CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 24 januari 2008 [1]

Inhoud

I — Inleiding . . . . . I - 183

II — Toepasselijke bepalingen . . . . . I - 184

A — Gemeenschapsrecht . . . . . I - 184

B — Nationaal recht . . . . . I - 184

1. Wettelijke regeling . . . . . I - 184

2. Toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten . . . . . I - 185

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen . . . . . I - 186

IV — Procesverloop voor het Hof . . . . . I - 189

V — Voornaamste argumenten van partijen . . . . . I - 189

VI — Juridische beoordeling . . . . . I - 191

A — Eerste vraag . . . . . I - 191

1. Opmerkingen vooraf . . . . . I - 191

2. Recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon als sociaal grondrecht . . I - 192

3. Recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon in het gemeenschapsrecht . . . . . I - 196

a) Uitvoeringsbevoegdheid van de lidstaten . . . . . I - 196

b) Door het gemeenschapsrecht gewaarborgd beschermingsniveau . . . . . I - 198

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

c) Aansluiting van het recht op vakantie bij arbeidsgeschiktheid . . . . . I - 200

i) Overdraagbaarheid van de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen I - 200

ii) Schending van strekking en doel van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 . . . . . I - 202

— Gevaar van uitlegging in strijd met doel . . . . . I - 202

— Uitlegging op basis van de belangen van de partijen van de arbeidsverhouding . . . . . I - 203

iii) Vergelijking met de regelingen in IAO-verdrag nr. 132 . . . . . I - 204

B — Tweede vraag . . . . . I - 205

C — Derde vraag . . . . . I - 207

VII — Conclusie . . . . . I - 209

I — Inleiding

1. Met zijn verzoek om een prejudiciële beslissing vraagt het Landesarbeitsgericht Düsseldorf het Hof krachtens artikel 234 EG om uitlegging van artikel 7, leden 1 en 2, 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] (hierna: „richtlijn 2003/88").

2. Deze vraag is gerezen in het kader van een geding tussen Gerhard Schultz-Hoff (verzoeker) en zijn voormalige werkgeefster, de Deutsche Rentenversicherung Bund (verweerster), waarin het Landesarbeitsgericht uitspraak moet doen over de vraag of verzoeker, na de beëindiging van het dienstverband, jegens verweerster aanspraak kan maken op uitbetaling van vakantie.

3. Het Landesarbeitsgericht Düsseldorf wenst in wezen te vernemen of met artikel 7 van richtlijn 2003/88 verenigbaar is dat het recht van een werknemer op minimaal vier weken vakantie met behoud van loon, aan het einde van het vakantiejaar dan wel uiterlijk aan het einde van het tijdvak van overdracht vervalt en dat de vakantie bij de beëindiging van het dienstverband niet door een financiële vergoeding kan worden vervangen, indien de werknemer daarna tot het einde van het tijdvak van overdracht wegens ziekte arbeidsongeschikt is.

2 — PB L 299, blz. 9.

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Gemeenschapsrecht*

4. Op 2 augustus 2004 is richtlijn 93/104/EG van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd [3] vervangen door richtlijn 2003/88. Evenals haar voorgangster heeft zij tot doel bepaalde minimumvoorschriften vast te stellen inzake veiligheid en gezondheid op het gebied van de organisatie van de arbeidstijd. Artikel 7, dat onveranderd is gebleven, luidt als volgt:

„Jaarlijkse vakantie

1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.

2. De minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband."

3 — PB L 307, blz. 18.

5. Artikel 17 van richtlijn 2003/88 bepaalt dat de lidstaten van bepaalde voorschriften kunnen afwijken. Artikel 7 behoort niet tot de voorschriften ten aanzien waarvan richtlijn 2003/88 een afwijking toelaat.

B — *Nationaal recht*

1. Wettelijke regeling

6. Het Bundesurlaubsgesetz (BUrlG, federale wet inzake de vakantie) van 8 januari 1963, in de versie van 7 mei 2002, bepaalt onder meer:

„§ 1 Recht op vakantie

Iedere werknemer heeft elk kalenderjaar recht op vakantieverlof met behoud van loon.

[…]

§ 3 Duur van de vakantie

1) De vakantie bedraagt minstens 24 werkdagen per jaar.

[…]

§ 7 Tijdstip, overdraagbaarheid en uitbetaling van vakantie

1) Bij de bepaling van het tijdstip van de vakantie moet rekening worden gehouden met de wensen van de werknemer, tenzij dringende bedrijfsbelangen of vakantiewensen van andere werknemers die vanuit sociaal oogpunt voorrang verdienen, daaraan in de weg staan.

[…]

3) De vakantie moet in het lopende kalenderjaar worden toegekend en opgenomen. Vakantie kan enkel naar het volgende kalenderjaar worden overgedragen indien dringende bedrijfsbelangen of met de werknemer verband houdende redenen dat rechtvaardigen. Bij overdracht moet de vakantie in de eerste drie maanden van het volgende kalenderjaar worden toegekend en opgenomen.

4) Indien de vakantie wegens beëindiging van het dienstverband geheel of gedeeltelijk niet meer kan worden toegekend, moet zij worden uitbetaald."

7. § 13 BUrlG bepaalt dat bij collectieve arbeidsovereenkomsten van bovenvermelde bepalingen, waaronder § 7, lid 3, BUrlG, mag worden afgeweken voor zover dit niet in het nadeel van de werknemers is.

2. Toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten

8. In het Manteltarifvertrag für die Angestellten der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (algemene collectieve arbeidsovereenkomst voor de werknemers van de sociale verzekeringsinstantie voor werknemers; hierna: „MTAng-BfA") is het volgende bepaald:

„§ 47 Vakantieverlof

1) De werknemer heeft elk vakantiejaar recht op vakantie met behoud van loon. Vakantiejaar is het kalenderjaar.

[…]

§ 51 Uitbetaling van vakantie

7) De vakantie moet uiterlijk aan het einde van het vakantiejaar worden opgenomen. Indien de vakantie niet tegen het einde van het vakantiejaar kan worden opgenomen, dient zij uiterlijk op 30 april van het daaraanvolgende vakantiejaar te worden opgenomen. Indien de vakantie om redenen in verband met de dienst, wegens arbeidsongeschiktheid of wegens de ingevolge het Mutterschutzgesetz [wet inzake de bescherming bij zwangerschap] beschermde periode niet uiterlijk op 30 april kan worden opgenomen, moet zij uiterlijk op 30 juni worden opgenomen. Indien een binnen het vakantiejaar voor dat vakantiejaar vastgelegde vakantie op verzoek van de Bundesversicherungsanstalt für Angestellte naar de periode na 31 december van het vakantiejaar is verschoven en wegens arbeidsongeschiktheid niet volgens lid 2 uiterlijk op 30 juni kon worden opgenomen, dan moet deze vakantie uiterlijk 30 september worden opgenomen.

1. Indien de vakantieaanspraak op het tijdstip van de opzegging van het dienstverband nog niet vervuld is, moet de vakantie, voor zover de dienst of het bedrijf dit toelaten, tijdens de opzegtermijn worden toegekend en opgenomen. Voor zover de vakantie niet kan worden toegekend of de opzegtermijn niet volstaat, moet de vakantie worden uitbetaald. Hetzelfde geldt wanneer het dienstverband bij overeenkomst tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd (§ 58) of wegens verminderde verdiencapaciteit eindigt (§ 59), of wanneer het dienstverband ingevolge § 59, lid 1, eerste alinea, vijfde volzin, wordt opgeschort".

[…]

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

Vakantie die niet binnen de genoemde termijnen is opgenomen, vervalt.

9. Partijen in het hoofdgeding zijn het oneens over de vraag of verzoeker, na de beëindiging van zijn dienstverband op 30 september 2005, aanspraak kan maken op uitbetaling van vakantie voor de jaren 2004 en 2005.

[…]

10. Verzoeker, geboren op 14 januari 1949, was sinds 1 april 1971 bij verweerster respectievelijk haar rechtsvoorgangster in dienst. Op het dienstverband was het MTAng-BfA van toepassing. Verzoeker ontving laatstelijk een salaris volgens salarisgroep 11. Sinds 1985 was verzoeker als buitendienstmedewerker werkzaam in de vestiging Düsseldorf. Hij diende onder meer bedrijfscontroles uit te voeren en toezicht uit te oefenen op de invorderingsinstanties. Daarvoor had hij een auto nodig.

11. Verzoeker, die volgens het Duitse recht als zwaar gehandicapt (GdB 60 „G"[4]) wordt aangemerkt, heeft wegens een ernstige tussenwervelschijfaandoening sinds 1995 in totaal 16 operaties moeten ondergaan. Perioden van arbeidsgeschiktheid werden afgewisseld met perioden van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. In 2004 was verzoeker tot begin september arbeidsgeschikt. Vanaf 8 september 2004 werd hij — en vanaf toen ononderbroken tot en met 30 september 2005 — door de arts ziek verklaard. Door de voortdurende inname van pijnstillers met morfine, kan hij sindsdien en tot op heden geen motorvoertuig besturen.

12. Bij brief van 13 mei 2005 heeft verzoeker verzocht om hem vanaf 1 juni 2005 de vakantie voor 2004 toe te kennen. Dit heeft verweerster op 25 mei 2005 geweigerd op grond dat de arbeidsgeneeskundige dienst daarvoor overeenkomstig § 7, lid 2, MTAng-BfA eerst de arbeidsgeschiktheid moest vaststellen. Bij brief van 10 augustus 2005 verzocht verzoeker erom dat hem bij wijze van re-integratiemaatregel een voorstel voor thuiswerk zou worden gedaan. Op 6 september 2005 antwoordde verweerster hierop dat zij, na de door verzoeker onverwacht ingediende aanvraag voor een uitkering, eerst de uitkomst van de procedure daarvoor wilde afwachten.

13. Bij besluit van september 2005 heeft verweerster als uitkeringsinstantie vastgesteld dat verzoeker minder valide was en heeft zij met terugwerkende kracht tot 1 maart 2005 voor onbepaalde tijd een uitkering wegens volledige invaliditeit toegekend. Op grond van deze vaststelling is overeenkomstig § 59 MTAng-BfA het dienstverband tussen partijen op 30 september 2005 beëindigd.

14. In november 2005 heeft verzoeker bij het Arbeitsgericht Düsseldorf een vordering ingediend tot uitbetaling van de vakantie voor 2004 en 2005. Bij uitspraak van 7 maart 2006 heeft het Arbeitsgericht de vordering afgewezen. Tegen die uitspraak heeft verzoeker op 27 april 2006 hoger beroep ingesteld bij het Landesarbeitsgericht Düsseldorf.

4 — De „Grad der Behinderung" (GdB, mate van invaliditeit) is een begrip uit het Duitse recht inzake zwaargehandicapten. Het betreft een maatstaf voor de mate van beperking door een handicap. Het begrip wordt gebruikt in het *Sozialgesetzbuch IX — Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*. De GdB kan variëren tussen 20 en 100. Hij wordt in 10 niveaus onderverdeeld. Als zwaargehandicapt worden aangemerkt alle personen met een GdB van minstens 50, hetgeen door de zorginstelling of door de sociale dienst wordt vastgesteld. In de invaliditeitspas worden aantekeningen aangebracht en worden bijzondere beperkingen vermeld. Het teken „G" betekent een beperking in de bewegingsbekwaamheid in het wegverkeer.

15. Verzoeker berekent dat hij, uitgaande van 35 vakantiedagen per jaar en een maandelijks inkomen van 4 362,67 EUR bruto, recht heeft op uitbetaling van in totaal 14 094,78 EUR bruto. Hij voert aan dat hij in de per 1 juni 2005 aangevraagde vakantie wilde uitrusten voor latere deelname aan een re-integratieprogramma. Voorts betoogt hij dat hij in staat is om in deeltijd lichte kantoorwerkzaamheden te verrichten.

16. Verweerster voert daartegen in dat de door verzoeker genoemde kantoorwerkzaamheden in deeltijd geen vervulling van de prestatieverplichting overeenkomstig de overeenkomst vormen. Voor zover verzoekers arbeidsongeschiktheid tot op heden blijft voortbestaan, konden de vakantieaanspraken niet voor het einde van elk tijdvak van overdracht worden opgenomen en zijn deze vervallen. Verzoeker heeft derhalve ook geen recht op de gevorderde uitbetaling van vakantie.

17. De verwijzende rechter is van oordeel dat de beslechting van het geding afhangt van de uitlegging van richtlijn 2003/88. Hij heeft de behandeling van de zaak derhalve geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88/EG (= artikel 7 van richtlijn 93/104/EG) aldus worden uitgelegd, dat een werknemer in ieder geval recht heeft op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken en dat inzonderheid vakantie die een werknemer wegens ziekte niet heeft opgenomen in het vakantiejaar, later mag worden opgenomen, of kunnen nationale wetten en/of gebruiken bepalen dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon vervalt wanneer de werknemer in het vakantiejaar vóór de vakantietoekenning wegens ziekte arbeidsongeschikt wordt en niet opnieuw arbeidsgeschikt wordt vóór het einde van het vakantiejaar respectievelijk het tijdvak van overdracht dat wettelijk is vastgelegd of collectief of individueel is overeengekomen?

2) Moet artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88/EG aldus worden uitgelegd, dat een werknemer bij beëindiging van het dienstverband in ieder geval recht heeft op een financiële vergoeding ter vervanging van verkregen en niet opgenomen vakantie (uitbetaling van vakantie), of kunnen nationale wetten en/of gebruiken bepalen dat een werknemer geen recht heeft op uitbetaling van vakantie wanneer hij tot aan het einde van het vakantiejaar respectievelijk het daaraanvolgende tijdvak van overdracht wegens ziekte arbeidsongeschikt is en/of wanneer hij na beëindiging van het dienstverband een uitkering wegens verminderde verdiencapaciteit of invaliditeit ontvangt?

3) Indien de eerste en de tweede vraag bevestigend worden beantwoord:

Moet artikel 7 van richtlijn 2003/88/EG aldus worden uitgelegd, dat het recht op jaarlijkse vakantie of op financiële vergoeding veronderstelt dat de werknemer daadwerkelijk heeft gewerkt in het vakantiejaar, of ontstaat het recht ook bij gerechtvaardigde niet-uitvoering (wegens ziekte) of niet-gerechtvaardigde niet-uitvoering van de arbeidsovereenkomst in het volledige vakantiejaar?"

IV — Procesverloop voor het Hof

18. De verwijzingsbeslissing van 2 augustus 2006 is op 21 augustus 2006 ingekomen ter griffie van het Hof.

19. Schriftelijke opmerkingen zijn binnen de termijn van artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie ingediend door verweerster in het hoofdgeding, de Duitse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Italiaanse regering alsmede door de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

20. Ter terechtzitting van 20 november 2007 zijn de gemachtigden van de Duitse regering, van de regering van het Verenigd Koninkrijk, van de Nederlandse regering alsmede van de Commissie verschenen om mondelinge opmerkingen te maken.

V — Voornaamste argumenten van partijen

21. *Verweerster* betoogt dat een onbeperkte overdracht van vakantieaanspraken bij arbeidsgeschikte werknemers indruist tegen het met de richtlijn nagestreefde doel van bescherming (waarborg van minimumrusttijden en van veiligheid en gezondheid van de werknemers). Bij arbeidsongeschikte werknemers zou de onbeperkte overdracht er zelfs toe leiden dat werkgevers geneigd zouden kunnen zijn zich middels ontslag eerder van langdurig zieke werknemers te ontdoen. Anders zouden zij immers het risico lopen de eventueel over meerdere jaren opgespaarde omvangrijke vakantieaanspraken bij de beëindiging van het dienstverband te moeten uitbetalen, hetgeen ernstig afbreuk aan de bedrijfsbelangen zou kunnen doen.

22. De *Duitse regering* staat op het standpunt dat artikel 7, lid 1, van de arbeidstijdenrichtlijn enkel bepaalt dat een werknemer recht heeft op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken. Voorwerp van deze regeling is alleen de minimumduur van de jaarlijkse vakantie. De modaliteiten voor de toekenning van de vakantie, waartoe ook het

verval van de vakantieaanspraak behoort, worden in de richtlijn aan de regelingsbevoegdheid van de lidstaten en aan de uitlegging van het nationale recht door de rechtspraak gelaten.

23. In verband met de tweede vraag betoogt de Duitse regering dat het aan de lidstaten en hun instellingen is gelaten om te bepalen of en zo ja onder welke voorwaarden zij bij beëindiging van het dienstverband uitbetaling van vakantie willen toelaten.

24. Volgens de *Britse regering* heeft verzoeker niet gewerkt zolang hij met ziekteverlof was, zodat hij ook geen „daadwerkelijke rust" nodig had om te recupereren van de arbeid. Doel van artikel 7 van richtlijn 2003/88 is volgens de Britse regering de veiligheid en gezondheid van degenen die daadwerkelijk werken, te waarborgen door voor hen in rusttijden te voorzien. In het onderhavige geval zou toekenning van de vakantie echter geen positieve uitwerking op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer hebben gehad. De vakantie had niet vóór de beëindiging van het dienstverband kunnen worden genomen. Indien verzoeker in casu aanspraak op de jaarlijkse vakantie zou hebben gehad, dan moet de vraag worden gesteld: vakantie waarvan? De stelling dat verzoeker „jaarlijkse vakantie" neemt gedurende zijn „ziekteverlof", heeft derhalve geen betekenis.

25. De Britse regering wijst erop dat het antwoord op de tweede prejudiciële vraag voortvloeit uit het antwoord op de eerste vraag. Aangezien een dergelijke werknemer geen aanspraak op jaarlijkse vakantie volgens artikel 7, lid 1, heeft, kan hij ook geen aanspraak hebben op uitbetaling van vakantie krachtens artikel 7, lid 2. Bovendien is uitbetaling van vakantie aan het einde van het dienstverband volgens artikel 7, lid 2, weliswaar toegestaan, doch niet verplicht. Derhalve kan er geen verplichting tot een dergelijke uitbetaling bestaan wanneer iemand door langdurige arbeidsongeschiktheid wegens ziekte niet heeft gewerkt.

26. De *Italiaanse regering* wijst zowel op verdragen nrs. 52 en 132 van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO, of ILO volgens de Engelse afkorting) als op de rechtspraak van het Hof van Justitie over de uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2003/88. Gelet op de door het Hof van Justitie geformuleerde beginselen kan men volgens deze regering niet tot de slotsom komen dat de aanspraak van verzoeker in het hoofdgeding op daadwerkelijke toekenning van vakantie komt te vervallen, zonder dat daarbij afbreuk wordt gedaan aan het verschil in de doelen van het vakantieverlof en van het ziekteverlof.

27. Op basis van het voorgaande komt de Italiaanse regering tot de slotsom dat een werknemer bij de beëindiging van het dienstverband in ieder geval recht heeft op een financiële vergoeding als vervanging voor de verworven maar niet opgenomen vakantie. Een nationaal voorschrift volgens hetwelk werknemers geen recht hebben op uitbetaling van vakantie wanneer zij tot het einde van het

vakantiejaar of van het desbetreffende tijdvak van overdracht, wegens ziekte arbeidsongeschikt zijn, lijkt derhalve niet in overeenstemming met de gemeenschapsbeginselen.

28. Volgens de *Commissie* is het bezwaar dat een werknemer die wegens ziekte afwezig is geweest en niet heeft gewerkt, geen overeenkomstige rusttijd nodig heeft, niet verenigbaar met de door het Hof van Justitie in de rechtspraak tot uitdrukking gebrachte opvatting. In het geval van ziekteverlof van de werknemer kan er niet van uit worden gegaan dat de aanspraak op jaarlijkse vakantie is vervuld, aangezien het ziekteverlof het gevolg is van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer en niet dient om uit te rusten, afstand te nemen en te recupereren, maar om te genezen en om gezondheid en arbeidsgeschiktheid te herwinnen. Naar mening van de Commissie moeten de lidstaten de hun bij de richtlijn gestelde grenzen eerbiedigen. Maatregelen van de lidstaten mogen derhalve niet zo ver gaan dat zij de werknemer verplichten de jaarlijkse vakantie binnen een gelimiteerd tijdvak van overdracht in het daaropvolgende jaar op te nemen, en niet-inachtneming van deze voorwaarden met het automatische verval van de vakantieaanspraak bestraffen. Het verval van de aanspraak zonder vergoeding is derhalve in strijd met het doel van de richtlijn.

29. Met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag betoogt de Commissie dat de aan de rechtspraak van het Hof ten grondslag liggende redenering, volgens welke de mogelijkheid om het recht op jaarlijkse vakantie door een financiële vergoeding te vervangen fundamenteel in strijd is met richtlijn 2003/88, a fortiori ook van toepassing is op een nationale regeling waarin is bepaald dat het niet opnemen van de jaarlijkse vakantie automatisch tot het verval daarvan leidt.

30. Met het argument dat dit niet het voorwerp van de regeling is, trekt de *Nederlandse regering* in haar mondelinge opmerkingen in twijfel dat richtlijn 2003/88 in beginsel toepasbaar zou zijn in gevallen waarin de werknemer wegens ziekte afwezig is. De werkingssfeer van richtlijn 2003/88 blijft uitsluitend beperkt tot actieve werknemers, zodat in casu alleen het nationale recht toepassing vindt. Vanwege de verscheidenheid aan regelingen van de lidstaten kunnen er echter geen algemeen geldende conclusies worden getrokken ten aanzien van de rechten van zieke werknemers.

VI — Juridische beoordeling

A — *Eerste vraag*

1. Opmerkingen vooraf

31. Met de eerste prejudiciële vraag legt het Landesarbeitsgericht Düsseldorf een probleem voor betreffende de uitlegging van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88, in het bijzonder van de uitdrukking „overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie". Vanuit juridisch oogpunt betreft dit uitleg-

gingsprobleem de vraag of, en zo ja in hoeverre de lidstaten bevoegd zijn om de wettelijke voorwaarden voor het verval van het recht op minimale vakantie met behoud van loon vast te leggen.

2. Recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon als sociaal grondrecht

32. Wat de verdeling betreft van de regelingsbevoegdheden tussen de Gemeenschap en haar lidstaten in het kader van de waarborging van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, dient er om te beginnen op te worden gewezen dat de gemeenschapswetgever met de vaststelling van richtlijn 2003/88 gebruik heeft gemaakt van een juridisch instrument dat de nationale instanties overeenkomstig artikel 249, derde alinea, EG weliswaar een zekere speelruimte laat ten aanzien van de keuze van de vorm en middelen voor de uitvoering ervan, doch hun tegelijkertijd in die zin beperkingen oplegt dat de richtlijn voor elke lidstaat verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat. [5] De nationale rechtsorden hebben aldus op het gebied van de uitvoering van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon grote, maar niettemin niet onbeperkte, mogelijkheden van invulling. [6] Bij het vervullen van de taak om artikel 7 uit te voeren moeten de lidstaten derhalve steeds rekening houden met de doelen van richtlijn 2003/88.

33. Voor een passend antwoord aan de nationale rechter is het mijns inziens noodzakelijk uitgebreid op dit onderwerp in te gaan en het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zowel te bezien in de vorm die daaraan in het afgeleide recht binnen de communautaire rechtsorde is gegeven als in de ruimere context van de sociale grondrechten.

34. Wat het doel van richtlijn 2003/88 betreft, volgt zowel uit artikel 137 EG, dat de rechtsgrondslag voor deze richtlijn vormt, uit de punten 1, 4, 7 en 8 van de considerans van deze richtlijn alsmede uit de bewoordingen van artikel 1, lid 1, daarvan, dat deze richtlijn ertoe strekt minimumvoorschriften vast te stellen om de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers te verbeteren door de nationale regelingen inzake met name de duur van de arbeidstijd te harmoniseren. [7] De harmonisatie op gemeenschapsniveau inzake de organisatie van de arbeidstijd moet een betere bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers waarborgen

5 — Zie het fundamentele arrest van 8 april 1976, Royer (48/75, Jurispr. blz. 497, punten 69 en 73), waarin is bepaald dat „hieruit voor de lidstaten de verplichting voortvloeit om in het kader van de hun door artikel [249 EG] gelaten vrijheid, de meest passende vormen en middelen te kiezen ter verzekering van het nuttig effect van de richtlijnen", rekening houdend met de doelstelling ervan.

6 — Zie Stärker, L., *Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie*, Wenen 2006, blz. 81.

7 — Arresten van 26 juni 2001, BECTU (C-173/99, Jurispr. blz. I-4881, punt 37); 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, Jurispr. blz. I-8389, punten 45 en 47); 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punt 91), en 1 december 2005, Dellas e.a. (C-14/04, Jurispr. blz. I-10253, punt 40).

door hun dagelijkse, wekelijkse en jaarlijkse minimumrusttijden en voldoende pauzes toe te kennen alsmede door een plafond vast te stellen voor de maximale wekelijkse arbeidstijd. [8]

35. Bij de uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2003/88 moet er derhalve rekening mee worden gehouden dat het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet voor het eerst in de arbeidstijdenrichtlijn is vastgelegd, maar eigenlijk los van de duur van de toegekende vakantie sinds lange tijd tot de volkenrechtelijk erkende sociale grondrechten wordt gerekend. [9] Op internationaal niveau wordt dit grondrecht bijvoorbeeld genoemd in artikel 24 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens [10], volgens hetwelk eenieder het „recht [heeft] op rust en op eigen vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon". Het wordt tevens erkend in artikel 2, lid 3, van het Sociaal Handvest van de Raad van Europa [11] alsmede in artikel 7, sub d, van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten [12] als uitdrukking van het recht van eenieder op rechtvaardige en billijke arbeidsvoorwaarden.

36. In het kader van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO), als bijzondere organisatie van de Verenigde Naties, zijn er over het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon twee multilaterale verdragen gesloten. Het op 30 juni 1973 in werking getreden verdrag nr. 132 [13] heeft het tot dan toe geldende verdrag nr. 52 [14] gewijzigd. Zij bevatten dwingende voorschriften voor de verdragsluitende staten met betrekking tot de verwezenlijking van deze sociale grondrechten in hun nationale rechtsorden.

37. Deze veelvoud aan internationale handelingen verschillen echter zowel qua inhoud als qua normatieve draagwijdte aangezien het in

8 — Arresten van 3 oktober 2000, Simap (C-303/98, Jurispr. blz. I-7963, punt 49); BECTU (zie voetnoot 7 supra, punt 38); Jaeger (zie voetnoot 7 supra, punt 46); 12 oktober 2004, Wippel (C-313/02, Jurispr. blz. I-9483, punt 47), en Dellas e.a. (zie voetnoot 7 supra, punt 41).

9 — Zoals advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie van 8 februari 2001, BECTU (arrest aangehaald in voetnoot 7, punt 22) uiteenzet, wordt het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon sinds lange tijd tot de sociale grondrechten gerekend.

10 — Universele Verklaring van de rechten van de mens, afgekondigd op 10 december 1948 bij Resolutie 217A(III) van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.

11 — Het Europees Sociaal Handvest, ter ondertekening door de lidstaten van de Raad van Europa voorgelegd op 18 oktober 1961 te Turijn en op 26 februari 1965 van kracht geworden. In artikel 2, lid 3, daarvan is bepaald dat de overeenkomstsluitende partijen zich, teneinde de onbelemmerde uitoefening van het recht op billijke arbeidsvoorwaarden te waarborgen, verbinden een jaarlijks verlof met behoud van loon van ten minste twee weken te waarborgen.

12 — Het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten is op 19 december 1966 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties met eenparigheid van stemmen goedgekeurd. Artikel 7, sub d, daarvan bepaalt: „De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden, die in het bijzonder het volgende waarborgen: rustpauzen, vrije tijd en een redelijke duur van de werktijd en periodieke vakanties met behoud van loon, alsmede behoud van loon op algemeen erkende feestdagen".

13 — Verdrag nr. 132 over de jaarlijkse vakantie met behoud van loon (nieuwe versie van 1970), aangenomen door de Algemene Vergadering van de Internationale Arbeidsorganisatie op 24 juni 1970, in werking getreden op 30 juni 1973.

14 — Verdrag nr. 52 over de jaarlijkse vakantie met behoud van loon, aangenomen door de Algemene Vergadering van de Internationale Arbeidsorganisatie op 24 juni 1936, in werking getreden op 22 september 1939. Dit verdrag is bij verdrag nr. 132 geherformuleerd, maar wacht nog steeds op ratificering.

enkele gevallen om volkenrechtelijke verdragen gaat, in andere daarentegen enkel om plechtige verklaringen die juridisch niet bindend zijn. [15] Ook is de personele werkingssfeer verschillend, zodat de kring van begunstigden geenszins gelijk is. Bovendien is er voor de ondertekenende staten als adressaten van de handeling in de regel een verdere speelruimte voor uitvoering opgenomen, zodat de begunstigden zich niet rechtstreeks op dat recht kunnen beroepen. Niettemin is het veelzeggend dat het recht op vakantie met behoud van loon in al deze internationale handelingen in eenduidige bewoordingen tot de grondrechten van de werknemers wordt gerekend.

38. Des te belangrijker is mijns inziens het feit dat dit recht met de opneming in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [16] wel de meest gekwalificeerde en meest definitieve bevestiging heeft gevonden dat het om een grondrecht gaat. [17] Artikel 31, lid 2, van het Handvest bepaalt namelijk dat „iedere werknemer recht heeft op een beperking van de maximumarbeidsduur en op dagelijkse en wekelijkse rusttijden, alsmede op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon". Blijkens de ontstaansgeschiedenis sluit deze bepaling aan bij artikel 2, lid 3, van het Europees Sociaal Handvest van de Raad van Europa, alsmede bij punt 8 van het Gemeenschapshandvest van sociale rechten van de werkenden [18], waarbij richtlijn 93/104, als voorgangster van de huidige richtlijn 2003/88, blijkens de toelichtingen van het secretariaat van het presidium van de Europese Conventie, van beslissende betekenis was. [19]

39. Artikel 31, lid 2, van het Handvest van de grondrechten legt dus het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon als een van de aan eenieder toekomende rechten van de mens vast [20]. Weliswaar is aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,

15 — Zuleeg, M., „Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1992, nr. 15/16, blz. 331, wijst erop dat handelingen die niet juridisch bindend zijn, zoals het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden, in de eerste plaats als koersbepaling dienen. Zij krijgen echter een juridische betekenis wanneer rechters daarnaar verwijzen voor de uitlegging of de rechtsontwikkeling. Balze, W., „Überblick zum sozialen Arbeitsschutz in der EU", *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 38e supplement 1998, punt 4, stelt terecht vast dat het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden weliswaar zelf als plechtige verklaring niet juridisch bindend is, doch wel een fundamentele stimulans was voor het eind 1989 afgekondigde actieprogramma van de Commissie van 28 november 1989 inzake de toepassing van het Gemeenschapshandvest. Het actieprogramma bevatte in totaal 23 concrete voorstellen voor richtlijnen, onder meer op het gebied van de veiligheid en de bescherming van de gezondheid van de werknemers, die voor het grootste gedeelte vóór 1993 zijn uitgevoerd. Daaruit volgt dat ook plechtige verklaringen, als inspiratiebron voor wetgevingsactiviteiten uiteindelijk toch van betekenis kunnen zijn bij de verwezenlijking van de daarin geproclameerde sociale grondrechten.

16 — Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd op 7 december 2000 te Nice (PB C 364, blz. 1).

17 — Tot dezelfde slotsom komt advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie in de zaak BECTU (zie voetnoot 9 supra, punt 26).

18 — Het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden is op 9 december 1989 te Straatsburg aangenomen door de staatshoofden en regeringsleiders van de lidstaten van de Europese Gemeenschap. Punt 8 van het Gemeenschapshandvest bepaalt dat „iedere werknemer van de Europese Gemeenschap recht heeft op wekelijkse rusttijd en op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, waarvan de duur onderling in opwaartse zin moet worden aangepast, overeenkomstig de nationale gebruiken". Eichenhofer, E., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (uitg. door Dauses, M. A.), München 2004, deel 1, D. III., punten 38-39, spreekt in dit verband uitdrukkelijk van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon als een in het Gemeenschapshandvest verankerd „sociaal grondrecht".

19 — Zie hierover Rengeling, H.-W., *Grundrechte in der Europäischen Union*, Keulen 2004, punt 1016, blz. 812.

20 — Riedel, E., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (uitg. door Jürgen Meyer), 2e druk, Baden-Baden 2006, Art. 31, punt 20, is van mening dat het belang van artikel 31, lid 2, van het Handvest van de grondrechten vooral ligt in het feit dat daarin de beginselen van de beperking van de maximumarbeidstijd, de toe te kennen dagelijkse en wekelijkse rusttijd, zelfs bij arbeidsverhoudingen met ploegendienst of wisselende werktijden, alsmede de jaarlijkse vakantie met behoud van loon, als sociaal minimum onbetwistbaar zijn vastgelegd als tot de mensenrechten behorende, eenieder toekomende rechten.

net als aan de hierboven genoemde internationale juridische instrumenten, geen authentieke normatieve draagkracht toegekend, zodat het vooral als een politieke verklaring moet worden gezien. Niettemin ben ik van mening dat het onjuist zou zijn om ervan uit te gaan dat het Handvest voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel belang toekomt. [21] Ongeacht de in de toekomst nog op te helderen vraag wat de definitieve juridische status van het Handvest binnen de rechtsorde van de Europese Unie is, vormt dit thans reeds een concertisering van gemeenschappelijke Europese fundamentele waarden. [22]

40. Bovendien vormt het voor een groot deel ook een weerspiegeling van de gezamenlijke grondwettelijke tradities van de lidstaten. Voor zover ik kan overzien gaat deze gevolgtrekking zeker op voor het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon, aangezien er voor artikel 31, lid 2, van het Handvest in de grondwetten van een groot aantal lidstaten voorbeelden te vinden zijn. [23] Het is derhalve zeer goed te verdedigen dat in een geding over de aard en de draagwijdte van

21 — Deze opvatting heb ik recentelijk verdedigd in mijn conclusie van 3 mei 2007, Zefeser (C-62/06, punt 54 en voetnoot 43), in verband met het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Eerder reeds advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie in de zaak BECTU (zie voetnoot 9 supra, punt 28), alsmede advocaat-generaal Léger in zijn conclusie van 10 juli 2001, Raad/Hautala (C-353/99 P, Jurispr. blz. I-9565, punten 73-86). Ook het Hof van Justitie beroept zich steeds vaker op het Handvest van de grondrechten. Zie meest recentelijk arrest van 27 juni 2006, Parlement/Raad (C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 38), in verband met de in de considerans van de omstreden richtlijn opgenomen verwijzing naar het Handvest, alsmede arresten van 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, punt 37), en 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, punt 46).

22 — Zie hierover Poiares Maduro, M., „The double constitutional life of the Charter of Fundamental Rights", *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid 2004, blz. 306; Schmitz, T., „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Konkretisierung der gemeinsamen europäischen Werte", *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, Berlijn 2005, blz. 85, alsmede Beyer, U./Oehme, C./Karmrodt, F., *„Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht", Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, nr. 34, November 2004, blz. 14. García Perrote Escartín, I., „Sobre el derecho de vacaciones", *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, deel 4 (2004), blz. 3586, uit het vermoeden dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, zoals het in artikel 40, lid 2, van het Spaanse grondwet is neergelegd, het uitvloeisel van alle internationale instrumenten ter bescherming van de grondrechten is. Volgens hem hebben al deze instrumenten samen bijgedragen tot het ontstaan van een universeel dan wel specifiek Europees bewustzijn over het bestaan van dat sociale grondrecht.

23 — Volgens het gemeenschapsrecht staat het in de eerste plaats aan de lidstaten om een regeling te geven voor het gebied van de arbeidsvoorwaarden. Verschillende grondwetsteksten bevatten waarborgen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden waarin het recht van de werknemers op rust is opgenomen. Zo leggen artikel 11, lid 5, van de grondwet in *Luxemburg* en artikel 40, lid 2, van de grondwet in *Spanje*, de staat de verplichting op om gezonde arbeidsvoorwaarden tot stand te brengen en de rust van de werknemers te waarborgen resp. ervoor te zorgen dat dit gebeurt (vgl. González Ortega, S., „El disfrute efectivo de la vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad", *Revista española de derecho europeo*, nr. 11 [2004], blz. 423 e.v.). Een veel uitgebreidere regeling, die veel dichter bij de formulering in artikel 31 van het Handvest staat, is te vinden in artikel 36 van de grondwet van *Italië*, die onder meer voorziet in een recht op een wekelijkse rustdag en een jaarlijkse vakantie met behoud van loon. De grondwet van *Portugal* schijnt een van de voorbeelden voor het Handvest te zijn geweest, aangezien artikel 59, lid 1, sub d, daarvan het recht op rust en vrije tijd, op een maximumgrens voor de dagelijkse werktijd, op wekelijkse rust alsmede regelmatige vakantie met behoud van loon, vastlegt (vgl. Vieira De Andrade, J. C., „La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Portugal", *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne — Étude de droit comparé*, Athene/Brussel/Baden-Baden 2000, blz. 677). In de meeste oude lidstaten van de Europese Unie is het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon gefundeerd op gewone wetten waarin de betrokken voorschriften van secundair recht van de richtlijn zijn weergegeven, voor zover het gemeenschapsrechtelijke toepassinggebieden betreft. De nieuwe lidstaten, inclusief *Cyprus*, bezitten daarentegen een zeer uitgebreide codificatie van dit recht. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 36, sub f, van de *Slowaakse* grondwet, artikel 66, lid 2, van de *Poolse* grondwet, artikel 70/B, lid 4, van de *Hongaarse* grondwet, artikel 107 van de *Letse* grondwet alsmede artikel 49, lid 1, van de *Litouwse* grondwet, waarin telkens de minimale vakantie met behoud van loon is gewaarborgd. Arbeidsvoorwaarden in het algemeen zijn in de grondwet van *Slovenië* (artikel 66), van de *Tsjechische Republiek* (artikel 28) alsmede in die van *Estland* (artikel 29, lid 4) opgenomen (vgl. Riedel, E., loc. cit. voetnoot 20 supra, Art. 31, punten 3-4).

een grondrecht, zoals het onderhavige geding, de kerngedachte van artikel 31, lid 2, van het Handvest bij de uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2003/88 in aanmerking wordt genomen. [24]

3. Recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon in het gemeenschapsrecht

a) Uitvoeringsbevoegdheid van de lidstaten

41. Het Hof van Justitie heeft de draagwijdte van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon aanvaard met de vaststelling dat „het recht van elke werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht moet worden beschouwd, waarvan niet mag worden afgeweken en waaraan de bevoegde nationale autoriteiten slechts uitvoering mogen geven binnen de grenzen die uitdrukkelijk in richtlijn 93/104 zelf zijn opgesomd". [25] Artikel 7 van richtlijn 2003/88 is geformuleerd in de vorm van een regel die voorschrijft dat een werknemer in het belang van een doeltreffende bescherming van zijn veiligheid en gezondheid daadwerkelijke rust moet kunnen genieten. [26]

42. Om de doelstellingen van de richtlijn te kunnen verwezenlijken moet er, net als de rechtspraak doet, van uit worden gegaan dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 vanuit het oogpunt van de tijd een ruim beschermingsgebied beslaat, zodat de volgende uiteenzettingen ook gelden voor vakantie die niet in het lopende jaar maar op een later tijdstip wordt genomen. Het Hof heeft in dit verband immers vastgesteld dat het positieve effect van de jaarlijkse vakantie op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer zich weliswaar ten volle doet gevoelen wanneer dit verlof in het daartoe voorziene jaar, te weten het lopende jaar, wordt genomen, doch dat deze rusttijd niet aan belang inboet wanneer hij in een volgende periode wordt genomen. Aangezien de vakantie ook kan bijdragen aan de veiligheid en de gezondheid van de werknemer wanneer zij later wordt genomen, valt zij ook in dat geval binnen de werkingssfeer van de richtlijn. [27]

24 — Volgens Smismans, S., „The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights", *Social Rights in Europe* (uitg. door Gráinne de Búrca en Bruno de Witte), Oxford 2005, blz. 229, zal de vraag naar de verhouding tussen artikel 7 van richtlijn 2003/88 en de grondrechten, en vooral artikel 31, lid 2, van het Handvest, in procedures voor het Hof van Justitie onvermijdelijk aan de orde komen. Volgens Krebber, S., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag* (uitg. door Christian Calliess/Matthias Ruffert), 1e druk. Neuwied 1999, artikel 136 EG, punt 35, blz. 1365, bieden Europese sociale handvesten en gemeenschapshandvesten grote steun bij de uitlegging van de betekenis van arbeidsrechtelijke begrippen op gemeenschapsniveau. Volgens Stärker, L., *Kommentar zur EU-Arbeitszeit-richtlinie*, Wenen 2006, blz. 81, is artikel 31, lid 2, van het Handvest van de grondrechten kennelijk zelfs normatief van aard, voor zover hij erop wijst dat deze bepaling voorschrijft dat er een jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet worden vastgesteld. Naar mening van Benedetti, G., „La rilevanza giuridica della Carta Europea innanzi alla Corte di Giustizia: il problema delle ferie annuali retribuite", *Carta Europea e diritti dei privati*, 2000, blz. 128, 129, kan in een geding over de draagwijdte van het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet voorbij worden gegaan aan het Handvest van de grondrechten, ook al is dit juridisch niet bindend, aangezien het bepalingen bevat die de gemeenschappelijke grondwettelijke tradities van de lidstaten weerspiegelen. Het heeft derhalve een functie als uitgangspunt of als steun bij de uitlegging van het gemeenschapsrecht.

25 — Arresten van 6 april 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging (C-124/05, Jurispr. blz. I-3423, punt 28), Dellas e.a. (zie voetnoot 7 supra, punt 49), 18 maart 2004, Merino Gómez (C-342/01, Jurispr. blz. I-2605, punt 29), en BECTU (zie voetnoot 7 supra, punt 43).

26 — Arrest BECTU (zie voetnoot 7 supra, punt 44).

27 — Arrest Federatie Nederlandse Vakbeweging (zie voetnoot 25 supra, punten 30 en 31).

43. Volgens de rechtspraak komt de lidstaten bij de verwezenlijking van dit recht een doorslaggevende rol toe, aangezien zij voor de vervulling van de taak om artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 uit te voeren verplicht zijn om de noodzakelijke nationale uitvoeringsbepalingen vast te stellen. [28] Dit omvat de vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening en de uitvoering van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, waarbij het de lidstaten vrijstaat de concrete omstandigheden te bepalen waarin de werknemers gebruik mogen maken van dit recht, dat hun toekomt op grond van alle vervulde tijdvakken van arbeid. [29]

44. De verwijzing in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 naar de nationale bepalingen dient er in het bijzonder toe om de lidstaten de mogelijkheid te bieden een rechtskader te scheppen dat de organisatorische en procedurele aspecten van de uitoefening van het recht op vakantie regelt, zoals het plannen van de vakantietijd, de eventuele verplichting van de werknemer om de werkgever op voorhand mee te delen wanneer hij vakantie wil nemen, het vereiste dat een minimumarbeidstijd moet zijn vervuld alvorens vakantie te kunnen nemen, de criteria voor de evenredige berekening van het recht op jaarlijkse vakantie wanneer de duur van het dienstverband minder dan één jaar bedraagt, enzovoort. [30] Dit zijn echter telkens maatregelen tot vaststelling van de voorwaarden voor de gebruikmaking en de toekenning van het recht op vakantie, die als zodanig door richtlijn 2003/88 zijn toegestaan.

45. Uit het beginsel van gemeenschapstrouw bedoeld in artikel 10 EG volgt omgekeerd de gemeenschapsrechtelijke plicht van de lidstaten om bij de omzetting van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 in nationaal recht niets te ondernemen dat aan dit doel in de weg zou kunnen staan. [31] Dit betreft in het bijzonder het nemen van maatregelen die het bestaan van het recht op de minimale vakantie met behoud van loon op zich in gevaar zouden kunnen brengen. [32] Dienovereenkomstig heeft het Hof in het arrest BECTU [33] een regeling van een lidstaat, waarin het ontstaan van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon afhankelijk wordt gesteld van een voorwaarde die bepaalde werknemers belet dit recht te verwerven, onverenigbaar verklaard met het gemeenschapsrecht, met het argument dat die regeling niet alleen een uitdrukkelijk door richtlijn 93/104 toegekend individueel recht uitholt, maar tevens in strijd is met het doel van deze richtlijn.

46. Mijns inziens heeft het Hof in het genoemde arrest de gedachte van de nuttige werking van het gemeenschapsrecht toegepast en daarbij op goede gronden ingezien dat een lidstaat die over het ontstaan van een recht mag beslissen, dat recht daardoor dus ook kan omzeilen of zelfs teniet kan doen,

28 — Arrest van 16 maart 2006, Robinson-Steele (C-131/04 en C-257/04, Jurispr. blz. I-2531, punt 57).

29 — Arrest BECTU (zie voetnoot 7 supra, punt 53).

30 — Aldus de uiteenzettingen van de Commissie in de zaak BECTU, die advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie in deze zaak (zie voetnoot 9 supra, punt 34) heeft opgenomen.

31 — Volgens vaste rechtspraak volgt uit artikel 10 EG de plicht van de lidstaten om een richtlijn zodanig uit te voeren dat de volledige toepassing ervan daadwerkelijk verzekerd is (arresten van 11 juli 2002, Marks & Spencer, C-62/00, Jurispr. blz. I-6325, punten 24-26; 16 november 2000, Commissie/Griekenland, C-214/98, Jurispr. blz. I-9601, punt 49, en 9 september 1999, Commissie/Duitsland, C-217/97, Jurispr. blz. I-5087, punt 31). De nationale wetgever moet het nationale recht derhalve zodanig vernieuwen, intrekken respectievelijk aanvullen, dat de vereisten van het gemeenschapsrecht hun volle nuttige werking kunnen hebben (vgl. arrest van 8 februari 1973, Commissie/Italië, 30/72, Jurispr. blz. 161, punt 11; Kahl, W., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag,* uitg. door Christian Calliess/Matthias Ruffert, 1e druk, Neuwied 1999, artikel 10 EG, punt 19, blz. 374).

32 — In deze zin Bogg, A. L., „The right to paid annual leave in the Court of Justice: the eclipse of functionalism", *European Law Review*, deel 31 (2006), nr. 6, blz. 897, waarin wordt betoogd dat een nationale regeling niet zo ver mag gaan dat het bestaan van het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt ontkend.

33 — Arrest BECTU (zie voetnoot 7 supra, punt 48).

doordat hij de uitoefening ervan afhankelijk stelt van moeilijk te vervullen voorwaarden. Ik ben van mening dat dit recht op dezelfde wijze kan worden omzeild wanneer een lidstaat de voorwaarden voor het verval van een recht mag vaststellen, aangezien het in beide gevallen om het bestaan op zich van dat recht gaat.

47. Hetzelfde gevaar voor de verwezenlijking van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon bestaat immers wanneer een lidstaat de bevoegdheid wordt verleend om vast te stellen in welke omstandigheden een werknemer na het verstrijken van een bepaalde termijn dat recht verliest. Hierbij gaat het niet meer om de beslissing over de wijze van uitvoering van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon [34], dat wil zeggen de concrete omzetting van dat recht, maar om de omlijning van de draagwijdte van een gemeenschapsvoorschrift, te weten artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88.

48. Een uitlegging van deze bepaling in die zin dat de jaarlijkse vakantie na het verstrijken van een bepaalde termijn vervalt, hoewel de werknemer deze door arbeidsongeschiktheid wegens ziekte niet heeft kunnen opnemen, leidt er immers toe dat bepaalde werknemers door de beperking van de personele beschermingssfeer van dit recht worden uitgesloten. [35]

49. Vanwege de harmonisering van dit gebied van het sociale recht inzake de arbeidsveiligheid, waarnaar ingevolge artikel 137, lid 2, sub b, EG, als rechtsgrondslag voor richtlijn 2003/88, wordt gestreefd, komt de bevoegdheid om de draagwijdte van dit recht te bepalen thans echter aan de Gemeenschap toe. [36] Indien dit een bevoegdheid van de lidstaten zou zijn, zou het praktisch onmogelijk zijn in de gehele Gemeenschap een vergelijkbaar beschermingsniveau, en daarmee het doel van harmonisering, te waarborgen. Het argument van de Duitse regering, dat het verval van het recht op vakantie tot de modaliteiten voor de toekenning van de vakantie behoort, waarvoor de lidstaten bevoegd zijn, moet om deze reden worden afgewezen.

b) Door het gemeenschapsrecht gewaarborgd beschermingsniveau

50. Voorts acht ik het van belang in herinnering te brengen dat de vrijheid van de lidstaten bij de vaststelling van nationale uitvoerings-

34 — In het arrest BECTU (zie voetnoot 7 supra, punt 61) stelde het Hof vast dat richtlijn 93/104 de lidstaten niet belet, „de wijze van uitoefening van het recht op jaarlijkse vakantie te organiseren door bijvoorbeeld vast te stellen op welke wijze de werknemers de vakantie kunnen opnemen waarop zij tijdens de eerste weken van hun dienstverband recht hebben".

35 — Juist dit is de lidstaten echter niet toegestaan (zie arrest BECTU, aangehaald in voetnoot 7, punt 52). Op grond daarvan is het de lidstaten verboden het alle werknemers verleende recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon aldus eenzijdig te beperken dat zij voor aanspraak daarop een voorwaarde stellen die ertoe leidt dat bepaalde werknemers van dat recht zijn uitgesloten.

36 — Artikel 137 EG is in het hoofdstuk over de sociale politiek de belangrijkste machtigingsgrondslag voor het vaststellen van richtlijnen. Deze bepaling verlangt dat de harmonisering een bepaalde bedoeling heeft die uit de samenhang tussen lid 2 en lid 1 voortvloeit. Op grond daarvan moet harmonisering plaatsvinden om de ondersteunende en aanvullende functie van het optreden van de Gemeenschap op de in lid 1, sub a tot en met i, genoemde gebieden te bevorderen. Daartoe behoort ingevolge lid 1, sub a, de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Ten slotte was ook artikel 118 EG-Verdrag daarvoor de grondslag, dat eveneens blijk gaf van een hoofdzakelijk sociaal-politieke oriëntatie en zich daardoor onderscheidde van de andere bevoegdheidsnormen in artikel 100 A EG-Verdrag (artikel 95 EG) met zijn op de interne markt gerichte doel (zie Krebber, S., loc. cit. voetnoot 24 supra, artikel 137 EG, punt 18, blz 1373).

bepalingen beperkt is door de omstandigheid dat artikel 137, lid 2, sub b, EG met het geven van minimumvoorschriften een zeker gemeenschapsrechtelijk vastgelegd beschermingsniveau heeft willen waarborgen, waar de lidstaten zich aan moeten houden. Zoals het Hof in het arrest Verenigd Koninkrijk/Raad [37] met betrekking tot het begrip „minimumvoorschriften" in de zin van de vroegere rechtsgrondslag in artikel 118 A EG-Verdrag heeft vastgesteld, beperkt deze bepaling het gemeenschapsoptreden niet tot de kleinste gemene deler, te weten de laagste graad van bescherming die door de verschillende lidstaten is vastgesteld. Veeleer moet dit begrip aldus worden opgevat dat de lidstaten vrij zijn om een hogere graad van bescherming te bieden dan de graad van bescherming die voortvloeit uit het gemeenschapsrecht, hoe hoog deze ook moge zijn.

51. Voor deze uitlegging is steun te vinden in de bewoordingen van artikel 136 EG, dat als doel van de sociale politiek de „verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden" noemt. Dit doel moet uitdrukkelijk door een onderlinge aanpassing „op de weg van de vooruitgang" worden bereikt. [38] Om dit in het primaire recht gestelde doel te bereiken staat artikel 15 van richtlijn 2003/88 de lidstaten toe om maatregelen toe te passen of te bevorderen die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Dienovereenkomstig bepaalt artikel 23 van richtlijn 2003/88, met het oog op het beschermingsniveau voor de werknemers, dat onverminderd het recht van de lidstaten om andersluidende bepalingen aan te nemen en mits de hand wordt gehouden aan de minimumeisen van de richtlijn, de uitvoering van de richtlijn geen rechtvaardiging vormt voor een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers. [39]

52. Welk minimumbeschermingsniveau de gemeenschapswetgever voor het gebied van het recht op vakantie heeft vastgesteld, kan aan de hand van richtlijn 2003/88 worden bepaald. In dit verband moet worden vastgesteld dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 geen beperking stelt aan het recht op vakantie. De voorwaarde dat de werknemer de vakantie vóór een bepaald tijdstip, te weten vóór het einde van het vakantiejaar, respectievelijk het overdrachtstijdvak, tijdig moet aanvragen en daadwerkelijk opnemen, is in de richtlijn net zo min geregeld als het verval van het recht. Evenmin is artikel 7, lid 1, een van de bepalingen ten aanzien waarvan artikel 17 van richtlijn 2003/88 uitdrukkelijk bepaalt dat ervan mag worden afgeweken. [40]

37 — Arrest van 12 november 1996, Verenigd Koninkrijk/Raad (C-84/94, Jurispr. blz. I-5755, punt 56).

38 — Balze, W., loc. cit. voetnoot 15 supra, 38e supplement 1998, punt 3.

39 — Arrest Verenigd Koninkrijk/Raad (zie voetnoot 37 supra, punt 42). Balze, W., „Arbeitszeit, Urlaub und Teilzeitarbeit", *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht,* 79e supplement (oktober 2002), B 3100, punt 6, blz. 9, vat de regelingen van de arbeidstijdenrichtlijn overeenkomstig artikel 137 EG op als minimumvoorschriften, zodat de lidstaten strengere arbeidstijdregelingen mogen vaststellen of handhaven. Niettemin schuiven specifieke gemeenschapsvoorschriften overeenkomstig artikel 14 van richtlijn 2003/88 de bepalingen van de richtlijn opzij ongeacht de vraag of hun beschermingsniveau achterblijft bij dat van de arbeidstijdenrichtlijn.

40 — Vgl. arresten Robinson-Steele (zie voetnoot 28 supra, punt 62) en BECTU (zie voetnoot 7 supra, punt 41). In deze zin ook Balze, W., „Die Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nr. 7 (1994), blz. 207, die geen bevoegdheid ziet om inhoudelijk van deze regeling af te wijken.

53. Aldus streeft de gemeenschapswetgever bewust naar een hoger minimumbeschermingsniveau dan IAO-verdrag nr. 132. [41] Terwijl artikel 9 van IAO-verdrag nr. 132 voor de toekenning en het opnemen van de jaarlijkse vakantie een grens in de tijd stelt van één jaar respectievelijk achttien maanden na afloop van het jaar waarvoor het recht op vakantie was verworven [42], ontbreekt een overeenkomstige regeling in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 volledig. Dit rechtvaardigt de slotsom dat de bescherming die het gemeenschapsrecht voor de werknemers wil garanderen, verder gaat dan die van de arbeidsrechtelijke normen van het internationaal verdragenrecht. [43]

54. Een uitlegging van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 in die zin dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon na het verstrijken van een bepaalde termijn vervalt, indien de vakantie niet tijdig is opgenomen, is derhalve niet verenigbaar met het doel van de gemeenschapswetgever om een hoger beschermingsniveau dan dat van IAO-verdrag nr. 132 te waarborgen, en evenmin is daarvoor een grondslag te vinden in de bewoordingen van dit voorschrift.

c) Aansluiting van het recht op vakantie bij arbeidsgeschiktheid

i) Overdraagbaarheid van de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen

55. Anders dan de Britse en de Nederlandse regering menen, bestaan er ook geen aankno-

41 — In dit verband zij eraan herinnerd dat overeenkomstig punt 6 van de considerans van richtlijn 2003/88 rekening moet worden gehouden met de beginselen van de IAO ter zake van de organisatie van de arbeidstijd. Daarop wijst ook advocaat-generaal Kokott in voetnoot 8 van haar conclusie van 12 januari 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging (arrest aangehaald in voetnoot 25). Een uitlegging van richtlijn 2003/88 onder inaanmerkingneming van de fundamentele beginselen van IAO-verdrag nr. 132 lijkt mij noodzakelijk, gelet op het feit dat het recht van de IAO belangrijke internationale normen op het gebied van het arbeidsrecht heeft gegeven. Grofweg bestaat er een hoge mate van overeenstemming tussen deze beide rechtsinstrumenten. Bij nadere beschouwing kan er echter niet aan voorbij worden gegaan dat verschillende regelingen van richtlijn 2003/88 verder gaan dat hetgeen IAO-verdrag nr. 132 voorschrijft. Om die reden kan van richtlijn 2003/88 op goede gronden worden gezegd dat zij een aan de Gemeenschap eigen verdere ontwikkeling van dat verdrag is (zie Murray, J., *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared*, Den Haag 2001, blz. 185).

42 — Artikel 9 van IAO-verdrag nr. 132 is een bijzondere bepaling over het recht op vakantie, die betrekking heeft op de in artikel 8 geboden mogelijkheid om de jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te splitsen. Deze opsplitsing van de jaarlijkse vakantie kan door de bevoegde autoriteiten worden toegestaan, doch de werknemer heeft recht op minstens twee aaneengesloten weken, indien de werkgever en de werknemer niets zijn overeengekomen. Artikel 9 bepaalt dat dit aaneengesloten deel uiterlijk één jaar en het overige deel van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon uiterlijk achttien maanden na het verstrijken van het jaar waarvoor het recht op vakantie was verworven, moet worden toegekend en opgenomen. Een verschuiving van een deel die de voorgeschreven minimumduur overschrijdt, is toegestaan tot een later tijdvak indien de werknemer toestemming heeft gegeven over deze tijdstippen. De termijn moet met inspraak van de beroepsorganisaties op nationaal niveau worden vastgesteld (zie in dit verband Böhmert, S., *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2002, blz. 128).

43 — Ook uit de regeling van de termijnen in artikel 9 van IAO-verdrag nr. 132 valt niets af te leiden dat zou kunnen wijzen op een eventueel verlies van recht van de werknemer, aangezien deze regeling van de termijnen geen rechtsgevolgen verbindt aan het feit dat de vakantie niet vóór het verstrijken van de termijn is opgenomen respectievelijk toegekend. Veeleer is uit artikel 12 van dit verdrag duidelijk af te leiden dat over het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet kan worden onderhandeld, zodat elke afspraak over de beperking van dat recht of de afstand daarvan, naargelang van de verhoudingen van het betrokken land nietig is of moet worden verboden. Ook García Perrote Escartín, I., loc. cit. voetnoot 22 supra, blz. 3602, is van mening dat voor een regeling volgens welke het recht op minimale vakantie na het verstrijken van een bepaalde termijn vervalt, noch in IAO-verdrag nr. 132 noch in richtlijn 2003/88 een rechtsgrondslag is te vinden. Uit artikel 12 van IAO-verdrag nr. 132 volgt eerder dat dit recht absoluut is.

pingspunten voor dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon laat aansluiten bij de arbeidsgeschiktheid van de werknemer in het vakantiejaar of in het overdrachtstijdvak. Weliswaar kan daar in beginsel tegen worden ingebracht dat een werknemer die wegens ziekte afwezig was en niet heeft gewerkt, geen overeenkomstige rusttijd nodig heeft. Zoals de Commissie echter terecht uiteenzet, is deze opvatting echter niet verenigbaar met die van het Hof, zoals deze tot uitdrukking komt in de arresten Merino Gómez [44] en FNV. [45]

56. In de zaak Merino Gómez moest het Hof ingaan op de gemeenschapsrechtelijke verhouding tussen jaarlijkse vakantie en zwangerschapsverlof. Concreet ging het over de vraag of een werkneemster op grond van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88, artikel 11, punt 2, sub a, van richtlijn 92/85/EEG [46] en artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG [47] in gevallen waarin de periode van de jaarlijkse vakantie voor het gehele personeel bij bedrijfsakkoord tussen de onderneming en de werknemersvertegenwoordigers is vastgesteld en samenvalt met haar zwangerschapsverlof, haar jaarlijkse vakantie mag nemen in een andere dan de overeengekomen periode, die niet samenvalt met haar zwangerschapsverlof. Het Hof heeft in dit verband vastgesteld dat het recht op jaarlijkse vakantie een ander doel heeft dan het recht op zwangerschapsverlof. Doel van dit laatste verlof is immers niet alleen de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap, maar ook de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de zwangerschap en de bevalling. [48] Het Hof oordeelde derhalve dat een werkneemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen nemen dan gedurende haar zwangerschapsverlof. [49]

57. Dit beginsel is door het Hof in het arrest FNV bevestigd en in die zin nader gepreciseerd dat de samenvoeging van meerdere door het gemeenschapsrecht gewaarborgde verloven aan het einde van een jaar, de overdracht van jaarlijkse vakantie of van een deel hiervan op het volgende jaar onvermijdelijk kan maken [50], omdat een door het gemeenschapsrecht gewaarborgd verlof niet mag afdoen aan het recht om een ander door dit recht gewaarborgd verlof te nemen. [51]

44 — Arrest Merino Gómez (zie voetnoot 25 supra).

45 — Arrest Federatie Nederlandse Vakbeweging (zie voetnoot 25 supra).

46 — Richtlijn van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (PB L 348, blz. 1).

47 — Richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40).

48 — Arresten Merino Gómez (zie voetnoot 25 supra, punt 32); 27 oktober 1998, Boyle e.a. (C-411/96, Jurispr. blz. I-6401, punt 41); 30 april 1998, Thibaut (C-136/95, Jurispr. blz. I-2011, punt 25); 14 juli 1994, Webb (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567, punt 20); 5 mei 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Jurispr. blz. I-1657, punt 21), en 12 juli 1984, Hofmann (184/83, Jurispr. blz. 3047, punt 25).

49 — Arrest Merino Gómez (zie voetnoot 25 supra, punt 38).

50 — Arresten Federatie Nederlandse Vakbeweging (zie voetnoot 25 supra, punt 24) en 14 april 2005, Commissie/Luxemburg (C-519/03, Jurispr. blz. I-3067, punt 33).

51 — Arresten Federatie Nederlandse Vakbeweging (zie voetnoot 25 supra, punt 24); 14 april 2005, Commissie/Luxemburg (C-519/03, Jurispr. blz. I-3067, punt 33), en Merino Gómez (zie voetnoot 25 supra, punt 41).

58. Hoewel een zwangerschap beslist niet met een ziektetoestand kan worden gelijkgesteld, kunnen verschillende gronden worden aangevoerd voor een overeenkomstige toepassing van deze rechtspraak op de verhouding tussen jaarlijkse vakantie en ziekteverlof. Net als bij het zwangerschapsverlof heeft ook het ziekteverlof immers tot doel de lichamelijke en psychische integriteit van de werknemer te behouden, doordat hem door arbeidsvrijstelling en door toekenning van een rustperiode de mogelijkheid wordt geboden lichamelijk te herstellen en later zijn arbeidsplaats weer in te nemen. Anders dan bij de jaarlijkse vakantie, die bedoeld is om uit te rusten, afstand te nemen en te recupereren, heeft het ziekteverlof dus uitsluitend de genezing en het herstel tot doel, dat wil zeggen het overwinnen van een pathologische toestand waarvan de oorzaken bovendien buiten de invloedssfeer van de betrokken werknemer liggen. [52]

59. In zoverre moet, in navolging van de Italiaanse regering, worden gezegd dat gelet op de door het Hof ontwikkelde beginselen niet tot de slotsom kan worden gekomen dat het recht van verzoeker in het hoofdgeding op daadwerkelijke toekenning van vakantie vervalt, omdat anders voorbij wordt gegaan aan het verschil in de doelen van het vakantieverlof en van het ziekteverlof. Op basis van de kerngedachte van bovenvermelde rechtspraak moet toekenning van ziekteverlof ten koste van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon worden verboden, omdat dit als grondrecht erkende recht anders zou kunnen worden uitgehold.

ii) Schending van strekking en doel van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88

— Gevaar van uitlegging in strijd met doel

60. Bovenop het reeds aangevoerde bezwaar tegen een uitlegging van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 volgens welke wordt toegelaten dat het recht op vakantie na het verstrijken van een bepaalde termijn verloren gaat, kan als bijkomend argument de onverenigbaarheid van een dergelijke regeling met het doel van richtlijn 2003/88 — de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemer te waarborgen — worden aangevoerd.

61. De oorspronkelijke strekking en het oorspronkelijke doel van het arbeidsrechtelijke verbod om niet-opgenomen vakantie te accumuleren, zoals in enkele nationale rechtsorden, waaronder de Duitse, tot nog toe is bepaald, bestaan er klaarblijkelijk in om te verzekeren dat vakantie daadwerkelijk binnen het lopende jaar wordt genomen, doordat de

52 — González Ortega, S., loc. cit. voetnoot 23 supra, blz. 432, stelt vast dat de eerste fase van het zwangerschapsverlof dient voor de fysieke rust resp. de biologische bescherming van de moeder na de bevalling. Deze heeft dus een ander doel dan de latere fase van dit verlof, die voor de zorg voor het kind alsmede voor de versterking van de relatie tussen moeder en kind bedoeld is. De auteur trekt parallellen tussen deze eerste fase van het zwangerschapsverlof en het verlof wegens ziekte en pleit derhalve voor een overeenkomstige toepassing van de rechtspraak over de verhouding tussen zwangerschapsverlof en jaarlijkse vakantie op de verhouding tussen het verlof wegens ziekte en de jaarlijkse vakantie.

verantwoordelijkheid voor de uitoefening van zijn recht op vakantie in elk individueel geval bij de werknemer zelf wordt gelegd. Volgens dit concept is het kennelijk consequent om de werknemer de gevolgen van zijn passiviteit of van het te laat doen gelden van zijn recht te laten dragen, te weten het verlies van dat recht. [53]

62. Hierbij moet worden bedacht dat het oorspronkelijke doel van sociale bescherming van de werknemer, dat aan deze regeling ten grondslag ligt en als zodanig gelijk is aan dat van richtlijn 2003/88, juist in zijn tegendeel omslaat wanneer de werknemer op gronden waarvoor hij niet behoeft in te staan, geen gebruik kan maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie. Tot de omstandigheden waarvoor de werknemer niet behoeft in te staan behoort enerzijds de mogelijkheid van opzettelijke niet-nakoming door de werkgever, die door een dergelijke regeling extra wordt beloond, en anderzijds natuurlijke, buiten de invloedssfeer van de betrokkene liggende situaties van overmacht, zoals ziekte.

63. In beide gevallen wordt door het verlies van het recht op vakantie niet alleen voorbijgegaan aan het nagestreefde doel, maar is er uiteindelijk sprake van een sanctie voor de werknemer waarvoor geen objectieve rechtvaardiging kan worden gegeven. Een dergelijk rechtsgevolg is kennelijk niet verenigbaar met de strekking en het doel van richtlijn 2003/88. Dientengevolge mag artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 niet aldus worden uitgelegd dat arbeidsongeschiktheid wegens ziekte van de werknemer tot verlies van het als grondrecht gegarandeerde recht op minimale jaarlijkse vakantie leidt.

— Uitlegging op basis van de belangen van de partijen van de arbeidsverhouding

64. Anders dan verweerster in het hoofdgeding betoogt, is een uitlegging van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88, waarin rekening

53 — Glaser, R./Lüders, H., „§ 7 BUrlG auf dem Prüfstand des EuGH — Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf", *Betriebs-Berater*, 61e jrg. (2006), Heft 49, blz. 2692, verdedigen de opvatting dat een dreigend verval van het recht op vakantie er juist voor zorgt dat de vakantie daadwerkelijk en op tijd wordt genomen. García Perrote Escartín, I., loc. cit. voetnoot 22 supra, blz. 3593, 3600, wijst erop dat dit verbod van cumulatie de werknemer in staat moet stellen de jaarlijkse vakantie daadwerkelijk te genieten. Volgens dit concept draagt de werknemer de „last" van de consequente verdediging van zijn recht op vakantie. De auteur wijst er echter op dat dit verbod een niet gering aantal nadelen meebrengt. Het zou dus in zoverre een bij de arbeidsrechtdogmatici niet onbekend „boemerangeffect" hebben, dat het zeer goed mogelijk zou kunnen zijn dat de werknemer zijn recht op vakantie uiteindelijk geheel verliest, waardoor eventueel onrechtmatig handelen van de werkgever in de hand wordt gewerkt. De auteur meent dat een dergelijke regeling rechtsschending rechtvaardigt en gelegenheid biedt voor ongerechtvaardigde verrijking van de werkgever. De werkgever kan namelijk toezien hoe de werknemer zijn recht op vakantie verliest zonder dat hij tot een financiële vergoeding verplicht is. Dit heeft tot gevolg dat niet degene die voor de rechtsschending moet instaan (de werkgever) wordt gestraft, maar degene die niet in staat is zijn recht te doen gelden (de werknemer).

wordt gehouden met de belangen van de werkgever en waarin tegelijkertijd het grondrecht op minimale jaarlijkse vakantie minder wordt beperkt dan in de omstreden Duitse regeling, zeer goed mogelijk. Zoals de Commissie op goede gronden heeft uiteengezet, lijkt het billijk dat een lidstaat voorwaarden vaststelt, zodat in het belang van de gezondheid en de veiligheid bijvoorbeeld aanspraken op vakantie slechts kunnen worden overgedragen voor zover dit noodzakelijk blijkt. Ook zou het mogelijk zijn stimulansen te creëren om de werknemers ertoe aan te zetten om hun jaarlijkse vakantie binnen een redelijke termijn in het volgende jaar op te nemen.

65. De concrete uitvoering van deze maatregelen op ondernemingsniveau is weer een taak van de werkgever, die vanwege zijn omvangrijke organisatie- en coördinatiebevoegdheden [54] in staat is het recht op vakantie van de werknemer zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met de betrokken bedrijfsvereisten.

54 — De communautaire bepalingen van de technische en de sociale bescherming van de arbeid houden rekening met de omvangrijke organisatie- en coördinatiebevoegdheden van de werkgever voor zover zij hem bijvoorbeeld in artikel 5, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (PB L 183, blz. 1) de verplichting opleggen om te zorgen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten. Zie recentelijk arrest van 14 juli 2007, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-127/05, punten 40 en 41), waarin het Hof de plicht van de werkgever bevestigt om de werknemers een veilige werkomgeving te garanderen.

iii) Vergelijking met de regelingen in IAO-verdrag nr. 132

66. Tegen aansluiting van het recht op vakantie bij de arbeidsgeschiktheid van de werknemer pleit bovendien het feit dat volgens de duidelijke bewoordingen van artikel 5, lid 4, van IAO-verdrag nr. 132 „arbeidsverzuim om redenen die los staan van de wil van de betrokken werknemer, zoals bijvoorbeeld ziekte, ongeval of zwangerschap, als arbeidstijd moet worden aangemerkt”. [55] Bovendien bepaalt artikel 6, lid 2, van dat verdrag uitdrukkelijk dat „tijdvakken van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval, niet mogen worden begrepen in de voorgeschreven minimale jaarlijkse vakantie”.

67. Deze bepalingen moeten derhalve overeenkomstig hun doelstelling aldus worden uitgelegd dat een eerder genomen ziekteverlof het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon onverlet laat. [56] Weliswaar moeten de ondertekenende staten, waaronder

55 — Het gelijkstellen van ziekte met zwangerschap vanuit het oogpunt van de rechtsgevolgen, in artikel 5, lid 4, van IAO-verdrag nr. 132 bevestigt overigens de in punt 60 verdedigde opvatting dat de werknemer in beide gevallen in gelijke mate bescherming verdient.

56 — In deze zin ook García Perrote Escartín, I., loc. cit, voetnoot 22 supra, blz. 3584, 3595.

de meeste lidstaten van de Europese Unie [57], dit verzekeren „onder voorwaarden die door de bevoegde instantie of middels de daarvoor bestemde procedure in elk land moeten worden vastgesteld", doch de bevoegdheid van de lidstaten is ook hier beperkt tot de vaststelling van uitvoeringsbepalingen, zodat zij rechtens belet zijn om dergelijk arbeidsverzuim niet als arbeidstijd aan te merken.

68. De normen van IAO-verdrag nr. 132 en van richtlijn 2003/88 komen qua juridische strekking dus in wezen overeen. [58] Dientengevolge zijn de lidstaten verplicht om deze normen aldus uit te leggen en hun nationale rechtsordes zodanig in te richten dat arbeidsverzuim wegens ziekte het recht op de minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon onverlet laat.

B — *Tweede vraag*

69. De tweede prejudiciële vraag betreft de normatieve draagwijdte van het in artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88 vastgelegde recht op uitbetaling van vakantie. De uitbetaling van de vakantie, dat wil zeggen de uitbetaling van niet opgenomen jaarlijkse vakantie, vervangt de toekenning van vrije tijd wanneer de vakantie wegens beëindiging van het dienstverband niet meer kan worden toegekend. Dit recht vormt de enige uitzondering op het in de richtlijn opgenomen fundamentele verbod van uitbetaling, op grond waarvan het de partijen bij een arbeidsverhouding voor het overige categorisch verboden is de jaarlijkse vakantie — ongeacht of deze in het lopende jaar dan wel in het overdrachtstijdvak moet worden genomen — door een financiële vergoeding te vervangen.

70. Volgens de rechtspraak van het Hof moet dit verbod garanderen dat de werknemer normalerwijze over een daadwerkelijke rust-

57 — Alle lidstaten van de Europese Unie zijn leden van de IAO. De Europese Gemeenschap is weliswaar geen lid, doch de beide organisaties zetten zich blijkens de tot nog toe gevoerde briefwisseling tussen de Europese Commissie en de directeur-generaal van de IAO van 14 mei 2001 in voor sociale en economische vooruitgang, voor het verbeteren van de levens- en werkomstandigheden en voor het bevorderen van de werkgelegenheid (PB C 165, blz. 23). Sinds de eerste overeenkomst tussen de IAO en de Europese Gemeenschap in 1958 hebben beide organisaties hun samenwerking ter verwezenlijking van deze doelstellingen geleidelijk uitgebreid. Op institutioneel niveau bezit de Europese Commissie de status van waarnemer. Zij neemt deel aan de coördinatie van de standpunten van de lidstaten van de Europese Gemeenschap binnen de IAO, om aldus de overeenstemming tussen de IAO-normen en de rechtsvoorschriften van de Gemeenschap te waarborgen en aldus de ratificering van de IAO-normen te vergemakkelijken. Tot nog toe is IAO-verdrag nr. 132 geratificeerd door België (2 juni 2003), de Tsjechische Republiek (23 augustus 1996), Finland (15 januari 1990), Duitsland (1 oktober 1975), Hongarije (19 augustus 1998), Ierland (20 juni 1974), Italië (28 juli 1981), Letland (10 juni 1994), Luxemburg (1 oktober 1979), Malta (9 juni 1988), Portugal (17 maart 1981), Slovenië (29 mei 1992), Spanje (30 juni 1972) en Zweden (7 juni 1978). Andere lidstaten zoals Bulgarije (29 december 1949), Denemarken (22 juni 1939), Frankrijk (23 augustus 1939), Griekenland (13 juni 1952) en Slowakije (1 januari 1993) zijn voorlopig nog ondertekenende staten van het oudere IAO-verdrag nr. 52. Voorts moet worden bedacht dat de IAO-verdragen niet zelden ook feitelijke werking toekomt, omdat zij vanwege hun voorbeeldfunctie ook zonder formele ratificering invloed hebben op de ontwikkeling van de rechtsorden van vele staten (zie in dit verband Verdier, J.-M., „L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail", *Revue internationale du Travail*, deel 132, 1993, nr. 5-6, blz. 474, 478; Kohl, H., „Pas de paix possible sans une politique sociale internationale", *Regards sur l'avenir de la justice sociale — Mélanges à l'occasion du 75e anniversaire de l'OIT,* Genève 1994, blz. 177).

58 — Daarmee wordt een onderzoek naar de vraag in hoeverre de lidstaten aan inhoudelijk van elkaar afwijkende plichten op grond van IAO-verdrag nr. 132 en op grond van richtlijn 2003/88 gebonden zijn, overbodig. Zie hierover de uiteenzettingen van advocaat-generaal Tesauro in zijn conclusie van 24 januari 1991 bij het arrest Stöckel (C-345/89, Jurispr. blz. I-4047, punt 11).

tijd kan beschikken, zodat een doeltreffende bescherming van zijn veiligheid en gezondheid wordt verzekerd. [59] Het moet dus worden voorkomen dat de werkgever misbruik maakt door het recht op jaarlijkse vakantie „af te kopen", dan wel dat de werknemer om zuiver financiële redenen afstand daarvan doet. [60]

71. Artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88 beklemtoont de functie van de doorbetaling van het arbeidsloon gedurende het vakantietijdvak. Deze functie bestaat erin dat de werknemer in dat tijdvak in een situatie wordt geplaatst die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte tijdvakken. [61] Met andere woorden, het vereiste van betaling van dit vakantiegeld waarborgt dat de werknemer financieel in staat is zijn jaarlijkse vakantie daadwerkelijk te nemen. [62] De uitbetaling van vakantie heeft geen ander doel. De vervangende financiële vergoeding moet de werknemer immers in beginsel ook na de beëindiging van het dienstverband in staat stellen een recuperatieperiode met behoud van loon te genieten voordat hij in een nieuw dienstverband aan de slag gaat. [63] Het wegvallen van deze vergoeding heeft derhalve tot gevolg dat het met richtlijn 2003/88 nagestreefde doel van recuperatie van de werknemer niet zou kunnen worden bereikt.

72. Het Hof heeft in het arrest Robinson-Steele [64] vastgesteld dat richtlijn 2003/88 het recht op jaarlijkse vakantie en het recht op betaling uit hoofde daarvan als twee aspecten van één recht behandelt. Mijns inziens pleit juist het feit dat het recht op loon en het recht op uitbetaling van vakantie dezelfde functie hebben, ervoor om laatstgenoemd recht eveneens als een onlosmakelijk deel van het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon te behandelen.

73. In zoverre volgt het antwoord op de tweede prejudiciële vraag reeds uit het antwoord op de eerste vraag. Indien immers het automatische verval van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon na het verstrijken van een bepaalde termijn, zoals reeds is vastgesteld, in strijd is met het doel van richtlijn 2003/88, dan moet dit op dezelfde wijze, als afgeleid recht, voor het bij het recht op vakantie aansluitende recht op uitbetaling van vakantie gelden.

74. Het argument van verweerster in het hoofdgeding, dat het vooruitzicht dat bij de beëindiging van een dienstverband eventueel over meerdere jaren opgestapelde, aanzienlijke vakantieaanspraken moeten worden

59 — Arresten BECTU (zie voetnoot 7 supra, punt 44), Merino Gómez (zie voetnoot 25 supra, punt 30) en Robinson-Steele (zie voetnoot 28 supra, punt 60).

60 — In het arrest Federatie Nederlandse Vakbeweging (zie voetnoot 25 supra, punt 32) stelde het Hof vast dat de mogelijkheid van een financiële vergoeding voor de minimale jaarlijkse vakantie een met de doelen van de richtlijn onverenigbare prikkel vormt om afstand te doen van vakantierust of om werknemers ertoe te brengen daarvan afstand te doen. Fenski, M., „Urlaubsrecht im Umbruch?", *Der Betrieb*, nr. 12 (2007), blz. 688, alsmede Jacobsen, K., *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht* (uitg. door Wilhelm Moll), 1e druk 2005, § 25, punt 102, wijzen op de ontoelaatbare praktijk om de vakantie gedurende het bestaande dienstverband „af te kopen".

61 — Arrest Robinson-Steele (zie voetnoot 28 supra, punt 58).

62 — Bogg, A. L., loc. cit. voetnoot 32 supra, blz 899.

63 — Zie in deze zin ook advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie in de zaak BECTU (zie voetnoot 9 supra, punt 38).

64 — Arrest Robinson-Steele (zie voetnoot 28 supra, punt 58).

uitbetaald, de werkgever ertoe zou kunnen brengen zich door ontslag eerder van langdurig zieke werknemers te ontdoen, kan daarentegen niet worden aanvaard. Hiertegen kan immers worden ingebracht dat juist het ontbreken van een verplichting van de werkgever om de niet opgenomen vakantie uit te betalen hem ertoe zou kunnen aanzetten om werknemers vóór de toekenning van de jaarlijkse vakantie te ontslaan omdat hij anders verplicht zou zijn te voldoen aan de aanspraak van de werknemers op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon in de zin van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88. Wil men voorkomen dat misbruik wordt gemaakt doordat wordt teruggegrepen op het ontslagrecht om aldus dit gemeenschapsrechtelijk gewaarborgde grondrecht te omzeilen, dan moet de werknemer bij de beëindiging van het dienstverband in elk geval een recht op financiële vergoeding als vervanging voor verworven maar niet opgenomen vakantie worden toegekend.

75. Ook rechtsvergelijkend onderzoek van de relevante bepalingen van IAO-verdrag nr. 132 laat geen andere gevolgtrekking toe. Artikel 11 van dat verdrag legt het fundamentele recht van een werknemer vast op uitbetaling van de vakantie naar evenredigheid van de arbeidstijd waarvoor hij geen vakantie heeft gekregen. Aangezien ook hier het recht op uitbetaling van vakantie aanknoopt bij het recht op minimale jaarlijkse vakantie als primair recht, moet artikel 5, lid 4, van dat verdrag worden aangevoerd, waarin is bepaald dat arbeidsverzuim om redenen die losstaan van de wil van de betrokken werknemer, zoals bijvoorbeeld ziekte, ongeluk of zwangerschap, als arbeidstijd moet worden aangemerkt. [65] Dienovereenkomstig mag arbeidsongeschiktheid wegens ziekte geen nadelige gevolgen voor het recht op uitbetaling van vakantie hebben.

76. Tegen deze achtergrond moet artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88 aldus worden uitgelegd dat werknemers bij de beëindiging van het dienstverband in ieder geval recht hebben op een financiële vergoeding ter vervanging van verworven en niet opgenomen vakantie.

C — *Derde vraag*

77. Zoals reeds is vastgesteld volgt zowel uit een teleologische uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2003/88 [66] alsook uit de ratio van artikel 5, lid 4, van IAO-verdrag nr. 132 [67], dat het tijdvak van ziekte met arbeidstijd moet worden gelijkgesteld, omdat het gaat om een afwezigheid om redenen die losstaan van de wil van de werknemer, zodat die afwezigheid gerechtvaardigd is.

78. In hetzelfde tijdvak ontstaan derhalve alle rechten van de werknemer, dus ook het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon,

65 — Zie punt 66.

66 — Zie punten 55-65.
67 — Zie punten 66-68.

die kan worden opgenomen wanneer de arbeidsgeschiktheid weer is hersteld, of die — bij beëindiging van het dienstverband — ook wanneer er sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid, door uitbetaling wordt vervangen.

79. Het ontstaan van het recht op jaarlijkse vakantie, respectievelijk op uitbetaling op grond daarvan, is niet afhankelijk van de voorwaarde dat vooraf daadwerkelijk arbeid wordt verricht, zodat de werknemer ook aanspraak heeft op deze rechten wanneer hij het gehele vakantiejaar wegens ziekte afwezig is geweest.

80. Wat het verdergaande onderdeel van deze vraag betreft, of deze rechten ook ontstaan bij niet-gerechtvaardigde niet-uitvoering van de arbeidsovereenkomst in het volledige vakantiejaar, zij in herinnering gebracht dat volgens vaste rechtspraak een krachtens artikel 234 EG ingestelde prejudiciële procedure een instrument is voor de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, dat het Hof in staat stelt de nationale rechter de elementen voor uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen die laatstbedoelde nodig heeft om uitspraak te kunnen doen in het bij hem aanhangig geding. [68]

81. In het kader van deze samenwerking is het uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden. [69]

82. Nochtans heeft het Hof ook geoordeeld, dat het in uitzonderlijke omstandigheden aan hem staat om, ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing heeft verzocht. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [70]

83. De geest van samenwerking, die het verloop van de prejudiciële procedure moet beheersen, impliceert immers dat de verwijzende rechter oog heeft voor de aan het Hof opgedragen taak om bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de lidstaten, doch niet om adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren. [71]

68 — Vgl. arresten van 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punt 22), en 5 februari 2004, Schneider (C-380/01, Jurispr. blz. I-1389, punt 20).

69 — Arrest Schneider (zie voetnoot 68 supra, punt 21 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

70 — Vgl. o.a. arresten van 16 december 1981, Foglia/Novello (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 18); 15 juni 1995, Zabala Erasun e.a. (C-422/93–C-424/93, Jurispr. blz. I-1567, punt 29); 12 maart 1998, Djabali (C-314/96, Jurispr. blz. I-1149, punt 19), en Schneider (zie voetnoot 68 supra, punt 22). Zie meest recentelijk de conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 18 januari 2005 in de zaak Längst (C-165/03, Jurispr. blz. I-5637, punt 45) en arrest van 30 juni 2005 in die zaak (punten 30-35).

71 — Arrest Schneider (zie voetnoot 68 supra, punt 23).

84. Blijkens de verwijzingsbeslissing was verzoeker in het hoofdgeding zonder onderbreking van 8 september 2004 tot en met 30 september 2005, dat wil zeggen tot het tijdstip van de beëindiging van het dienstverband, door de dokter ziek verklaard. Zijn verzuim was dus duidelijk gerechtvaardigd, zodat het Hof wegens het ontbreken van relevantie voor de beslechting van het hoofdgeding geen standpunt behoeft in te nemen over het vraagstuk of het recht op jaarlijkse vakantie of op financiële vergoeding ook ontstaat bij niet-gerechtvaardigde niet-uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

VII — Conclusie

85. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Landesarbeitsgericht Düsseldorf als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88/EG moet aldus worden uitgelegd dat werknemers in ieder geval recht hebben op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken. In het bijzonder moet vakantie die een werknemer wegens ziekte niet heeft opgenomen in het vakantiejaar, op een later tijdstip worden toegekend.

2) Artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88/EG moet aldus worden uitgelegd dat werknemers bij de beëindiging van het dienstverband in ieder geval recht hebben op een financiële vergoeding als vervanging voor de verworven en niet opgenomen vakantie (uitbetaling van vakantie).

3) Artikel 7 van richtlijn 2003/88/EG moet aldus worden uitgelegd dat het recht op jaarlijkse vakantie of op financiële vergoeding ook ontstaat bij gerechtvaardigde niet-uitvoering van de arbeidsovereenkomst (wegens ziekte) gedurende het volledige vakantiejaar."