

26 079

Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot vakantie en ouderschapsverlof

MEMORIE VAN ANTWOORD

1. Inleiding

Met belangstelling hebben wij kennis genomen van het voorlopig verslag van de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Eerste Kamer. Het doet ons genoegen dat vrijwel alle partijen zich kunnen verenigen met de doelstelling van het onderhavige wetsvoorstel ten aanzien van de vakantiewetgeving en de uitbreiding van het ouderschapsverlof voor meerlingen.

Wel heeft dit wetsvoorstel voor de leden aanleiding gegeven een aantal vragen te stellen.

Alvorens op deze vragen in te gaan wordt mede naar aanleiding van de vraag van de commissie over het advies van de Sociaal-Economische Raad over enkele aspecten van de vakantieregeling die tijdens de behandeling van wetsvoorstel 26 079 in de Tweede Kamer aan de orde zijn gekomen het volgende opgemerkt.

Wij hechten grote waarde aan een snelle voortgang van de behandeling en inwerkingtreding van het wetsvoorstel. Uit reacties uit het veld blijkt dat met ongeduld wordt gewacht op de nieuwe voorgestelde regelingen voor vakantie en voor het ouderschapsverlof. Evenwel het fundamentele karakter van de vragen die bij de plenaire behandeling in de Tweede Kamer van wetsvoorstel 26 079 naar voren zijn gekomen en aan de SER zijn voorgelegd, vereist een zorgvuldige beantwoording daarvan.

Daarvoor is enige tijd en ruimte in het wetgevingstraject ingebouwd. Wij hechten daarbij grote waarde aan de opvattingen van sociale partners.

Het SER-advies, dat op 2 november 1999 is vastgesteld, voorziet in een grondige analyse van de voorgelegde problematiek en mondt uit in bruikbare aanbevelingen ter oplossing daarvan. De aanbevelingen zijn dan ook overgenomen. Daartoe is een wetsvoorstel tot wijziging van het onderhavige wetsvoorstel voorbereid (verder nader aan te duiden met: novelle), dat een dezer dagen ter advisering aan de Raad van State wordt voorgelegd.

Op de aanbevelingen van de Sociaal-Economische Raad en de consequenties daarvan voor het onderhavige wetsvoorstel willen wij als volgt ingaan.

¹ De eerder verschenen stukken inzake dit wetsvoorstel zijn gedrukt onder EK nrs. 244 en 244a, vergaderjaar 1998–1999.

SER-advies en regeringsstandpunt

Bij de behandeling van wetsvoorstel 26 079 door de Tweede Kamer is een aantal vragen gerezen, dat op 7 juli 1999 aan de Sociaal-Economische Raad ter advisering is voorgelegd. Deze vragen hadden betrekking op:

- a. de reikwijdte van het huidige artikel 7:636; de betekenis van de zinsnede «kunnen slechts met instemming van de werkgever door de werkgever als vakantie worden aangemerkt»;
- b. beperking van de eventuele nadelige consequenties (in het bijzonder voor door de werknemer opgespaarde vakantieaanspraken) van wetsvoorstel 26 079;
- c. de wenselijkheid van herinvoering van de in 1992 vervallen wettelijke regel, dat ziekte-dagen tijdens een vastgestelde vakantie niet gelden als vakantiedagen.

Ad a

In wetsvoorstel 26 079 zijn de huidige artikelen 7:636 en 7:637 samengevoegd tot één nieuw artikel 7:637. Hierin zijn dezelfde voorwaarden voor het als vakantie kunnen aanmerken van verlof en verzuim opgenomen als in het huidige artikel 7:637 (i.c. alleen vooraf, schriftelijk en bescherming van de minimumaanspraak).

Naar onze mening biedt het huidige artikel 7:636, gelet op de letterlijke inhoud van dit artikel, niet alleen de mogelijkheid om achteraf met instemming van de werknemer verlof en verzuim als vakantie aan te merken, maar ook *vooraf*, zij het zonder vormvoorschrift of maximering. Door in wetsvoorstel 26 079 in het nieuwe artikel 7:637 een vormvoorschrift (i.c. schriftelijk) en een maximering op te nemen zou de positie van de werknemer worden versterkt.

Zowel bij de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel als tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer is de door ons hiermee beoogde verbetering van de positie van de werknemers door een aantal fracties in twijfel getrokken. Het ging hierbij om de betekenis van de zinsnede «kunnen slechts met instemming van de werkgever door de werkgever als vakantie worden aangemerkt» in artikel 7:636.

Op verzoek van de Tweede Kamer is dit aspect vervolgens aan de Sociaal-Economische Raad voorgelegd.

In zijn advies over Titel 7.10 uit 1991¹ heeft de SER geadviseerd de woorden «mogen niet als vakantie worden aangemerkt» in artikel 7:636 te wijzigen in «kunnen slechts met instemming van de werknemer door de werkgever als vakantie worden aangemerkt». Bij de invoering van Titel 7.10 in 1997 is dit voorstel overgenomen. De raad acht het niet aanmerkelijk dat hiermee een fundamentele wijziging is beoogd, die erop neer zou komen dat de werkgever op voorhand zou kunnen bedingen dat dagen, die voorheen niet als vakantiedagen konden worden aangemerkt, met vakantiedagen kunnen worden verrekend.

De raad adviseert de huidige artikelen 7: 636 en 637 te handhaven. Handhaving van artikel 7:636 betekent dat alleen op het moment, dat perioden van niet-werken, als bedoeld in de artikelen 7:629b en 635, zich voordoen of hebben voorgedaan, deze perioden met instemming van de werknemer kunnen worden aangemerkt als vakantiedagen. Alleen ten aanzien van ziekte kunnen hierover op voorhand schriftelijk afspraken worden gemaakt, hetgeen blijkt uit het huidige artikel 7:637.

Wij kunnen ons in de, nu door de raad ter zake gegeven, uitleg vinden. In de novelle wordt voorgesteld de huidige artikelen 7:636 en 637 te handhaven.

Wel vinden wij het gewenst om het huidige artikel 7:636 op een drietal onderdelen te wijzigen.

¹ SER-advies Titel 7.10 NBW (91/20) uit 1991

In de eerste plaats wordt, om misverstanden met betrekking tot de reikwijdte van het artikel uit te sluiten, in artikel 7:636 van het onderhavige wetsvoorstel tot uitdrukking gebracht dat het gaat om het incidenteel kunnen aanmerken van verzuim als vakantie, namelijk op het moment dat de situatie van afwezigheid op grond van de artikelen 7:629b en 7:635 zich voordoet of heeft voorgedaan.

In de tweede plaats wordt de mogelijkheid om zwangerschapsverlof als vakantie aan te merken geschrapt. Dit is in lijn met de nota van wijziging¹ waarbij de mogelijkheid om zwangerschapsverlof als vakantie aan te merken uit artikel 7:637 van wetsvoorstel 26 079 is geschrapt. Wij zijn van mening dat ook bij het handhaven van het huidige artikel 7:636 het, met instemming van de werknemer, aanmerken van zwangerschapsverlof als vakantie niet mogelijk moet zijn.

De derde aanpassing betreft het aanbrengen van een maximering van het aantal dagen dat, op grond van artikel 7:636 voor verrekening met vakantie in aanmerking kan komen. In artikel 7:636 komt de gehele aanspraak op vakantie daarvoor in aanmerking. In wetsvoorstel 26 079 is steeds de minimumvakantie, als bedoeld in artikel 7:634, buiten de voorgestelde flexibiliseringsmogelijkheden gehouden. Hierdoor wordt gewaarborgd dat de werknemer altijd aanspraak op de minimumvakantie behoudt. Voorgesteld wordt deze benadering ook te volgen in het nieuwe artikel 7:636. Zulks is tevens in lijn met de overwegingen die aan artikel 7 lid 1 van de EU-richtlijn 93/104/EG ten grondslag hebben gelegen.

In dit verband wijzen wij erop dat het handhaven van het huidige artikel 7:636 impliceert dat verzuim op grond van de redenen vermeld in artikel 7:629b met instemming van de werknemer als vakantie mag worden aangemerkt. Aanvaarding van het amendement Bussemaker² leidde er echter toe dat het niet is toegestaan om overeen te komen, vooraf noch achteraf, dat kort verzuim, waaronder calamiteiten, in mindering wordt gebracht op het vakantietegoed.

De reden om, in het licht van onze nieuwe voorstellen, het zogenaamde calamiteitenverlof toch niet uit artikel 7:636 te schrappen is de volgende. De discussie in de Tweede Kamer over het al dan niet kunnen aanmerken van kort verzuim, waaronder calamiteiten, is gevoerd tegen de achtergrond van artikel 7:637 van wetsvoorstel 26 079. Dit maakt het mogelijk om vooraf schriftelijk overeen te komen dat bedoeld verzuim als vakantie wordt aangemerkt. Handhaving van het huidige artikel 7:636 staat een dergelijk beding niet toe en komt daarmee tegemoet aan de bezorgdheid van de Kamer voor werknemers die zich, zoals bij indiensttreding, in een afhankelijke positie bevinden en daardoor weinig weerstand kunnen bieden tegen een, ter ondertekening voorgelegd, beding waarbij zij er op voorhand mee instemmen om voor kort verzuim, waaronder calamiteiten, vakantiedagen in te leveren.

Bovendien wordt, wanneer uit het huidige artikel 7:636 het zogenoemde calamiteitenverlof wordt geschrapt daarmee aan dat artikel de flexibiliteit ontnomen die de Sociaal-Economische Raad in het advies over de invoering van Titel 7:10 daaraan heeft willen geven. Er kunnen immers goede redenen aanwezig zijn om voor verzuim in verband met artikel 7:629b vakantiedagen in te leveren. Bijvoorbeeld kan worden gedacht aan een situatie waarbij de doorbetalingsverplichting bij schriftelijke overeenkomst is gemaximeerd en de werknemer dientengevolge niet de gehele verzuimperiode krijgt doorbetaald.

Ad b

Wij zijn van mening dat bij de interpretatie van het begrip minimumvakantie als bedoeld in artikel 7:634 moet worden uitgegaan van het aantal dagen waarop een werknemer in een bepaald jaar tenminste recht heeft. Bovenwettelijke dagen **in dat jaar** en dagen die uit voorafgaande

¹ Kamerstukken II, 1998–1999, 26 079, nr. 6

² Kamerstukken II, 1998–1999, 26 079, nr. 21

jaren zijn overgespaard, wettelijke en bovenwettelijke, maken daarvan geen deel uit. De consequentie van deze interpretatie is dat schriftelijk kan worden overeengekomen dat, bij verzuim als genoemd in artikel 7:637 (in wetsvoorstel 26 079), alle vakantiedagen die het wettelijk minimum van **dat jaar** te boven gaan, worden ingeleverd. Een werknemer loopt daardoor het risico om bij langdurige ziekte al zijn bovenwettelijke en overgespaarde vakantiedagen te moeten inleveren.

In dit verband wordt gewezen op de motie van de Tweede Kamerleden Bussemaker en Schimmel, waarover de stemming is aangehouden en waarbij de Kamer uitsprekt dat wettelijke vakantiedagen, ook als zij doorschuiven naar een volgend jaar, hun wettelijk karakter behouden. Hierover wordt het volgende opgemerkt.

Het saldo van verworven vakantiedagen die overblijven in een bepaald jaar en derhalve naar een volgend jaar worden overgeheveld, bestaat uit een wettelijke en een bovenwettelijke component. Het zelfde geldt wanneer een vakantiedag wordt opgenomen of verjaart; dan gaat een stukje wettelijke en bovenwettelijke aanspraak teniet.¹ In dit licht bezien is de motie Bussemaker-Schimmel niet uitvoerbaar.

Dit vloeit voort uit het standpunt dat de wetgever, laatstelijk nog in de memorie van toelichting bij het ontwerp tot vaststelling van Titel 7.10, heeft ingenomen dat in het systeem van de wet vakantierechten dag na dag ontstaan. Met andere woorden: de opbouw van vakantierechten verloopt volgens een continue proces. Ook het opnemen van vakantiedagen verloopt volgens een continu proces, waarbij, ingevolge de uitspraak van de Hoge Raad (HR 22 juni 1988, NJ 1988, nr. 954), vakantierechten in dezelfde volgorde worden opgenomen als ze worden opgebouwd.

Daar waar in het wetsvoorstel gesproken wordt over «het in artikel 634 bedoelde minimum» gaat het over de *in een bepaald jaar* minimaal te verwerven vakantie en niet over overgespaarde minimumvakantiedagen.

De Sociaal-Economische Raad stelt vast dat binnen de raad de opvattingen over de houdbaarheid van de interpretatie waarvan het wetsvoorstel uitgaat uiteenlopen. Uitgaande van onze interpretatie stelt de raad voor om het aantal ziektedagen dat per jaar als vakantiedag mag worden aangemerkt te maximeren op het aantal vakantiedagen waarop de werknemer **in dat jaar** boven het ingevolge artikel 634 lid 1 geldende minimum aanspraak verwerft.

De raad is voorts van mening is dat voor het afkopen tijdens dienstbetrekking van vakantiedagen (artikel 640 lid 2 van wetsvoorstel 26079) alle op dat moment verworven vakantieaanspraken in aanmerking komen voorzover deze de wettelijke vakantie van artikel 634 lid 1 te boven gaan en voorzover artikel 7 lid 2 van de EU-Richtlijn 93/104/EG zich daartegen niet verzet.

In de novelle wordt de aanbeveling van de raad overgenomen. Hieraan liggen de volgende overwegingen ten grondslag. Het betreft hier een eenvoudige oplossing waardoor opgespaarde tegoeden buiten de verrekening blijven. Het aantal vakantiedagen dat bij ziekte moet worden ingeleverd, blijft beperkt tot een omvang die beter aansluit bij het doel dat de wetgever van het huidige artikel 7:637 voor ogen stond: het creëren van een arbeidsvoorwaardelijke prikkel om het ziekteverzuim terug te dringen. Bovendien wordt het aantal ziektedagen dat als vakantie mag worden aangemerkt, onafhankelijk gemaakt van het sparen of opnemen van vakantiedagen; het aantal dagen dat per jaar bij ziekte als vakantie mag worden aangemerkt is beperkt tot het aantal **in een bepaald jaar** te verwerven bovenwettelijke vakantiedagen.

¹ Stel een werknemer heeft volgens arbeids-overeenkomst jaarlijks recht op 24 vakantiedagen. Na een halve maand heeft hij een recht op 1 dag opgebouwd ($0,5/12 \times 24$). Zou hij slechts recht hebben gehad op de wettelijke vakantie dan zou hij, over die halve maand een recht van $0,5/12 \times 20 = 0,83$ dag hebben opgebouwd. De opgebouwde vakantiedag bestaat dus uit een wettelijke component van 0,83 dagen en een bovenwettelijke component van 0,17 dagen.

Ook kunnen we instemmen met het standpunt van de raad dat voor afkoop van vakantieaanspraken tijdens dienstbetrekking alle op dat moment verworven vakantieaanspraken, voorzover zij het minimum van artikel 7:634 te boven gaan, in aanmerking komen. Wij zijn van mening dat artikel 7 lid 2 van de EU-Richtlijn 93/104/EG zich daartegen niet verzet. Artikel 7 lid 1 van deze richtlijn legt de lidstaten de verplichting op om de nodige maatregelen te nemen opdat aan alle werknemers **jaarlijks** een vakantie met behoud van loon van minimaal vier weken wordt toegekend. Artikel 7:634 garandeert een wettelijke minimumvakantie van vier weken per jaar. De interpretatie, dat overgebleven minimumvakantiedagen in een bepaald jaar, die dus onder het afkoopverbod vallen in dat jaar, het daarop volgend jaar wel voor afkoop in aanmerking komen, is niet in strijd met artikel 7 lid 2 van genoemde richtlijn. Deze bepaling verbiedt immers slechts afkoop van de minimumperiode van de jaarlijkse vakantie. Het nieuwe tweede lid van artikel 7:640 BW van wetsvoorstel 26 079 maakt afkoop van de vakantieaanspraken mogelijk, die het wettelijk minimum in een jaar te boven gaan. Ieder jaar opnieuw wordt een minimumvakantie verworven, die in dat jaar blijft uitgesloten van de in lid 2 gecreëerde mogelijkheid van afkoop.

Ad c

In het aanvullend advies komt de raad tot de aanbeveling om de in 1992 vervallen regeling, dat ziektedagen tijdens een vastgestelde vakantie niet als vakantiedagen mogen worden aangemerkt, weer in te voeren. De raad huldigt de opvatting dat de verrekeningsmogelijkheid, die artikel 7:637 biedt, ook geldt voor ziektedagen tijdens een vastgestelde vakantie.

In de novelle is dit voorstel overgenomen door toevoeging van een tweede lid aan het huidige artikel 7:637. Daarin wordt tevens bepaald dat schriftelijk kan worden overeengekomen dat ziektedagen tijdens een vastgestelde vakantie ook met vakantiedagen mogen worden verrekend. Ook hier geldt dat verrekening per jaar slechts kan plaatsvinden tot ten hoogste het aantal vakantiedagen dat de werknemer in dat jaar boven het wettelijke minimum verwerft.

Tenslotte zij nog gewezen op een aspect dat verband houdt met de voorgestelde extra ouderschapsverlofregeling in geval van meerlingen. Door de koppeling in wetsvoorstel 26 079 van deze regeling met de vakantieregeling zal de voorziening van bedoeld extra verlof op een later tijdstip ingaan dan aanvankelijk was voorzien. Een deel van de ouders en verzorgers van meerlingen, dat, indien er geen vertraging was opgetreden, voor extra ouderschapsverlof in aanmerking zou komen, heeft daar straks bij inwerkingtreding van de nieuwe regeling geen aanspraak meer op. Om deze categorie tegemoet te komen zal de novelle voorzien in een overgangsregeling waarbij ook ouders of verzorgers van kinderen, die in de periode 1 januari 2000 tot het tijdstip van inwerkingtreding van de wet de leeftijd van 8 jaar hebben bereikt, gedurende 6 maanden na dat tijdstip aanspraak kunnen maken op ouderschapsverlof.

Wij verwachten de commissie met deze inleiding voldoende inzicht te hebben gegeven in de wijze waarop wij ons voorstellen het onderhavige wetsvoorstel te wijzigen. De vragen die de leden van de commissie over dit wetsvoorstel hebben gesteld, zullen mede in dit licht worden beantwoord.

2. Algemeen

De commissie wenste te vernemen of wij een samenhang aanwezig achten tussen het onderhavige wetsvoorstel en de kaderwet arbeid en zorg.

Als gevolg van de flexibilisering van arbeid en arbeidspatronen en de toename van het aantal vakantiedagen is de visie op de functie van vakantiedagen veranderd: steeds meer worden vakantiedagen ervaren als een op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarde, die aangewend kan worden voor doelen als studieverlof, prepensionering etc.. De huidige wettelijke regeling ontbeert de flexibiliteit om aan de maatschappelijk ontwikkelingen en behoeften en aan de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor het tot stand brengen van maatwerk in de onderneming voldoende ruimte te geven. De hier voorgestelde wijzigingen bieden deze flexibiliteit wel, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de primaire functie van vakantie: het weer op verhaal komen na een langdurige periode van arbeid. Door de geboden flexibiliteit kunnen de voorstellen ook een bijdrage leveren aan de doelstelling van de Wet Arbeid en Zorg: bevordering van de combineerbaarheid van arbeid en andere (zorg)verplichtingen voor werknemers. In deze zin is er een samenhang. Echter, gelet op de eigenstandige doelstelling van voorliggend wetsvoorstel, ligt een integratie in de Wet Arbeid en Zorg niet in de rede. Wel is steeds bewaakt dat de voorliggende voorstellen en de voorgenomen wijzigingen, een bijdrage zullen kunnen leveren aan, en dus zeker niet haaks komen te staan op, de doelstelling van de Wet Arbeid en Zorg.

Wat betreft het verzoek om een reactie op de opmerkingen, zoals aan ons op 2 en 16 juni 1999 werden toegezonden door mr. M.M. Olbers en op het door deze auteur gepubliceerde artikel in het Sociaal Maandblad Arbeid, nr. 7/8 juli/augustus 1999, blz. 340-343, wordt verwezen naar hetgeen in de Inleiding is opgemerkt ten aanzien van artikelen 7:636 en 7:637. Voor uitvoerig commentaar wordt verwezen naar hetgeen hierover in de bijlage bij de memorie van antwoord wordt opgemerkt.

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe wordt gedacht over de uitwerking in de praktijk van de vrij complexe vakantiewetgeving voor werknemers van kleine bedrijven waar geen personeelsfunctionaris voorlichting kan geven over de uitleg van eventueel schriftelijk overeen te komen c.q. overeengekomen afwijkingen en waar de werknemer derhalve in veel gevallen niet in een evenwichtige positie ten opzichte van de werkgever verkeert.

Een voorlichtingstraject is in voorbereiding, waarbij wij voornemens zijn organisaties van werkgevers en werknemers intensief te betrekken; enerzijds om zoveel mogelijk van hun informatiekkanalen gebruik te kunnen maken en anderzijds om hen ertoe te bewegen aanvullende en aansluitende voorlichtingsactiviteiten te ontwikkelen. Om individuele werknemers zoveel mogelijk te bereiken zal gebruik worden gemaakt van mogelijkheden voor freepublicity in bijvoorbeeld huis-aan-huisbladen. Uit eerdere ervaringen is gebleken dat op deze wijze een groot bereik kan worden gerealiseerd.

Voor beantwoording van de vraag van de leden van de PvdA-fractie over de in de Tweede Kamer gedane toezegging nader advies aan de Sociaal-Economische Raad te vragen wordt verwezen naar de Inleiding.

De leden van fractie van GroenLinks hebben gevraagd of het niet beter zou zijn om met een verlofwet te komen waarin alle verschillende soorten verlof ondergebracht worden nadat de kaderwet arbeid en zorg tot stand zal zijn gekomen.

Ter beantwoording van deze vraag verwijzen wij naar hetgeen hiervoor op een vraag van de commissie, over de samenhang met de kaderwet arbeid en zorg, is geantwoord.

3. Vakantie

De leden van de CDA-fractie wensten graag te vernemen wat de beweegredenen zijn om, in het geval bovenwettelijke vakantierechten hun oorsprong vinden in een CAO, daarbij niet de eis te stellen dat afwijking van de wet alleen bij CAO kan plaatsvinden.

Een systematiek waarbij de wijze waarop ten aanzien van bovenwettelijke vakantierechten van de wet mag worden afgeweken gekoppeld wordt aan de oorsprong van deze rechten introduceert een nieuwe gradatie van dwingend recht in Titel 7.10, liggend tussen semi-dwingend, (het schriftelijk kunnen afwijken bij een individueel beding) en driekwart-dwingend (het kunnen afwijken bij CAO). Dit is een duidelijke afwijking van de huidige systematiek. Aan het behoud van een eenduidige systematiek in het Burgerlijk Wetboek wordt sterk gehecht. Overigens zij nog opgemerkt dat het bij schriftelijke overeenkomst afwijken van CAO-bepalingen nietig is op grond van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst. Derhalve kan niet bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken van CAO-bepalingen inzake vakantierechten.

Tevens vroegen de leden van de CDA-fractie of de opvatting van de regering dat de minimumvakantie deze kwalificatie verliest wanneer die niet wordt opgenomen in het jaar waarin de rechten erop zijn ontstaan, niet in strijd is met de recuperatiefunctie die mede ten grondslag ligt aan de vakantiewetgeving. Daardoor ontstaat immers de mogelijkheid om in een volgend jaar die rechten af te kopen of op te sparen.

Ter waarborging van de recuperatiefunctie is in het BW in artikel 7:634 het recht op een minimumvakantie opgenomen. Voor een voltijder betekent dit in concreto dat hij minimaal recht heeft op 20 dagen vakantie per jaar. Volgens artikel 7:638 lid 1 dient de werkgever de werknemer ook in de gelegenheid te stellen per jaar tenminste die 20 dagen vakantie op te nemen. Daaraan wordt ook in onze opvatting niet getornd. De nieuwe vaststellingsregeling stelt de werknemer in staat deze 20 dagen per jaar ook daadwerkelijk op te nemen. Hierbij moet erop gewezen worden dat ook andere vormen van verlof, zoals ADV-dagen, en bijvoorbeeld deeltijdwerk in de huidige praktijk vaak een functie hebben gekregen in het kader van de recuperatie. Ter aanvulling hierop zij nog opgemerkt dat, wanneer werknemers jaarlijks hun minimumvakantie opnemen, het nog maar om een beperkt aantal bovenwettelijke dagen gaat die voor sparen of afkoop in aanmerking komen (gemiddeld 5 dagen per jaar); zeker in vergelijking met het aantal ADV-dagen dat gemiddeld jaarlijks wordt overeengekomen. Door de voorgestelde wijzigingen van de huidige vakantiewetgeving worden werkgever en werknemer meer mogelijkheden geboden om afspraken op maat te maken, al naar gelang de omstandigheden en de behoeften. Zij hebben hierin een eigen verantwoordelijkheid. De vakantiewetgeving biedt, naar onze mening, voldoende waarborgen voor een werknemer om zijn (minimum)vakantiedagen daadwerkelijk op te nemen als hij daar behoefte aan heeft, in verband met recuperatie of andere doeleinden.

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe dit vraagstuk moet worden gezien in relatie tot de regelgeving van de Europese Unie, Richtlijn 93/104/EG inzake de organisatie van de arbeidstijd, artikel 7, vooral als het gaat om rechtstreekse werking van Europese regelgeving. Artikel 7, eerste lid, van genoemde richtlijn legt de lidstaat de verplichting op om de nodige maatregelen te nemen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van minimaal vier weken

wordt toegekend. Zoals in de Inleiding al is opgemerkt zijn wij van mening dat er geen strijd is met artikel 7 lid 2 van genoemde Richtlijn.

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe het begrip «gewichtige redenen» c.q. de afweging van belangen moet worden gezien in relatie tot een door de ondernemingsraad goedgekeurde bedrijfssluiting. De instemming van de OR weegt in het kader van de afweging van belangen zwaar. Een beroep op gewichtige redenen door de werkgever zal dan ook waarschijnlijk veelal slagen. Het is echter niet uitgesloten dat een werknemer in een specifieke situatie dermate zwaarwegende belangen kan aanvoeren, dat in de belangenafweging de afspraak met de OR moet wijken. Of een beroep op «gewichtige redenen» slaagt zal mede van de omstandigheden van het geval afhangen.

De leden van de CDA-fractie hebben verzocht om een nadere onderbouwing van het standpunt dat het bij de wetwijziging van 1992 (onbedoeld) vervallen van de bepaling dat ziekte­dagen die zich voordoen tijdens een vastgestelde vakantie niet kunnen worden aangemerkt als vakantiedagen, moet worden gezien in het licht van de wens tot beperking van het ziekteverzuim. In aanvulling hierop vroegen deze leden waarom niet met wetgeving wordt gewacht op de nadere advisering van de SER. Het huidige artikel 7:637 dankt zijn ontstaan aan een door het Kamerlid Beijlen-Geerts, tijdens de behandeling van de Wet terugdringing ziekteverzuim in 1992, ingediend en door het Kamerlid Linschoten bij subamendement gewijzigd amendement. Hierdoor werd de regeling met betrekking tot ziekte tijdens een vastgestelde vakantie, die in artikel 1638 ee lid 2 was opgenomen¹, vervangen door een regeling met een geheel andere strekking. Laatstgenoemde regeling maakt het mogelijk om schriftelijk overeen te komen dat, met inachtneming van de wettelijke minimumvakantie, ziekte­dagen als vakantiedagen worden aangemerkt. Deze regeling, die bedoeld is als een arbeidsvoorwaardelijke prikkel om het ziekteverzuim terug te dringen, is als artikel 7:637 in Titel 7:10 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Het is echter niet de bedoeling van de wetgever geweest de regeling van ziekte tijdens een vastgestelde vakantie te laten vervallen. Zoals in de inleiding (par. 1.2 onder c) reeds is opgemerkt heeft de Sociaal-Economische Raad, na een evaluatie van de controle­technische aspecten, aanbevolen deze regeling weer in het Burgerlijk Wetboek op te nemen. Deze aanbeveling wordt door ons gevolgd.

Het midden- en kleinbedrijf is, zo stellen de leden van de CDA-fractie, tegen de verlenging van de verjaringstermijn (van 2 naar 5 jaar), met name vanwege organisatorische problemen voor kleine ondernemingen. Ook de recuperatiefunctie zou met deze verlenging van de verjaringstermijn in gevaar kunnen komen.

In een eerdere vraag van de leden van de CDA-fractie is reeds aangegeven dat de werknemer in de mogelijkheid wordt gesteld om daadwerkelijk ieder jaar vakantie op te nemen. Hierbij is ook gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer om in het kader van recuperatie jaarlijks vakantie op te nemen. Met de verlenging van de verjaringstermijn wordt tegemoet gekomen aan de wens om de spaarmogelijkheden voor langerdurend verlof in verband met zorg, studie en dergelijke te vergroten.

Met betrekking tot de door het midden- en kleinbedrijf geuite bezwaren, waarbij kan worden gedacht aan problemen voor de bedrijfsvoering (i.c. vervanging) omdat een werknemer een groot aantal vakantiedagen opspaat en deze vervolgens in een keer wil opnemen, kan het volgende worden opgemerkt.

Juist in het midden- en kleinbedrijf (MKB) zijn werknemers veelal zeer nauw betrokken zijn bij het reilen en zeilen van de onderneming. Wij

¹ Artikel 1638 ee luidde toen:

1. Dagen of gedeelten van dagen waarop de arbeider de bedongen arbeid niet verricht wegens redenen als bedoeld in artikel 1638 c, derde en vierde lid, en artikel 1638 dd, tweede, derde, vierde en vijfde lid, mogen niet als vakantie worden aangemerkt (het betreft hier de redenen die thans in de artikelen 7:629 b en 7: 635 zijn genoemd).

2. Wanneer het geval bedoeld in artikel 1638 dd, vijfde lid (*ziekte*), zich voordoet tijdens een vastgestelde vakantie, gelden de verleende vakantiedagen niet als vakantiedagen als de arbeider op grond van een wettelijk voorgeschreven ziekte- of ongevallenverzekering een uitkering over die dagen ontvangt heeft.

vertrouwen er dan ook op dat in de praktijk in goed overleg tussen werkgever en werknemer afspraken zullen worden gemaakt over het opnemen van vakantie, waarbij recht wordt gedaan aan zowel de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, die in bijzondere gevallen gebaat kan zijn bij het opsparen van een deel van zijn vakantiedagen, als het ondernemingsbelang.

Verder zijn wij van mening dat de toename van deze tegoeden tengevolge van de verlenging van de verjaringstermijn veelal relatief bescheiden zal zijn. Men mag er in zijn algemeenheid immers van uitgaan dat werknemers elk jaar de voor recuperatie benodigde vakantie opnemen, temeer daar de nieuwe vaststellingsregeling hen de instrumenten aanreikt om dit af te dwingen. Het gaat het nog maar om een beperkt aantal dagen die kunnen worden gespaard zeker vergeleken bij ADV-dagen, waarvoor nu al een verjaringstermijn geldt van 5 jaar. Daarbij gaat het al gauw over 12 à 20 dagen per jaar.

De leden van de **VVD-fractie** vroegen of de interpretatie die de regering heeft gegeven aan «het in artikel 634 bedoelde minimum» in art 7:637 niet leidt tot problemen omdat met die interpretatie wordt bedoeld het feitelijk tegoed (eventueel door oversparen) van vakantiedagen (Kamerstukken II 1998/1999, 26079, nr. 5 p. 9 en Handelingen II 1998/1999, p. 4113 en 4114).

De problemen, zo stellen deze leden, zijn de volgende:

- 1 Deze interpretatie zal niet kunnen gelden voor artikel II van de wijzigingswet. In dit artikel gaat het over CAO-bepalingen. Hier betreft het dus bovenwettelijke dagen.
2. Het in de zin van artikel 7:635 lid 5 overeengekomen schriftelijke beding zal nooit zijn beoogde doel hebben in die gevallen waarin de werknemer ervoor zorgt dat zijn lopend tegoed aan vakantiedagen beneden het door hem jaarlijks krachtens artikel 7:634 op te bouwen minimum blijft. Een voltijds werkende werknemer zal dus moeten zorgen dat op zijn vakantiekaart minder dan 20 dagen staan. Hetzelfde effect heeft art. 7:637, aldus deze leden. Dit artikel gaat echter niet over het verwerven van vakantie-aanspraken (opbouw) maar over het inleveren van vakantiedagen in bepaalde situaties. Het effect van 7:637 is dus veel groter omdat de opbouw van vakantiedagen trager gaat dan de uitruil (het inleveren) die dit artikel mogelijk maakt. Deze leden wensten te vernemen of dit gedrag, dat de regeling, naar hun mening uitlokt, niet haaks staat op het in de nota Arbeid en Zorg weergegeven standpunt dat werknemers moeten kunnen sparen voor de in de toekomst liggende langere perioden van verlof.

Wij merken het volgende op.

Ad 1.

In wetsvoorstel 26 079 wordt met «het in artikel 7:634 bedoelde minimum» *steeds* het wettelijke minimum aantal vakantiedagen in het betreffende jaar bedoeld. Nu in artikel 7:637 het wettelijk minimum van artikel 7:634 wordt uitgesloten van verrekening, betekent dit dat alle overige vakantiedagen voor verrekening in aanmerking kunnen komen (door deze leden aangeduid met «feitelijk tegoed»).

In artikel II worden met het in artikel 7:634 bedoelde minimum van dezelfde interpretatie uitgegaan. Uit de formulering van dit artikel kan worden afgeleid dat de overgangsregeling alleen geldt als in een CAO, of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan, een aanspraak boven het wettelijk minimum is overeengekomen. Is een dergelijke aanspraak overeengekomen, dan mag in de overgangsperiode van 3 jaar alleen bij CAO van de wet worden afgeweken. Deze afwijkingmogelijkheid ziet op alles wat in het betreffende jaar het minimum te boven gaat. Bovengenoemde interpretatie zal ons inzien dan ook niet tot problemen leiden.

Ad 2.

Hoofddregel is dat een werknemer alleen over perioden, waarin hij recht op loon heeft, aanspraak op vakantie verwerft (artikel 7:634).

In afwijking van deze hoofddregel is in het huidige artikel 7:735 bepaald dat een werknemer ook over de, in dit artikel genoemde perioden van verzuim of verlof waarin hij geen recht op loon heeft, toch aanspraak op vakantie verwerft. De achterliggende reden hiervan is dat een werknemer na een dergelijke periode van verzuim of verlof wel degelijk behoefte kan hebben aan vakantie in verband met recuperatie en daarvoor ook de benodigde vakantiedagen moet kunnen opbouwen.

Deze regeling kan echter in de praktijk tot de ongewenste situatie leiden dat een werknemer, met een groot stuwmeer van vakantiedagen, in bedoelde perioden nog meer vakantiedagen opbouwt. Met het oog op deze situatie, is in het nieuwe vijfde lid de mogelijkheid voorgesteld om schriftelijk ten nadele van de werknemer af te kunnen wijken en derhalve overeen te komen dat een werknemer in bedoelde perioden geen aanspraak op bovenwettelijke vakantie verwerft. De wettelijke minimumvakantie moet daarbij echter onaangetast blijven, zodat een werknemer in een jaar ieder geval aanspraak zal verwerven op het minimum aantal vakantiedagen en deze dus ook na die periode kan opnemen. Het is inderdaad zo dat een werknemer de uitwerking van een dergelijke afspraak kan omzeilen door ervoor te zorgen dat zijn lopend tegoed aan vakantiedagen steeds op of beneden het minimum van artikel 7:634 blijft. Wij vragen ons af of het een reële situatie is, die deze leden schetsen. Zou een werknemer steeds zijn verworven vakantiedagen op gaan nemen – ook op momenten dat hij daar helemaal geen behoefte aan heeft – enkel en alleen om te voorkomen dat hij geen vakantiedagen opbouwt in een toekomstige situatie, waarvan lang niet altijd voorspelbaar is dat die zich zal voordoen, waardoor hij zal moeten verzuimen of verlof op zal moeten nemen? Wij achten de kans op een dergelijk gedrag, weliswaar niet uitgesloten, maar zeer klein.

Deze leden stellen dat artikel 7:637 hetzelfde effect heeft en zelfs groter. In dit verband wijzen wij deze leden erop dat in de novelle zal worden voorgesteld in het huidige artikel 7:637 een maximering op te nemen, waardoor overgespaarde dagen niet meer voor verrekening in aanmerking zullen kunnen komen

Hierdoor zal de toepassing van artikel 7:637 onafhankelijk zijn van het opname- of spaargedrag van de werknemer. Hiermee wordt evenmin afbreuk gedaan aan de doelstelling in de nota Arbeid en Zorg, dat werknemers moeten kunnen sparen voor de in de toekomst liggende langere perioden van verlof.

Naar de mening van de leden van de VVD-fractie is naar aanleiding van het aannemen van het amendement Bussemaker (stuknr. 21) onduidelijkheid ontstaan over de mogelijkheid van het aanmerken van kortverzuimdagen als vakantiedagen. Deze leden vroegen zich af of hiervan het gevolg is dat partijen mogen contracteren over alles wat niet expliciet verboden is. Indien dit niet de bedoeling is, zo vroegen de VVD-leden, zou dan niet in het wetsvoorstel de hoofddregel van het huidige artikel 7:636 (in gewijzigde vorm) moeten worden geïntroduceerd dat de dagen bedoeld in art. 7:629b niet (of slechts met instemming van de werknemer) mogen worden aangemerkt als vakantie.

In de Inleiding is reeds ingegaan op het amendement Bussemaker en de consequenties daarvan voor het mogen aanmerken van kort verzuim, waaronder calamiteiten, als vakantie.

Nu wij, zoals reeds gezegd, voornemens zijn de artikelen 7:636 en 7:637 niet te integreren, en deze artikelen in huidige vorm te laten bestaan, blijft de hoofddregel van het huidige artikel 7:636, waarnaar deze leden verwijzen, in stand. Het zwangerschaps- en bevallingsverlof, als bedoeld in artikel 7:635 lid 2, zal evenwel niet in de opsomming van artikel 7:636

worden opgenomen. Om het probleem, waar deze leden op doelen, te voorkomen zal expliciet worden bepaald dat bedoeld verlof niet als vakantie mag worden aangemerkt.

Tevens vroegen de leden van de VVD-fractie of in artikel 7:637 niet een vaste berekeningsnorm moet worden opgenomen met betrekking tot het maximale aantal dagen per jaar waarmee verrekening kan plaatsvinden. Ook voor het antwoord op de deze vraag wordt verwezen naar de Inleiding (onder Ad b).

De leden van de VVD-fractie vroegen of hun interpretatie van artikel 7:638, dat op grond van dit artikel de werkgever geen vakantie kan vaststellen als de werknemer daartoe geen verzoek indient, juist is en vroegen of hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan de recuperatiefunctie en het feit dat ook de werkgever om verschillende redenen belang kan hebben bij het vaststellen van de vakantie.

Hierop aansluitend vroegen deze leden of de regering niet van mening is dat, in een tijd waarin veel gesproken wordt over hoge werkdruk en stress, iedere werknemer tenminste een minimum aantal vakantiedagen per jaar zou moeten opnemen en dus niet al zijn verlofdagen moet kunnen doorschuiven.

Eerder hebben wij reeds aangegeven dat de functie van vakantiedagen niet altijd meer uitsluitend bij recuperatie ligt. Andere vormen van verlof, zoals ADV-dagen, het werken in deeltijd, en dergelijke, vervullen soms (grotendeels) deze functie. Aan de voorgestelde wijziging van vakantiewetgeving ligt de gedachte ten grondslag dat werknemers en ook werkgevers meer ruimte moet worden geboden, al naar gelang de behoeften en omstandigheden, om afspraken te maken over het opnemen van vakantie, om tot maatwerk te komen, om daarin hun eigen verantwoordelijkheid vorm te kunnen geven. Daarin past niet een verplichting voor werknemers om een minimumvakantie op te nemen, noch een recht voor de werkgever om eenzijdig een vakantie op te leggen.

In zijn algemeenheid zullen zich geen problemen voordoen en zullen werkgever en werknemer in goed overleg tot afspraken komen die voor beide partijen aanvaardbaar zijn.

Daarbij is niet uit te sluiten dat een werkgever in een uitzonderlijke situatie te maken krijgt met een werknemer, die geen vakantie op wil nemen en bijvoorbeeld al zijn verlof wil sparen, zoals in het voorbeeld dat deze leden geven. Als er geen collectieve of schriftelijke afspraken zijn gemaakt en het niet-opnemen van vakantie ten koste gaat van het functioneren van de werknemer, kan de werkgever de werknemer aanspreken op zijn «goed werknemerschap», ex artikel 7:611. Het hangt van de bijzondere omstandigheden van het geval af of de werkgever hierin zal slagen en is uiteindelijk aan het oordeel van de rechter.

Is het in het belang van de onderneming dat een werknemer/de werknemers in een bepaalde periode vakantie opnemen, bijvoorbeeld omdat de onderneming in die periode gesloten is of omdat er dan minder werk is, dan kan de werkgever, zoals blijkt uit artikel 7:638, lid 2, daarover vooraf schriftelijke of collectieve afspraken maken.

De vraag van de leden van de VVD-fractie om een uitleg hoe in het wetsvoorstel het belang van de recuperatiefunctie zich verhoudt tot het belang van de werknemer die om hem moverende redenen al zijn vakantieaanspraken wil sparen voor langdurig verlof, is hiermee eveneens beantwoord.

In aanvulling op hetgeen in de Inleiding reeds is gesteld met betrekking tot de verhouding van onderhavig wetsvoorstel tot de Richtlijn 93/104/EG merken wij in antwoord op een door de leden van de PvdA-fractie gestelde vraag het volgende op.

Met betrekking tot het voorgestelde artikel 7:638 kan worden gesteld dat dit artikel het recht op het effectueren van de minimumvakantie niet beperkt. In lid 1 wordt immers de werkgever verplicht de werknemer ieder jaar in de gelegenheid te stellen de minimumvakantie op te nemen. In lid 3 wordt de minimale **aaneengesloten** periode dat vakantie kan worden opgenomen geregeld: als wegens gewichtige redenen de wensen van de werknemer met betrekking tot vakantie niet kunnen worden gevolgd kan de werkgever zich in ieder geval niet verzetten tegen twee aaneengesloten weken vakantie. Dit laat onverlet dat de werkgever de werknemer in de gelegenheid moet stellen indien deze dit wenst de resterende minimum-aanspraak in het betreffende jaar op te nemen.

Deze leden hadden verder geconstateerd dat met name het vervallen van artikel 7:636 en het nieuwe artikel 7:637 op grote bezwaren stuit. De redactie van artikel 7:637 is in de eerste plaats niet duidelijk. Waar verwezen wordt naar «het in art. 634 bedoelde minimum» wordt vermoedelijk bedoeld het (eventueel opgespaarde) vakantietegoed. Zij vroegen of dit juist is. Als het antwoord bevestigend luidt, kan die interpretatie van dezelfde formulering niet gelden voor het overgangsrecht (artikel II). Discrepancie tussen interpretaties van dezelfde formuleringen binnen één wetsvoorstel achtten zij uit wetgevingstechnisch oogpunt ongewenst.

Deze vraag sluit aan bij de vraag van de leden van de VVD-fractie inzake de interpretatie van het begrip «in artikel 634 bedoelde minimum». Mitsdien wordt verwezen naar hetgeen daarop reeds is geantwoord.

De leden van de PvdA wensten van de regering te vernemen of de regering denkt dat er een stimulerende werking voor het volgen van scholing uit zal gaan van de bepaling dat ook scholingsdagen voor jeugdigen kunnen worden aangemerkt als vakantie, en wilde graag eerst het SER-advies en kabinetsreactie terzake vernemen.

In het voorgestelde, geïntegreerde, artikel 7:637 kon bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst reeds worden overeengekomen dat deze dagen als vakantiedagen worden aangemerkt. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat (jeugdige) werknemers er voor zouden kiezen zo min mogelijk scholing te volgen, omdat ze geen vakantiedagen kwijt zouden willen raken.

In de Inleiding is reeds aangegeven dat de regering besloten heeft de huidige artikelen 7:636 en 637 niet te integreren. Als gevolg daarvan kunnen in het beoogde wetsvoorstel alleen wanneer de werknemer daarmee instemt, per geval, scholingsdagen als vakantiedagen worden aangemerkt.

De leden van de PvdA-fractie stelden voorts een aantal vragen in verband met de aangehouden motie Bussemaker/Schimmel, waarin wordt uitgesproken dat de wettelijke vakantiedagen ook als zij doorschuiven naar een volgend jaar, hun wettelijk karakter behouden. Deze leden vroegen wat dit dan uitvoeringstechnisch betekent, of er een dubbele boekhouding moet komen voor wettelijke en bovenwettelijke vakantie-aanspraken en wie bepaalt bij de opname van vakantie of dat verlof uit de wettelijke dan wel bovenwettelijke voorraad komt?

Zoals in de Inleiding reeds is aangegeven, moet de conclusie zijn dat deze motie onuitvoerbaar is. Niet alleen omdat de wet ervan uitgaat dat vakantie-rechten dag na dag ontstaan, maar ook uitvoeringstechnisch gezien. De leden van de PvdA-fractie vroegen vervolgens naar de gevolgen van de aan de motie ten grondslag liggende opvatting voor de toepassing van de artikelen 7:637 en 7:640. Met betrekking tot laatstgenoemd artikel: genoemde opvatting maakt geen verschil voor de toepassing van artikel 640, lid 2. Uitgangspunt in deze bepaling is immers het minimum aantal dagen in een bepaald jaar. Voor afkoop komt dan in

aanmerking iedere aanspraak die daarboven is verworven, ongeacht het karakter en het tijdstip van ontstaan daarvan. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor de toepassing van het huidige en het in het wetsvoorstel opgenomen artikel 7:637.

Op de vraag of een en ander in overeenstemming is met artikel 7 lid 2 van de EU-Richtlijn 93/104/EG is reeds in de Inleiding ingegaan.

De leden de fractie van GroenLinks vroegen hoe de artikelen 7:635, 637, 640 van het wetsvoorstel zich verhouden met de doelstelling van onderhavige regeling, een betere afstemming van arbeid en zorgtaken. Zij vroegen of met de voorgestelde bepalingen niet meer instrumenten in handen van de werkgever zijn gegeven om te komen tot maatwerk voor de werkgever. Zij vroegen hoe dit zich verhoudt tot de positie van de werknemer.

Wat betreft de in artikel 7:635, lid 5 opgenomen afwijkingsmogelijkheid wordt verwezen naar hetgeen in antwoord op een vraag van de VVD-fractie over deze bepaling is gesteld.

Met betrekking tot artikel 7:637 wordt ook op deze plaats gewezen op het voornemen om de huidige artikelen 7:636 en 7:637 te handhaven. Het aanmerken van bepaalde vormen van verzuim op grond van artikel 7:636 kan ook in het belang van de werknemer zijn. Deze kan er de voorkeur aan geven dat bepaalde dagen worden aangemerkt als vakantie in verband met bijvoorbeeld de loondoorbetaling. In artikel 7:637 zal het aantal ziektedagen dat, op grond van een schriftelijke overeenkomst, tegen vakantiedagen mag worden ingeruild, op het in een jaar te verwerven bovenwettelijke vakantiedagen worden gemaximeerd.

De in artikel 7:640, lid 2 gecreëerde afwijkingsmogelijkheid bevordert ook het leveren van maatwerk om tegemoet te komen aan de wensen van de werknemer. Omdat ten aanzien van dit artikel niet gesproken kan worden van een afwijkingsmogelijkheid ten nadele van de werknemer is bij nota van wijziging¹

de zinsnede «ten nadele van de werknemer» uit dit artikel geschrapt.

Voor de verhouding van de artikelen 7:635, 7:637 en 7:640 van het onderhavige wetsvoorstel tot de mede aan dit wetsvoorstel ten grondslag liggende doelstelling van een betere afstemming van arbeid en zorgtaken verwijzen wij naar hetgeen daarover in de Inleiding en in paragraaf 2 Algemeen reeds is opgemerkt. In aanvulling daarop merken wij op dat de, naar aanleiding van het SER-advies, in de novelle voorgestelde wijziging van artikel 7:637 in belangrijke mate tegemoet zal komen aan de bezwaren van deze leden. Behalve bij ziekte, zal het op voorhand schriftelijk aanmerken van verlof als vakantie in deze voorgenomen wijziging immers niet meer mogelijk zijn. Op dit punt wordt de huidige situatie als het ware gehandhaafd. Verder zullen, in de voorgenomen wijziging, bij het vooraf schriftelijk aanmerken van ziektedagen als vakantiedagen, eventueel doorgeschoven («gespaarde») vakantiedagen niet kunnen worden aangetast, doordat het aantal dagen dat daarvoor in aanmerking kan komen zal worden gemaximeerd.

Naar onze mening en, gelet op het unanieme SER-advies, naar de mening van sociale partners vormt de voorgenomen regeling een evenwichtig pakket van maatregelen, dat voldoende waarborgen bevat voor de totstandkoming van maatwerkafspraken, die zowel het ondernemingsbelang als de belangen van werknemers, die arbeid en andere (zorg)taken op elkaar af willen stemmen, kunnen dienen.

In het wetsvoorstel is aan art 7:641 een vierde lid toegevoegd, op basis waarvan van het huidige artikel 7:641 lid 3 kan worden afgeweken bij schriftelijke overeenkomst. De leden van GroenLinks vroegen wat de reden is van deze toevoeging. Gaf het huidige artikel 7:641 in praktijk problemen, en staat deze toevoeging niet haaks op de doelstelling van het wetsvoorstel?

¹ Kamerstukken II, vergaderjaar 1998–1999, 26 079, nr. 6

Achtergrond van de toevoeging van lid 4 is de positie van de werknemer, die in bezit van een stuwmeer, voornemens is van werkgever te wisselen. De verplichting, die art. 7:641 aan de werkgever oplegt om de werknemer in staat te stellen voor de omvang van het – afgekochte – verlofstuwmeer onbetaald verlof op te nemen, kan een negatieve invloed hebben op de positie van dergelijke werknemers tijdens een sollicitatieprocedure. Ook is het voorstelbaar dat een werknemer, tijdens de onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarden met een nieuwe werkgever, het recht op onbetaald verlof wil inzetten om voor hem aantrekkelijker condities te verkrijgen. Lid 4 van artikel 641 geeft de werknemer derhalve de mogelijkheid om naar eigen wens om te gaan met en afspraken te maken over vakantiedagen die het wettelijk minimum te boven gaan, hetgeen geheel conform de doelstelling van de wet is.

De leden van de fracties van RPF/GPV en SGP vroegen nader toe te lichten hoe het onderscheid in wettelijke en bovenwettelijke vakantie rechten, dienstig is voor een grotere flexibiliteit in het benutten van vrije dagen door werknemers. Het was deze leden niet duidelijk hoe de mogelijkheid om bij overeenkomst ten nadele van de werknemer af te wijzen van het aantal bovenwettelijke vakantiedagen of het recht om deze dagen af te kopen – wat in beide gevallen toch leidt tot meer werkdagen en minder vrije dagen – past in de doelstelling van de wet.

Deze leden stellen terecht dat de wettelijk regeling van vakantie rechten dient om de werknemer tegen de werkgever te beschermen. Ten aanzien van het wettelijk minimum vakantiedagen blijft dan ook het dwingend-rechtelijk regime gehandhaafd. In de huidige praktijk zijn afspraken over bovenwettelijke vakantiedagen echter eerder gebruik dan uitzondering en het aantal afspraken neemt toe. Daarmee verandert ook, zoals eerder al gezegd, de functie die werknemers aan deze vakantiedagen toekennen. De wetgever kan bij deze ontwikkeling niet achterblijven en moet werknemers ook de mogelijkheid bieden om deze bovenwettelijke vakantiedagen voor ander doeleinden te gebruiken dan alleen voor recuperatie. Het is niet mogelijk daarvoor algemene regels te stellen, omdat de wensen, doeleinden en omstandigheden per individu anders zullen zijn. De regering wil werknemers de ruimte geven om daaraan een eigen invulling te geven.

Ten aanzien van de vraag van deze leden of de werknemer ook niet tegen zichzelf beschermd zou moeten worden en verplicht zou moeten worden om minimaal twee weken aaneengesloten vakantie op te nemen, wordt verwezen naar het antwoord dat op een eerdere vraag van gelijke strekking van de leden van de VVD-fractie is gegeven.

De leden van de fracties van RPF/GPV en SGP vroegen of een werkgever in het geval een werknemer besluit een deel van zijn verlof op te sparen voor lang verlof, met een beroep op artikel 7:638 derde lid, nog steeds niet meer dan twee aaneengesloten weken vakantie kan toestaan en zo bewerkstelligen dat opgebouwde rechten verjaren?

Volgens het wetsvoorstel worden vakantieperioden overeenkomstig de wensen van de werknemer vastgesteld, tenzij een gewichtig bedrijfsbelang zich daar tegen verzet. De eis van een gewichtig belang betekent dat niet lichtvaardig kan worden gesteld dat de wensen van de werknemer niet gehonoreerd kunnen worden. Nu de verjaringstermijn voor de opgebouwde vakantie in het wetsvoorstel wordt verruimd van twee naar vijf jaar, zal slechts in uitzonderlijke gevallen een situatie kunnen ontstaan waarin de opgebouwde rechten van de werknemer verjaren, omdat de werkgever telkens met een beroep op een gewichtig belang het verzoek gemotiveerd moet afwijzen. Dit geldt temeer nu de Hoge Raad in verband met verjaring de opvatting heeft ontwikkeld dat rechten op vakantiedagen in dezelfde volgorde worden verbruikt waarin zij worden opgebouwd (HR 22 juni 1988, NJ 1988 954).

De leden van de fracties van RPF/GPV en SGP konden instemmen met de mogelijkheid voor de werknemer om recht op onbetaald verlof in te wisselen voor (doorbetaalde) vakantiedagen. Maar, zo stelden deze leden, de nieuwe formulering van artikel 637 laat de mogelijkheid open dat het initiatief hiertoe ook van de werkgever uitgaat. Zij vroegen zich af of artikel 7:637 niet ten onrechte is uitgegaan van voldoende gelijkwaardigheid van de beide partijen. Deze leden vroegen zich af of het voorgestelde artikel niet een versterking van de positie van de werkgever inhoudt, en indien dit niet het geval is, omdat het initiatief slechts van de werknemer uit zou kunnen gaan, of een wettelijke bepaling hiervoor dan wel noodzakelijk is.

Zoals in de Inleiding uitgebreid is toegelicht, is de regering voornemens de artikelen 636 en 637 niet te integreren, maar als afzonderlijke regelingen te handhaven, waarbij bovendien een maximering is opgenomen van het aantal dagen dat als vakantie mag worden aangemerkt. Wij verwachten dat hiermee aan de bezwaren van deze leden tegemoet gekomen wordt.

De leden van de fracties van RPF/GPV en SGP vroegen of niet het risico bestaat dat de bij amendement uit artikel 7:637 geschrapte verwijzing naar artikel 7:635 lid 2, zijnde het zwangerschaps- en bevallingsverlof, leidt tot een a-contrariorendering, als zou in het geval van calamiteitenverlof geen schriftelijke overeenkomst nodig zijn om zulke verlofdagen als vakantie aan te merken.

Ook in de voorgenomen wijziging van het onderhavige wetsvoorstel zal zwangerschaps- en bevallingsverlof niet als vakantie kunnen worden aangemerkt. Ter voorkoming van een a contrario-uitleg zal dit afzonderlijk en expliciet in artikel 7:636 tot uitdrukking worden gebracht.

Tenslotte vroegen de leden van de fracties van RPF/GPV en SGP of de opmerking van de vakbeweging in haar brief aan de Eerste Kamer van 11 juni 1999, dat een regeling inzake ziekte tijdens vakantie in 1992 als onbedoeld gevolg van amendering uit het Burgerlijk Wetboek is verdwenen, juist is.

Zoals al is aangegeven in het antwoord op een eerdere vraag van de leden van de CDA-fractie, is dit inderdaad het geval. Naar aanleiding van het aanvullend SER-advies wordt voorgesteld een bepaling van deze strekking weer in het Burgerlijk Wetboek op te nemen (Inleiding, onder Ad c).

3. Ouderschapsverlof

De leden van de fractie van GroenLinks vroegen waarom niet van de gelegenheid gebruik is gemaakt om bij dit wetsvoorstel de definitie van ouders en de kring van rechthebbenden uit te breiden naar homoparen. Volgens deze leden is hier sprake van discriminatie op grond van geslacht. Het onderhavige wetsvoorstel beperkt zich tot de uitbreiding van het ouderschapsverlof in geval van meerlingen. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan een verzoek uit de Tweede Kamer om extra verlof ingeval van een meerling.

Aan de kring van rechthebbenden op ouderschapsverlof wordt niet getornd. Homoparen komen nu reeds in aanmerking voor ouderschapsverlof. De samenlevingsvorm van de rechthebbende is voor de aanspraak op ouderschapsverlof niet relevant. Elke werknemer heeft recht op ouderschapsverlof vanaf het moment dat hij dan wel in een familie-rechtelijk betrekking komt te staan tot een kind, dan wel duurzaam de verzorging en opvoeding van een, op hetzelfde adres woonachtig kind op zich neemt. De onderhavige uitbreiding van het recht op ouderschapsverlof geldt voor de eerste categorie werknemers: zij die in familie-

rechtelijke betrekking komen te staan tot kinderen door geboorte, erkenning of adoptie. Genoemde tweede categorie werknemers, zoals pleegouders, zijn van deze regeling uitgesloten.

Gegeven de huidige inrichting van ons familierecht leidt deze keuze ertoe dat ingeval van een homopaar niet beide partners voor extra verlof als hier bedoeld in aanmerking kunnen komen. Het is wel mogelijk dat één van beiden, namelijk de natuurlijke ouder van het desbetreffende kind of de ouder die het kind heeft geadopteerd, van deze voorziening gebruik kan maken. Van onderscheid, als door deze leden bedoeld is in de onderhavige regeling derhalve geen sprake.

Tevens vroegen de leden van de fractie van GroenLinks welke stappen worden ondernomen om ouderschapsverlof financieel toegankelijk te maken voor alle (ouders) werknemers. Onbetaald ouderschapsverlof is niet direct een stimulans voor mannen om deze vorm van verlof op te nemen, zo betogen deze leden.

Zoals in het regeerakkoord (Kamerstukken II, 1997–1998, 26 024, nr. 10) is aangekondigd, vindt een verkenning plaats naar de mogelijkheden voor betaald ouderschapsverlof. In de loop van dit jaar worden beide Kamers daarover geïnformeerd.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
A. E. Verstand-Bogaert

De commissie zou het op prijs stellen een reactie te ontvangen op enkele opmerkingen van wetstechnische aard, zoals aan haar op 2 en 16 juni 1999 werden toegezonden door mr. M. M. Olbers en op het door dezelfde auteur gepubliceerde artikel in het Sociaal Maandblad Arbeid, nr. 7/8 juli/augustus 1999, blz. 340–343.

In het artikel gaat Olbers in op de gelegenheid waarbij de woorden in artikel 636 «mogen niet als vakantie worden aangemerkt» zijn gewijzigd in: kunnen slechts met instemming van de werknemer door de werkgever aangemerkt worden als vakantie. Dit is geschied bij de Vaststellingswet titel 7.10 en op advies van de SER¹. Vervolgens wordt door de auteur beschreven dat door deze redactiewijziging mogelijk zou worden dat een werknemer tijdens een periode van werkloosheid tijdens dienstbetrekking *desgewenst* (cursivering van Olbers) vakantie zou kunnen opnemen. Aanleiding hiervoor zou zijn de toelichting op het ontwerp-artikel 7:636 BW, zoals dit in 1989 ter advisering aan de SER was voorgelegd. Olbers onderkende dat ook een werkloze werknemer belang zou kunnen hebben bij het kunnen opnemen van vakantie tijdens een periode van onvrijwillige werkloosheid. De werkgever zou dan op verzoek van die werknemer een vakantieperiode kunnen vaststellen, maar wel met het risico dat de werknemer na ommekomst van de vakantie met een beroep op het dwingendrechtelijk voorschrift van artikel 7:636 BW zou stellen dat die dagen niet als vakantiedagen mogen tellen. Ter voorkoming van zulk chicaneus gedrag van de werknemer zou vakantie tijdens een periode van werkloosheid *desgewenst* of in de woorden van het SER-advies «slechts met instemming van de werknemer» mogelijk moeten zijn.

Naar onze mening is bovenstaande redenering onjuist. Onderkend wordt dat de hierboven vermelde toelichting op het ontwerp-artikel tot misverstand aanleiding heeft gegeven. Een en ander wordt als volgt verduidelijkt. Een verbod om bepaalde vormen van verzuim als vakantie aan te merken laat wel degelijk onverlet dat de werknemer er in perioden van afwezigheid **van te voren** voor kan kiezen vakantie op te nemen. Indien de werkgever de wensen van de werknemer hieromtrent volgt is er van meet af aan sprake van een op grond van artikel 7:638 vastgestelde vakantie en niet van een bepaald verzuim dat alsnog wordt aangemerkt als vakantie. Het gaat dan niet om toepassing van artikel 7:636 BW. Het door Olbers gevreesde chicaneuze gedrag kan zich dan ook niet voordoen. (Overigens sluit ook de huidige formulering van artikel 7:636 BW in de redenering van Olbers chicaneus gedrag van de werknemer niet uit; deze zou immers na ommekomst van de vakantie zijn instemming met het aanmerken van de periode van onvrijwillige werkloosheid kunnen onthouden).

Het achteraf aanmerken van bepaalde vormen van afwezigheid als vakantie is uiteraard wel uitgesloten bij een wettelijk verbod zoals artikel 1638ee BW (oud) destijds bevatte, maar gelet op het door Olbers gegeven voorbeeld had hij op die situatie niet het oog. Indien overigens de SER werkelijk datgene beoogde te regelen wat Olbers heeft aangetekend en zich herinnert, is het op zijn minst merkwaardig dat deze wijziging werd voorgesteld als een redactionele wijziging.

Wat van dit alles ook zij: artikel 7:636 BW sluit niet uit dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kan worden overeengekomen dat de in dat artikel genoemde vormen van afwezigheid kunnen worden verrekend met vakantiedagen. Olbers meent dat deze interpretatie gevaarlijke gevolgen kan hebben en wijst in dat verband op artikel 7:638, lid 2 BW op grond waarvan de vakantie «indien de werknemer dit wenst» zodanig wordt vastgesteld dat de werknemer twee maal een week geen arbeid hoeft te verrichten. De ondergetekenden menen dat het onjuist is beide bepalingen met elkaar te vergelijken. Anders dan in artikel 7:636 het geval is, is in artikel 7: 638, lid 2 geen sprake van een aangelegenheid waarover beide partijen overeenstemming moeten hebben: indien de werknemer tweemaal een week vakantie wenst, is de werkgever **verplicht** de

¹ SER-advies Titel 7.10 NBW (91/20) uit 1991.

vakantie aldus vast te stellen. Ook vreest Olbers ten onrechte dat de uitleg van artikel 7:636 BW in wetsvoorstel 26 079 er toe leidt dat artikel 27 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) zo kan worden geïnterpreteerd dat een ondernemingsraad al bij voorbaat en ongezien met alle in de toekomst te nemen besluiten instemt. Ook deze vrees is ongegrond: artikel 27 van de WOR schrijft instemming met **elk** van de daar bedoelde besluiten voor.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
A. E. Verstand-Bogaert