren, zoals de duur van de arbeidsovereenkomst, de status van de werknemer, het bestaan van cao’s en het soort letsel/ziekte. [3]

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 PB 2003, L 299, blz. 9.

3 De Commissie beroept zich op de cijfers in Spasova, S., Bouget, D., Belletti, C., Vanhercke, B., *Sickness benefits in the EU: making sense of diversity*, ETUI Policy Brief nr. 4/2020, European Trade Union Institute (Europees Vakbondsinstituut). In landen zonder door de overheid opgelegde voorzieningen wordt het ziekengeld bepaald door de werkgever of vloeit het voort uit cao’s. Zoals de Commissie verder opmerkt, worden dergelijke betalingen in bepaalde lidstaten niet (of na een bepaalde periode niet meer) door de werkgever zelf verricht, maar veeleer door het betrokken socialezekerheidsstelsel (deze betalingen worden „ziekte-uitkeringen” genoemd). Aangezien het in casu gaat om de hoogte van het loon dat tijdens de jaarlijkse vakantie met behoud van loon en niet zozeer tijdens ziekteverlof aan een werknemer verschuldigd is, zal ik hier niet gedetailleerd op ingaan. Indien de gevolgtrekking wordt gemaakt dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 een lager loon tijdens de jaarlijkse vakantie met behoud van loon mogelijk maakt, zal vervolgens de vraag rijzen wat de grondslag voor een dergelijk lager loon kan zijn in gevallen waarin een werknemer recht heeft op ziekte-uitkeringen op het tijdstip dat hij zijn jaarlijkse vakantie opneemt.

2. Dit is in wezen de kwestie die aan de orde wordt gesteld in de vragen die door de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle (Nederland), aan het Hof zijn voorgelegd.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

3. Artikel 7 van richtlijn 2003/88 heeft als opschrift „Jaarlijkse vakantie" en luidt als volgt:

„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."

B. Nederlands recht

4. Volgens artikel 22, lid 1, van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) heeft de ambtenaar jaarlijks aanspraak op vakantie met behoud van volle bezoldiging.

5. In artikel 37, leden 1 en 5, ARAR is bepaald:

„1. De ambtenaar heeft bij ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte gedurende een tijdvak van 52 weken recht op doorbetaling van zijn bezoldiging. Bij voortdurende ongeschiktheid heeft hij vervolgens recht op doorbetaling van 70 % van zijn bezoldiging.

[...]

5. In afwijking van het eerste lid, heeft de ambtenaar ook na afloop van het tijdvak van 52 weken, bedoeld in het eerste lid, recht op doorbetaling van zijn bezoldiging over het aantal uren dat hij passende arbeid heeft verricht of zou hebben verricht indien die arbeid hem zou zijn aangeboden."

III. Feiten van het hoofdgeding

6. Eiser is een ambtenaar die sinds 1 maart 2002 werkzaam is bij de Belastingdienst, met ingang van 1 november 2014 in de functie van medewerker opsporing. Hij is sinds 24 november 2015 wegens ziekte echter langdurig gedeeltelijk arbeidsongeschikt voor zijn werkzaamheden. In juli en augustus 2017, het in casu relevante tijdvak, volgde hij een re-integratietraject.

7. Ingevolge artikel 37, lid 1, ARAR is eisers gewone bezoldiging over het eerste ziektejaar voor 100 % doorbetaald. Sinds 24 november 2016 vindt doorbetaling van 70 % van dat bedrag plaats. Met toepassing van artikel 37, lid 5, ARAR is eiser 100 % doorbetaald voor de uren waarvoor hij arbeidsgeschikt werd geacht en gedurende welke hij heeft gewerkt. [4]

[4] Zoals de Nederlandse regering in haar opmerkingen heeft toegelicht, maakt een bedrijfsarts een individuele beoordeling van de gezondheidstoestand van de betrokken ambtenaar om vervolgens te adviseren hoeveel uren per week hij in staat is te werken.

8. Eiser heeft gedurende de periode van 25 juli 2017 tot en met 17 augustus 2017 jaarlijkse vakantie opgenomen. Blijkens de salarisstroken over de maanden juli en augustus 2017 is eisers bezoldiging over de uren waarvoor hij arbeidsongeschikt was gedurende de vakantieperiode – net zoals in de periode waarin hij geen jaarlijkse vakantie opnam – voor 70 % doorbetaald en over de uren waarvoor hij arbeidsgeschikt werd geacht (voor zover hij in het kader van zijn re-integratie werk kon verrichten) voor 100 %.

9. Eiser heeft bezwaar gemaakt tegen de hoogte van zijn bezoldiging gedurende die jaarlijkse vakantie. Hij vindt dat hij tijdens genoten vakantie recht heeft op zijn volledige bezoldiging, dat wil zeggen ook over uren waarvoor hij arbeidsongeschikt was. Bij een besluit van de Belastingdienst van 13 oktober 2017 is het bezwaar van eiser ongegrond verklaard. Eiser heeft tegen dat besluit beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

10. In dit verband beroept eiser zich op het bepaalde in artikel 22 ARAR, op richtlijn 2003/88 en op de rechtspraak van het Hof, met name de uitspraak van het Hof in de gevoegde zaken Schultz-Hoff e.a. [5]. Ook verwijst eiser naar artikel 31, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest").

IV. Prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

11. Dit is de feitelijke en juridische context waarin de verwijzende rechter de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof heeft verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 7, eerste lid, van [richtlijn 2003/88] aldus worden uitgelegd dat de werknemer zijn loon, of een gedeelte daarvan, niet verliest vanwege het uitoefenen van zijn recht op de jaarlijkse vakantie? Of dient deze bepaling aldus te worden uitgelegd dat de werknemer zijn loon behoudt tijdens het uitoefenen van zijn recht op de jaarlijkse vakantie, ongeacht de oorzaak van het niet-werken tijdens vakantie?

2) Moet artikel 7, eerste lid, van [richtlijn 2003/88] aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan nationale bepalingen of gebruiken volgens welke een werknemer met ziekteverlof bij het opnemen van zijn jaarlijkse vakantie zijn loon behoudt tot het niveau van zijn loon direct voorafgaand aan het opnemen van zijn vakantieverlof, ook als dit loon door de lange duur van zijn arbeidsongeschiktheid lager is dan het loon bij volledige arbeidsgeschiktheid?

3) Moet het recht van elke werknemer op jaarlijks betaald verlof op grond van artikel 7 van [richtlijn 2003/88] en op grond van vaste EU-rechtspraak, aldus worden uitgelegd dat het korten van dat loon gedurende vakantie tijdens arbeidsongeschiktheid daarmee in strijd is?"

12. De Nederlandse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

[5] Arrest van 20 januari 2009 (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18).

V. Analyse

13. Met zijn drie vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die bepaalt dat een geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die zijn jaarlijkse vakantie opneemt, tijdens die vakantieperiode wordt gekort op zijn loon en zo dezelfde vergoeding ontvangt als tijdens langdurig ziekteverlof.[6] De drie vragen kunnen daarom gemakshalve alle gelijktijdig worden behandeld.

14. De bewoordingen van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 zijn van weinig nut voor de beantwoording van die vraag. In deze bepaling wordt enkel vermeld dat „aan alle werknemers jaarlijks een vakantie *met behoud van loon* van ten minste vier weken wordt toegekend".[7] Wel bestaat er omvangrijke rechtspraak van het Hof met betrekking tot artikel 7 van richtlijn 2003/88, waarin de algemene werking van die bepaling is beschreven.

15. In de eerste plaats heeft het Hof geoordeeld dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88, een bepaling waarvan ingevolge deze richtlijn niet kan worden afgeweken[8], bepaalt dat alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken moet worden toegekend en dat dit recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie.[9] Dit recht is als beginsel van sociaal recht van de Unie niet alleen bijzonder belangrijk, maar is tevens uitdrukkelijk neergelegd in artikel 31, lid 2, van het Handvest, waaraan artikel 6, lid 1, VEU dezelfde juridische waarde toekent als aan de Verdragen.[10]

16. In de tweede plaats behandelt richtlijn 2003/88 het recht op jaarlijkse vakantie en het recht op betaling uit hoofde daarvan volgens de rechtspraak van het Hof als twee aspecten van één recht. Het vereiste van betaling van vakantieloon heeft tot doel de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te brengen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte perioden.[11]

[6] In de prejudiciële verwijzing is niet gespecificeerd of de opgenomen periode van jaarlijkse vakantie betrekking heeft op de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 gegarandeerde minimumperiode. Hoewel lidstaten naar nationaal recht een langere periode van jaarlijkse vakantie kunnen toestaan, is artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 niet op een dergelijke aanvullende periode van toepassing en ik zal mijn beoordeling derhalve beperken tot een jaarlijkse vakantie tijdens deze minimumperiode („jaarlijkse vakantie met behoud van loon").

[7] Cursivering van mij. Ook moet erop worden gewezen dat richtlijn 2003/88 tevens van toepassing is op ambtenaren, aangezien zij volgens artikel 1, lid 3, „van toepassing [is] op alle particuliere of openbare sectoren". Iedere verwijzing in deze conclusie naar „werknemers" is dus in gelijke mate van toepassing op ambtenaren.

[8] Zie artikel 17 van richtlijn 2003/88, dat voorziet in afwijkingen. Die bepaling staat echter geen afwijking van artikel 7 van die richtlijn toe, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld in zijn arresten van 26 juni 2001, BECTU (C-173/99, EU:C:2001:356, punt 41), en 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punt 35).

[9] Zie onder meer arresten van 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punt 26); 30 juni 2016, Sobczyszyn (C-178/15, EU:C:2016:502, punt 19), en 25 juni 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria en Iccrea Banca (C-762/18 en C-37/19, EU:C:2020:504, punt 53).

[10] Arresten van 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punt 27); 30 juni 2016, Sobczyszyn (C-178/15, EU:C:2016:502, punt 20); 13 december 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018, punt 23), en 25 juni 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria en Iccrea Banca (C-762/18 en C-37/19, EU:C:2020:504, punt 54). Ik laat artikel 31, lid 2, van het Handvest buiten beschouwing. Zoals advocaat-generaal Bobek reeds heeft opgemerkt in zijn conclusie in de zaak Hein (C-385/17, EU:C:2018:666, punt 57): „Hierin wordt slechts op een algemene en abstracte manier bepaald dat iedere werknemer recht heeft op [...] op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon. In het Handvest wordt niet eens vermeld wat de minimale duur van de gegarandeerde jaarlijkse vakantie moet zijn, laat staan aan welke regels de berekeningsmethode van de vergoeding voor genomen vakantie moet voldoen."

[11] Arresten van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punt 35).

17. De rechtspraak van het Hof bevat dus twee elementen, ten eerste het recht op jaarlijkse vakantie en in het bijzonder de *duur* ervan, en ten tweede de kwestie van het *loon*. Hoewel in het verzoek om een prejudiciële beslissing enkel de kwestie van het loon aan de orde is, stel ik voor het element duur kort te onderzoeken om de beginselen die in beide elementen worden toegepast te vergelijken.

18. Wat betreft het eerste element, de duur van de overeenkomstig artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 toegekende jaarlijkse vakantie, heeft het Hof geoordeeld dat de rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon in beginsel moeten worden berekend op basis van de tijdvakken van daadwerkelijke arbeid die krachtens de arbeidsovereenkomst zijn volgemaakt.[12] De reden hiervoor is dat het bij artikel 7 van richtlijn 2003/88 aan elke werknemer toegekende recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon tot doel heeft de werknemer in staat te stellen om uit te rusten van de uitvoering van de hem bij zijn arbeidsovereenkomst opgelegde taken en om over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken.[13] Daarom heeft het Hof geoordeeld dat, indien een werknemer slechts deeltijds werkt, een vermindering, met toepassing van het pro-rata-temporisbeginsel, van de duur van de toegekende jaarlijkse vakantie ten opzichte van de jaarlijkse vakantie die wordt toegekend voor een periode waarin voltijds wordt gewerkt, althans in essentie objectief gerechtvaardigd is.[14]

19. Deze overwegingen zijn evenwel niet van toepassing in geval van ziekteverlof. Uit de vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat richtlijn 2003/88 volgens deze rechter geen onderscheid maakt tussen werknemers die wegens ziekteverlof van korte of lange duur in de referentieperiode hun arbeid verzuimen, en werknemers die in genoemde periode wel hebben gewerkt. Hieruit volgt, ten aanzien van werknemers met een naar behoren toegekend ziekteverlof, dan weer dat aan het door richtlijn 2003/88 zelf aan alle werknemers verleende recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet door een lidstaat als voorwaarde kan worden gesteld dat tijdens de door die lidstaat vastgestelde referentieperiode daadwerkelijk is gewerkt. Veeleer worden werknemers die in de referentieperiode afwezig zijn geweest van het werk omdat zij met ziekteverlof waren, voor het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon gelijkgesteld met werknemers die in die periode daadwerkelijk hebben gewerkt.[15]

20. De redenen daarvoor zijn, los van het feit dat richtlijn 2003/88 een dergelijk onderscheid niet maakt, tweeledig. In de eerste plaats verschillen de doelen van het recht op vakantie van de doelen van het recht op ziekteverlof. Terwijl de jaarlijkse vakantie tot doel heeft de werknemer in staat te stellen uit te rusten van de eisen die het werk stelt en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken, wordt ziekteverlof aan de werknemer toegekend om te kunnen herstellen van

[12] Arrest van 13 december 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018, punt 27).

[13] Zie onder meer arresten van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 25), en 13 december 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018, punt 26).

[14] Zie in die zin arrest van 22 april 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, EU:C:2010:215, punt 33), op grond van clausule 4, punt 2, van de op 6 juni 1997 gesloten kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, die als bijlage is gevoegd bij richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid (PB 1998, L 14, blz. 9), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/23/EG van de Raad van 7 april 1998 (PB 1998, L 131, blz. 10). Dezelfde redenering is toegepast op situaties waarin de werkuren en -dagen van week tot week verschilden [arrest van 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punt 29)] en op gevallen van „werktijdverkorting" („Kurzarbeit") [zie arrest van 13 december 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018, punten 27-29)], zelfs indien er geen recht is op jaarlijkse vakantie in geval van toepassing van een „werktijdverkorting tot nul" („Kurzarbeit Null") in een situatie waarin de verplichting van de werknemer tot het verrichten van arbeid volledig wordt opgeschort [zie arrest van 8 november 2012, Heimann en Toltschin (C-229/11 en C-230/11, EU:C:2012:693, punt 36)]. In laatstgenoemd arrest heeft het Hof werknemers met werktijdverkorting in punt 32 aangemerkt als „tijdelijke deeltijdwerknemers".

[15] Zie onder meer arresten van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punten 39-41); 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punten 20 en 30), en 4 oktober 2018, Dicu (C-12/17, EU:C:2018:799, punt 29).

een ziekte die tot diens arbeidsongeschiktheid heeft geleid.[16] In de tweede plaats is het intreden van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte onvoorzienbaar en vindt dat plaats buiten de wil van de werknemer. Dit aspect is tevens opgenomen in artikel 5, lid 4, van Verdrag nr. 132 van de Internationale Arbeidsorganisatie van 24 juni 1970 betreffende de jaarlijkse vakantie met behoud van loon, zoals herzien, dat afwezigheid wegens ziekte rangschikt onder werkverzuim „om redenen die buiten de macht van de betrokken persoon liggen", dat dient „te worden gerekend als deel uitmakend van de diensttijd".[17] Overeenkomstig overweging 6 van richtlijn 2003/88 moet rekening worden gehouden met de beginselen van dat verdrag.

21. Dat betekent dat, hoewel het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon op grond van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 in het algemeen moet worden berekend op basis van de tijdvakken van daadwerkelijke arbeid die krachtens de arbeidsovereenkomst zijn volgemaakt, dat niet het geval is als de werknemer met ziekteverlof is.

22. Ik ga nu in op het tweede element in de rechtspraak van het Hof, namelijk de kwestie van het loon. Zoals advocaat-generaal Bobek in zijn conclusie in de zaak Hein reeds heeft opgemerkt, heeft het Hof het pro-rata-temporisbeginsel – en naar mijn mening geldt dat voor elk pro-ratabeginsel – aan de hand waarvan de *duur* van de jaarlijkse vakantie wordt berekend, tenzij een persoon met ziekteverlof is, nooit toegepast op het recht op *loon* voor de jaarlijkse vakantie.[18] Dat standpunt is ongewijzigd gebleven na het arrest van het Hof in de zaak Hein.[19]

23. Volgens vaste rechtspraak van het Hof betekent de uitdrukking „jaarlijkse vakantie met behoud van loon" in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 dat gedurende de jaarlijkse vakantie in de zin van die richtlijn het loon moet worden doorbetaald. Dit houdt in dat de werknemer voor deze rustperiode zijn normale loon dient te ontvangen.[20]

24. De Nederlandse regering betoogt dat richtlijn 2003/88 geen eisen stelt aan de structuur van het loon. De lidstaten zijn dus vrij om deze structuur te bepalen. Naar de mening van de Nederlandse regering houdt artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 louter in dat het loon van de werknemer (zoals vóór zijn jaarlijkse vakantie, overeenkomstig de nationale wetgeving) moet worden behouden.[21] Aangezien er geen met de Nederlandse wetten en gebruiken overeenkomstige afzonderlijke manier is om de vergoeding tijdens het ziekteverlof te berekenen, behoudt de ambtenaar in casu het loonbedrag dat hij vóór zijn jaarlijkse vakantie ontving. Volgens die regering betekent behoud van het „normale loon" dat het opnemen van de jaarlijkse vakantie niet mag leiden tot een lager loon en dat de werknemer voorafgaand aan, tijdens en na zijn jaarlijkse vakantie het loon moet ontvangen dat hij zou hebben ontvangen indien hij geen jaarlijkse vakantie had opgenomen.

16 Arrest van 21 juni 2012, ANGED (C-78/11, EU:C:2012:372, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 Arrest van 4 oktober 2018, Dicu (C-12/17, EU:C:2018:799, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 C-385/17, EU:C:2018:666, punt 47.

19 Arrest van 13 december 2018 (C-385/17, EU:C:2018:1018).

20 Arrest van 13 december 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 De Nederlandse bewoordingen van richtlijn 2003/88 lijken meer op het „behoud" van het loon te focussen (jaarlijkse vakantie met behoud van loon), maar dit is in de andere taalversies in het algemeen niet het geval. In dat opzicht zijn de Franse („congé annuel payé"), de Duitse („bezahlten Mindestjahresurlaub"), de Spaanse („vacaciones anuales retribuidas"), de Italiaanse („ferie annuali retribuite"), de Portugese („férias anuais remuneradas") en de Zweedse taalversie („årlig betald semester") niet specifieker dan de Engelse taalversie, waarin wordt gesproken over „paid annual leave". De gevolgen van dit verschil zijn evenwel beperkt, aangezien het Hof heeft geoordeeld dat „jaarlijkse vakantie met behoud van loon" inhoudt dat „het loon moet worden doorbetaald". Het heeft evenwel nader gepreciseerd dat dit betekent dat „de werknemer voor deze rustperiode zijn normale loon dient te ontvangen". Zie punt 23 van deze conclusie.

25. Deze argumenten houden naar mijn mening onvoldoende rekening met de rechtspraak van het Hof. Het Hof heeft in de zaak Hein geoordeeld dat, „[o]fschoon de structuur van het gebruikelijke loon van een werknemer als zodanig onder de bepalingen en gebruiken van het recht van de lidstaten valt, [...] zij geen weerslag [mag] hebben op het recht van de werknemer om gedurende zijn periode van rust en ontspanning economische voorwaarden te genieten die vergelijkbaar zijn met die *rond de verrichting van zijn arbeid*”.[22] Voorts heeft het geoordeeld dat het vereiste van betaling van een vakantievergoeding tot doel heeft de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te plaatsen die qua beloning *vergelijkbaar is met de situatie tijdens gewerkte perioden*.[23] Dit tweede element van de rechtspraak van het Hof heeft tot doel ervoor te zorgen dat werknemers jaarlijks vakantie kunnen opnemen zonder bang te hoeven zijn voor financiële verliezen.[24] De overwegingen inzake de duur van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon, namelijk dat de werknemer moet uitrusten van het verrichte werk, worden hier niet in aanmerking genomen.

26. Om te garanderen dat de werknemer een vergoeding ontvangt die vergelijkbaar is met die voor de werkperioden, wordt de tijd dat de werknemer daadwerkelijk zijn werk heeft uitgeoefend als referentie genomen. Het feit dat het opnemen van jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet de reden is voor het lagere loon, kan niet rechtvaardigen dat zijn loon lager is dan het loon dat hij ontvangt wanneer hij werkzaamheden verricht. Anders dan de Nederlandse regering betoogt, kan haar standpunt dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 de lidstaten enkel verplicht een daling van het loon als gevolg van het opnemen van een jaarlijkse vakantie te voorkomen, niet worden verenigd met de rechtspraak van het Hof.

27. Dit is in overeenstemming met de doelstelling van artikel 7 van richtlijn 2003/88. Om de naleving van het in het Unierecht verankerde grondrecht van de werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon te garanderen, mag artikel 7 van richtlijn 2003/88 volgens vaste rechtspraak van het Hof niet restrictief worden uitgelegd ten koste van de rechten die de werknemer aan die richtlijn ontleent.[25] Het Hof heeft onderstreept dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 beoogt de werknemer in staat te stellen de vakantie waarop hij recht heeft, daadwerkelijk op te nemen.[26] Een financiële vergoeding die nog net zo hoog is dat er geen redelijke kans bestaat dat de werknemer zijn jaarlijkse vakantie niet opneemt, voldoet dan ook niet aan de Unierechtelijke eisen.[27]

28. Om te beginnen kan worden betoogd dat het feit dat het loon gelijk is aan het ziekengeld de werknemer niet ontmoedigt om zijn jaarlijkse vakantie op te nemen, omdat hij geen hoger loon zou ontvangen indien hij zijn jaarlijkse verlof niet op dat moment opnam. Zou een werknemer een dergelijke verlaging van zijn loon willen voorkomen, dan zou hij immers enkel hoeven te wachten met het opnemen van zijn vakantie totdat hij weer volledig geschikt is om de vereiste werkzaamheden te verrichten. De werknemer loopt niet het risico om zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon te verliezen indien hij zijn jaarlijkse vakantie uitstelt, aangezien de

22 Arrest van 13 december 2018 (C-385/17, EU:C:2018:1018, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Cursivering van mij.

23 Ibidem, punt 33.

24 Zie voor een berekening arrest van 15 september 2011, Williams e.a. (C-155/10, EU:C:2011:588, punten 24, 25 en 28), inzake de componenten die bij de berekening in aanmerking moeten worden genomen indien het loon uit meerdere componenten bestaat.

25 Arresten van 12 juni 2014, Bollacke (C-118/13, EU:C:2014:1755, punt 22), en 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, punt 31).

26 Arrest van 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, punt 31).

27 Arrest van 15 september 2011, Williams e.a. (C-155/10, EU:C:2011:588, punt 21), met een verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in diezelfde zaak (C-155/10, EU:C:2011:403, punt 90).

rechtspraak van het Hof het recht van de werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon beschermt in die zin dat het niet vervalt aan het einde van de referentieperiode en/of van een naar nationaal recht vastgestelde overdrachtsperiode. [28]

29. Zonder te ontkennen dat de wet een werknemer er niet van mag weerhouden zijn jaarlijkse vakantie op te nemen, kan in dat verband niettemin worden betoogd dat er evenmin reden is tot aanmoediging om die vakantie op te nemen in perioden van volledige of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Dit kan in het onderhavige geval worden betoogd omdat de werknemer een hoger loon zou kunnen ontvangen dan het ziekengeld dat hij anders zou ontvangen, mocht hij op dat moment geen jaarlijkse vakantie opnemen.

30. Ik kan evenwel niet met dat argument instemmen. Het Hof heeft geoordeeld dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 in beginsel niet in de weg staat aan nationale bepalingen of gebruiken volgens welke een werknemer geen recht heeft om jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen tijdens een periode van ziekteverlof, mits die werknemer evenwel de mogelijkheid heeft om in een andere periode gebruik te maken van het hem door de richtlijn verleende recht. [29] Het Nederlandse recht en de Nederlandse gewoonten voorzien duidelijk niet in een dergelijke regel, althans niet voor de ambtenaar in casu. [30] In de gevallen waarin het nationale recht wel toelaat dat tijdens ziekteverlof een jaarlijkse vakantie wordt opgenomen, is er echter geen rechtvaardiging voor een afwijkend loon tijdens een dergelijke afwezigheid.

31. Hoewel het aan de lidstaten staat om in hun nationale recht de voorwaarden voor de uitoefening en de tenuitvoerlegging van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon vast te leggen door de concrete omstandigheden te bepalen waarin werknemers gebruik mogen maken van dat recht, mogen zij het ontstaan zelf van dit recht niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk stellen. Dat zou evenwel het geval zijn indien de term „met behoud van loon" in „jaarlijkse vakantie met behoud van loon" in die zin zou moeten worden uitgelegd dat het is toegestaan een lager loon uit te betalen afhankelijk van de vraag of een werknemer dat recht uitoefent terwijl hij (gedeeltelijk of volledig) arbeidsongeschikt is, dan wel op een ander moment. Met andere woorden, de „waarde" van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon mag niet afhankelijk zijn van het moment waarop die vakantie wordt opgenomen.

32. In de zaak Hein heeft het Hof in feite gekeken naar een situatie waarin een werknemer geen vergoeding ontving die overeenkwam met het normale loon dat hij tijdens tijdvakken van daadwerkelijke arbeid ontving. Aangezien dit gebeurde in de context van een cao, zou kunnen worden aangevoerd dat een lager loon tijdens de jaarlijkse vakantie werd gecompenseerd door andere uit de cao voortvloeiende voordelen. [31] Het Hof heeft dat argument afgewezen. Het heeft geoordeeld dat dit afbreuk zou doen aan het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, „waarvan het recht om gedurende zijn periode van rust en ontspanning economische voorwaarden te genieten die vergelijkbaar zijn met die rond de verrichting van zijn arbeid, integraal deel uitmaakt". [32]

[28] Zie onder meer arresten van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 49), en 25 juni 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria en Iccrea Banca (C-762/18 en C-37/19, EU:C:2020:504, punt 63). Zie wat betreft de mogelijkheid deze overdrachtsperiode te beperken arrest van 22 november 2011, KHS (C-214/10, EU:C:2011:761, punten 34, 38 en 39).

[29] Arrest van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punten 28 en 29).

[30] Hieraan staat richtlijn 2003/88 ook niet in de weg. Ibidem, punt 31.

[31] Dit werd in grote lijnen aangevoerd door de verweerster en de Duitse regering, zie conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak Hein (C-385/17, EU:C:2018:666, punt 55), en arrest van 13 december 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018, punten 38-40).

[32] Arrest van 13 december 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018, punt 43).

33. Er is geen geldige reden waarom de beoordeling anders zou zijn in geval van ziekteverlof waarbij er geen sprake is van dergelijke factoren die de negatieve gevolgen van een verlaging van het loon tijdens de op grond van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 gegarandeerde minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon zouden kunnen compenseren.

34. In zaken die betrekking hadden op het eerste element van de hierboven genoemde rechtspraak van het Hof, namelijk de duur van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon, heeft het Hof geoordeeld dat „werknemers die in de referentieperiode afwezig zijn geweest van het werk omdat zij met ziekteverlof waren [worden] gelijkgesteld met werknemers die in die periode daadwerkelijk hebben gewerkt”.[33] Aangezien richtlijn 2003/88 het recht op jaarlijkse vakantie en het recht op betaling uit dien hoofde als twee aspecten van één recht behandelt, is er geen grond om onderscheid te maken tussen het recht op jaarlijkse vakantie en de betaling als het erom gaat werknemers die afwezig zijn geweest van het werk omdat zij met ziekteverlof waren, gelijk te stellen met degenen die in die periode daadwerkelijk hebben gewerkt. Daarom mag het geen verschil maken of de werknemer op het moment dat hij zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon opneemt, volledig of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, en is het evenmin mogelijk een pro-ratabenadering toe te passen op het tijdens de jaarlijkse vakantie met behoud van loon betaalde loon, afhankelijk van de vraag of een werknemer geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is.

VI. Conclusie

35. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle, te beantwoorden als volgt:

„Artikel 7, lid 1, 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 moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan nationale bepalingen en gebruiken zoals die in het hoofdgeding, waarbij de hoogte van het loon van een werknemer tijdens zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon, die hij opneemt terwijl hij (geheel of gedeeltelijk) arbeidsongeschikt is, wordt verlaagd tot het niveau van het loon dat hij zou ontvangen tijdens die (volledige of gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid.”

[33] Arresten van 4 oktober 2018, Dicu (C-12/17, EU:C:2018:799, punt 29), en 25 juni 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria en Iccrea Banca (C-762/18 en C-37/19, EU:C:2020:504, punt 60).